

## Geheimnisverrat des Verteidigers – darf ein Verteidiger gegen den Willen seines Mandanten Interna preisgeben?

### A. Des Advokaten Teufel

In einer Kapitalstrafsache wurde die geständige Angeklagte gut verteidigt und erhielt eine maßvolle Strafe. Später teilte sie ihrem überraschten Verteidiger im Vertrauen mit, sie habe die Tat gar nicht begangen; sie hätte das Geständnis nur abgelegt, um einen hohen Lohn dafür vom eigentlichen Täter zu erhalten. Auf diese Weise hatte sie für den Rest ihres Lebens ausgesorgt.

In einem zweiten Fall – es handelte sich um ein Betäubungsmittelstrafverfahren – stellte der Mandant im vertraulichen Gespräch seinem Verteidiger den Plan vor, einem unschuldigen Dritten zu Unrecht ein frei erfundenes Rauschgiftgeschäft an den Hals zu hängen. Mithilfe der Kronzeugenregelung des § 31 BtMG wollte er aus der Lügengeschichte Strafrabatt für sich schlagen. Nachdem der Verteidiger sich weigerte, daran mitzuwirken, nahm sich der Mandant einen anderen Verteidiger. Der vormalige Verteidiger musste später feststellen, dass der ausgeheckte Plan tatsächlich umgesetzt wurde – der unschuldige Dritte wurde angeklagt und verurteilt.

Nur auf den ersten Blick handelt es sich bei den beiden geschilderten Fällen<sup>1</sup> um zwei unterschiedliche Konstellationen, geht es doch einerseits um einen unschuldigen Mandanten, der verurteilt werden will, andererseits um einen wirklichen Straftäter, für den aber ein Unschuldiger büßt. Aus der Perspektive des betroffenen Verteidigers stellen sich aber dieselben Fragen: Darf er Interna aus dem Mandat preisgeben, um die Verurteilung eines Unschuldigen – sei es ein Fremder, sei es der eigene Mandant – zu verhindern? Muss er es sogar?

Das Thema beschäftigt seit jeher Literatur, darstellende Kunst, Öffentlichkeit und Wissenschaft. *Alan M. Dershowitz* hat das damit verbundene Dilemma in einem Gerichtskrimi plakativ als „The Advocate’s Devil“ bezeichnet,<sup>2</sup> also als den Teufel, der den Verteidiger bei seiner Berufstätigkeit heimsuchen kann. Auch *Werner Beulke* hat sich des Themas wiederholt angenommen: Schon in seiner 1980 veröffentlichten Habilitationsschrift schildert er den Fall eines Beschuldigten, der seinem Anwalt anvertraut, in Wahrheit habe nicht er, sondern dessen Geliebte die Straftat begangen. Um vor seiner Gattin die außer-eheliche Eskapade geheim zu halten, will der Mandant nicht, dass ein Entlastungsbeweis angetreten wird. *Werner Beulke* sieht den Verteidiger „nach dem Rechtfertigungsgrundsatz der Pflichten- und Interessenkollision (§ 34 StGB)“ als grundsätzlich befugt an, das

<sup>1</sup> Es handelt sich um reale Fälle aus der Praxis ein und desselben Strafverteidigers.

<sup>2</sup> *Alan M. Dershowitz* hat den Felix Frankfurter-Lehrstuhl an der Harvard University inne, ist Strafverteidiger und Bestsellerautor. Das Buch erschien ursprünglich 1994, drei Jahre später auf Deutsch unter dem Titel „Ein Spiel mit dem Teufel“.

Geheimnis zu offenbaren, da bei „Abwägung des Interesses des Mandanten an der Wahrung des Privatgeheimnisses und des öffentlichen Interesses an der Effektivität der Verteidigung“ letzterem der höhere Rang zukomme.<sup>3</sup> Im „Regelfall“ gebühre „der öffentlich-rechtlichen Pflicht des Verteidigers, alles vorzutragen, was seinem Mandanten nützen könnte, der Vorrang“ vor der Schweigepflicht.<sup>4</sup> In Ausnahmefällen sei aber auch ein anderes Ergebnis der Interessenabwägung möglich, dann nämlich, wenn der Vorteil des Geheimnisbruches „in keinem Verhältnis zum dadurch erwarteten Schaden“ stehe; etwa dann, wenn die „private oder berufliche Existenz“ des Mandanten dadurch aufs Spiel gesetzt werde oder bei Bagatellprozessen.<sup>5</sup>

Denselben Fall finden wir auch dreißig Jahre später bei *Beulke/Ruhmannseder* wieder. Auf den Gedanken des öffentlichen Interesses an der Effektivität der Verteidigung wird nunmehr nicht mehr ausdrücklich abgestellt, sondern nur noch darauf, dass bei der gemäß § 34 StGB durchzuführenden Interessenabwägung die Vorteile für den Mandanten – nämlich die Verhinderung einer langjährigen Haftstrafe – die Nachteile der Offenbarung überwiegen. Etwas anderes gelte, wenn dem Mandanten lediglich eine geringe Geldstrafe drohe, die Preisgabe aber eine kostspielige Scheidung von dessen Ehefrau zur Folge haben würde.<sup>6</sup> Jetzt wird zudem ausdrücklich auf die Konstellation abgestellt, dass die Verurteilung eines unschuldigen Dritten droht. Hier – so *Beulke/Ruhmannseder* – gelte nichts anderes als im Ausgangsfall: Als unabhängiges Organ der Rechtspflege sei der Verteidiger zur Preisgabe des Geheimnisses berechtigt, wenn nur auf diese Weise das Fehlurteil verhindert werden könne. Eine Rechtfertigung unter Notstandsgesichtspunkten scheidet aber dann aus, wenn die Preisgabe auf Kosten des eigenen Mandanten gehe, jener also der Gefahr einer höheren Bestrafung ausgesetzt werde.<sup>7</sup>

Damit ist das Feld für die nachfolgende Betrachtung abgesteckt. Es geht um die Frage, ob in den Ausgangsfällen der Verteidiger befugt oder gar verpflichtet war, das Geheimnis preiszugeben. Dazu werde ich zunächst das rechtliche Spannungsfeld im Allgemeinen darstellen (B.), um sodann die besondere Problematik der Preisgabe der Schuld bzw. Unschuld des Mandanten zu vertiefen (C.). In diesem Zusammenhang erfolgt eine spezielle Auseinandersetzung mit der Frage, was unter öffentlichen Interessen an der Effektivität der Verteidigung zu verstehen ist und inwieweit diese bei der gem. § 34 StGB vorzunehmenden Güter- und Interessenabwägung zu Buche schlagen.

## B. Das normative Spannungsfeld

Unsere Fälle spielen im normativen Spannungsfeld von Schweigepflichten (bzw. Verschwiegenheitspflicht, wie es in der BRAO heißt) und Schweigerechten, aber auch von Offenbarungspflichten und -rechten des Anwalts. An dieser Stelle sollen die spezifischen Probleme, die sich aus der Preisgabe der Schuld bzw. Unschuld des Mandanten ergeben, noch ausgespart werden (dazu dann C.).

<sup>3</sup> *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, S. 120.

<sup>4</sup> *Beulke* (s. Fn 3), S. 121.

<sup>5</sup> *Beulke* (s. Fn 3), S. 120.

<sup>6</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 396.

<sup>7</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 397.

## I. Schweigepflicht bzw Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts

Die berufliche Schweigepflicht für Anwälte und Verteidiger ist in § 203 Abs. 1 Nr 3 StGB geregelt. Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, das ihm als Rechtsanwalt oder Verteidiger anvertraut oder sonst bekanntgeworden ist, offenbart, macht sich strafbar. Nicht ganz deckungsgleich verhält sich das anwaltliche Berufsrecht: § 43a BRAO sieht als eine Grundpflicht in Abs. 2 vor, dass der Anwalt zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Diese Pflicht bezieht sich dabei auf alles, was ihm in Ausübung seines Dienstes bekanntgeworden ist.

In § 2 Abs. 1 BORA wird dies noch dahingehend spezifiziert, dass der Rechtsanwalt auch zur Verschwiegenheit berechtigt sei. Und in Abs. 3 heißt es, dass die Pflicht zur Verschwiegenheit nicht gelte, soweit die BORA oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen oder die Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder die Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache die Offenbarung erfordern.

Die wesentlichen Unterschiede zwischen der strafrechtlichen Schweigepflicht und der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht liegen grob zusammengefasst darin, dass das Strafrecht nur vorsätzliches Verhalten erfasst und sich nur auf das erstreckt, was dem Anwalt in seiner beruflichen Tätigkeit anvertraut oder sonst bekannt geworden ist, während die Verschwiegenheitspflicht darüber hinaus geht, nämlich auch fahrlässige Pflichtverstöße erfasst und sich zudem auf alles erstreckt (nicht nur fremde Geheimnisse), was dem Anwalt „in Ausübung seines Berufes bekannt geworden ist“.<sup>8</sup>

Hinsichtlich der Frage der Rechtswidrigkeit gibt es dagegen keine Unterschiede zwischen Straf- und Berufsrecht: Hier kommen alle Rechtfertigungsgründe in Betracht. § 203 Abs. 1 StGB bringt dies durch das Wort „unbefugt“<sup>9</sup> zum Ausdruck; in § 2 Abs. 3 BORA wird dagegen ausdrücklich auf „Ausnahmen“ hingewiesen, worunter Rechtfertigungsgründe zu verstehen sind; dazu gleich mehr.

## II. Schweigerechte

Die Schweigepflichten des Anwalts finden in den verschiedenen Prozessordnungen korrespondierende Schweigerechte: Anwälte und Verteidiger sind berechtigt, in Prozessen das Zeugnis über das, was ihnen als Verteidiger oder als Rechtsanwalt in dieser Eigenschaft anvertraut oder sonst bekanntgeworden ist, zu verweigern (§ 53 Abs. 1 Nr 2 bzw 3 StPO; entsprechend verhält es sich in den anderen Prozessordnungen). Das Schweigerecht korrespondiert strafprozessual dabei mit einem für die Praxis sehr wichtigen Beschlagnahmeverbot (§ 97 Abs. 1 StPO) sowie einem Verbot von Ermittlungsverfahren (§ 160a Abs. 1 StPO).<sup>10</sup>

8 *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 563; *Zuck*, in: *Gaier/Wolf/Göcken*, Anwaltliches Berufsrecht, 2010, § 43a Rn 7.

9 Zu „unbefugt“ als Rechtswidrigkeitsmerkmal vgl *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 384 sowie nachfolgend Fn 13.

10 Vgl dazu *Beulke*, StPO, Rn 154.

### III. Offenbarungspflichten

Es gibt aber auch Offenbarungspflichten, die den Anwalt bzw. Verteidiger treffen. Liegt eine solche vor, so hat der Betroffene die Pflicht zur Preisgabe; soweit eine Pflicht zur Offenbarung reicht, kann deren Erfüllung nicht unbefugt sein.<sup>11</sup> Die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstands müssen in diesem Fall nicht vorliegen.

Hier ist zunächst die Pflicht zur Anzeige – in der Zukunft liegender – Straftaten nach § 138 StGB zu nennen, die für enumerativ genannte Katalogtaten gilt (namentlich bestimmte Staatschutzdelikte sowie vorsätzliche Delikte gegen das Leben sowie weitere gravierende Freiheits-, Vermögens- und gemeingefährliche Delikte). In § 139 Abs. 3 StGB wird das für Anwälte/Verteidiger noch dahingehend eingegrenzt, dass Straffreiheit eintritt, falls diese sich ernsthaft darum bemüht haben, die Person von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden. Nur für Fälle von Mord, Totschlag oder Völkermord sowie bestimmte Delikte im Bereich erpresserischen Menschenraubs bzw. Geiselnahme oder Angriffe auf den Luft- bzw. Seeverkehr durch terroristische Vereinigungen gilt die Anzeigepflicht – auch für Rechtsanwälte – ohne Ausnahme.

Offenbarungspflichten finden sich darüber hinaus auch in anderen Gesetzen; hinzuweisen sei hier nur auf die Anzeigepflichten nach dem GwG,<sup>12</sup> auf Auskunftspflichten bezüglich Drittschuldnererklärungen (§ 840 ZPO) oder bei der Abgabe eidesstattlicher Versicherungen (§ 807 ZPO). Derartige Offenbarungspflichten sind für die Praxis der Strafverteidigung leider von zunehmender Bedeutung, allerdings nicht für unser eigentliches Thema.

### IV. Offenbarungsrechte

Offenbarungsrechte liegen dann vor, wenn der Anwalt zwar nicht verpflichtet, aber berechtigt zur Preisgabe von Geheimnissen ist. Er kann, aber muss nicht offenbaren. Als solche Offenbarungsrechte kommen alle Rechtfertigungsgründe in Betracht, angefangen von der Notwehr über den Defensivnotstand, den allgemeinen rechtfertigenden Notstand, bis hin zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. In der Kommentarliteratur wird das Einverständnis des Mandanten mit der Offenbarung teilweise schon als tatbestandsausschließend gewertet und nicht erst als Rechtfertigungsgrund.<sup>13</sup>

Notwehr kann zB in Passivprozessen in Betracht kommen oder wenn der Anwalt „zur Abwehr rechtswidriger Angriffe auf sein Vermögen oder seinen Ruf im Rahmen des Erforderlichen“ Geheimnisse des Angreifers offenbart.<sup>14</sup>

Häufiger dürfte aber der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen; das kann etwa bei Honorarklagen der Fall sein oder wenn der schweigepflichtige Anwalt seine Rechte als Beschuldigter im Strafverfahren wahrnehmen will (zur Abwehr von Angriffen Dritter).<sup>15</sup> Voraussetzung für die Bejahung rechtfertigenden Notstands ist insbesondere, dass die Preisgabe der Interna auch erforderlich ist

11 *Fischer*, § 203 Rn 37.

12 *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 394 halten eine Offenbarungspflicht hier für umstritten.

13 *MK-StGB-Cierniak/Pohlit*, § 203 Rn 54.

14 *LK Schünemann*, § 203 Rn 134 aE.

15 *LK-Schünemann*, § 203 Rn 133 f.

(„nicht anders abwendbare Gefahr“), dass bei der durchzuführenden Abwägung zwischen dem geschützten und dem verletzten Rechtsgut ersteres „wesentlich überwiegt“ und dass die Tat ein angemessenes Mittel ist, um die Gefahr abzuwenden. Bei Honorarklagen ist es dabei keinesfalls immer erforderlich, Interna preiszugeben;<sup>16</sup> und natürlich darf der Anwalt nicht leichtfertig unbegründete Honorarklagen anstrengen oder zur Durchsetzung minimaler Forderungen hochrangige Geheimnisse offenbaren.<sup>17</sup> Bei der Güterabwägung ist zu berücksichtigen, dass der Mandant bei der berechtigten Klage Verursacher des Notstands ist; hier liegt ein Defensivnotstand (Gedanke des § 228 BGB) vor, der den Anwalt entlastet. Auch kann die Klage gegen den Mandanten als ein angemessenes Mittel angesehen werden, weil die BORA solche Klagen vorsieht (§ 11 Abs. 5 S. 2, 14 Abs. 2 RVG) oder die Inanspruchnahme von Parteirechten in Prozessen wegen der Justizgewährungspflicht des Staates auch für den Anwalt verfassungsrechtlich verbürgt ist.<sup>18</sup>

In der Rechtsprechung<sup>19</sup> und in der überwiegenden straf- und berufsrechtlichen Kommentarliteratur<sup>20</sup> wird darüber hinaus der Geheimnisbruch auch „aus den Grundsätzen über die Abwägung widerstreitender Pflichten und Rechte“<sup>21</sup> oder gestützt auf den Gedanken der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB analog) für gerechtfertigt angesehen.<sup>22</sup> Begründet wird das damit, dass bei Straftatbeständen, die – wie § 203 StGB – Rechtsgüter mit einem besonderen Gemeinschaftsbezug schützen würden, auf die strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie in § 34 StGB vorgesehen sei, verzichtet werden könne. Es reiche dann schon, wenn das geschützte Rechtsgut das verletzte überhaupt (= ein bisschen) überwiege oder wenigstens gleichwertig sei.<sup>23</sup>

In der neueren strafrechtlichen Literatur wird diese Ausweitung der Rechtfertigung von Verstößen gegen die Schweigepflicht ganz überwiegend und aus meiner Sicht zutreffend abgelehnt. Sie führt zu einer Abwertung der Schweigepflicht; es droht die „Gefahr der Beliebigkeit der Abwägung“.<sup>24</sup> Was eine mögliche Rechtsanalogie zu § 193 StGB betrifft, fehlt es überdies an einem vergleichbaren Sachverhalt, da sich § 193 StGB auf spezifische Fragen der Meinungsäußerungsfreiheit bezieht.<sup>25</sup> Zu bedenken ist auch, dass einzelne Urteile, die zur Begründung der Position der Rechtsprechung herangezogen werden, vor der 1969 erfolgten Verabschiedung des geltenden § 34 StGB ergangen sind und deshalb jetzt keine Geltung mehr beanspruchen können.

16 S/S/W-StGB-Bosch, § 203 Rn 41, wegen der Beweislastverteilung im Zivilprozess.

17 Henssler, in: Prütting-Henssler, BRAO, 4. Aufl. 2014, § 43a Rn 102.

18 LK-Schünemann, § 203 Rn 134.

19 Insb. BGHSt 1, 368; BGH NJW 68, 2290; OLG Köln NJW 00, 3657.

20 Überblicke zum strafrechtlichen Streitstand bei Lackner/Kühl, § 203 Rn 25 und LK-Schünemann, § 203 Rn 131 in Fn 229; aus berufsrechtlicher Sicht vgl Kilian, Rechtliche Grundlagen der anwaltlichen Tätigkeit, 2005, 5. Kapitel Rn 38 ff; Hartung, in: Hartung/Römermann, BORA/FAO, 5. Aufl. 2012, § 2 BORA Rn 43.

21 So ausdrücklich das OLG Köln NJW 00, 3656 f mit der kennzeichnenden Begründung, der Bereich strafloser Offenbarungsrechte würde zu stark eingeengt, wenn man ein wesentliches Überwiegen des geschützten Interesses verlange.

22 Nachw. bei Beulke/Ruhmannseder, Rn 398 in Fn 1451.

23 Vgl die Darstellung von Schmitz, JA 96, 949, 953.

24 Schmitz, JA 96, 949, 953.

25 Bosch, JA 13, 780, 790.

### C. Preisgabe von Interna, die sich auf die Schuld/Unschuld des Mandanten beziehen

Das eigentliche Dilemma des Verteidigers liegt dort, wo sich die Preisgabe der Interna gezielt auf die Schuld des Mandanten bezieht; also wenn der Verteidiger gegen den Willen des Mandanten die Täterschaft des leugnenden oder die Unschuld des sich schuldig bekennenden Beschuldigten offenbart. Denn es stellt ersichtlich einen erheblichen Unterschied dar, ob ein Verteidiger bspw im Rahmen eines Honorarprozesses über Details berichtet, die mit dem strafrechtlichen Vorwurf, der dem Mandanten gemacht wird, nichts zu tun haben, aber auch der Verschwiegenheitspflicht unterfallen, oder ob der Verteidiger entgegen dem Willen des Mandanten gezielt zu dem Strafrechtsvorwurf Stellung nimmt, der den Mandanten veranlasste, den Verteidiger zu konsultieren. Hier ist der innerste Kern des Verteidigungsmandats und damit auch der Schweigepflicht betroffen.

Wie dargestellt sind diese Fälle im Rahmen von § 34 StGB zu lösen. Das heißt, dass die Offenbarung erforderlich sowie angemessen sein muss und dass insbesondere bei Abwägung der widerstreitenden Interessen das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegen muss.

Bei der vorzunehmenden Abwägung kommt dem Rang- und Werteverhältnis der kollidierenden Rechtsgüter eine wesentliche Bedeutung zu.<sup>26</sup> Durch die Preisgabe wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>27</sup> des Mandanten verletzt. Die im Schrifttum hoch strittige Frage, ob die Schweigepflicht darüber hinaus auch Allgemeinrechtsgüter schützt,<sup>28</sup> kann an dieser Stelle noch ausgespart werden.<sup>29</sup> Demgegenüber kann die Offenbarung dem Schutz der Rechtsgüter Dritter bzw des Mandanten dienen, also der Ehre, der Freiheit und dem Vermögen – je nach dem, ob damit eine unberechtigte Freiheits- oder Geldstrafe abgewendet werden kann. Das abstrakte Rangverhältnis der konkurrierenden Rechtsgüter fällt dabei auf den ersten Blick keinesfalls zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus und spricht damit zunächst für die Preisgabe. Erst recht ist dies bei *Werner Beulkes* Interpretation des öffentlichen Interesses an der Effektivität der Verteidigung der Fall; hier fällt dann noch der Schutz der Rechtspflege als Kollektivrechtsgut zusätzlich in die Waagschale. Für ihn zählt dieses Interesse so sehr, dass er es für sich allein schon für ausreichend hält, um alle anderen gegenläufigen Interessen zu überwiegen.<sup>30</sup> Kurz: Der Geheimnisbruch wird durch das öffentliche Interesse an der Effektivität der Verteidigung legitimiert.

26 Vgl *Wesseis/Beulke/Satzger*, AT, Rn 310 f; *Rengier*, § 19 Rn 28; *Fischer*, § 34 Rn 12.

27 *Kleine-Cosack*, BRAO, 5. Aufl. 2008, § 43a Rn 5, „insbesondere in dem darin enthaltenen Recht auf informationelle Selbstbestimmung; „Individualsphäre des Einzelnen“ LK-*Schünemann*, § 203 Rn 14 mit Nachw. in Fn 30; *Fischer*, § 203 Rn 2 spricht vom persönlichen „Lebens- und Geheimbereich, der im Individualinteresse betroffener Personen“ nicht verletzt werden soll; von *Galen*, StV 00, 575, 577 stellt auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Persönlichkeit ab.

28 Zum Streitstand vgl die ausführliche Stellungnahme von LK-*Schünemann*, § 203 Rn 14 mit Nachw. in Fn 32 f.

29 Dazu nachfolgend C.I.2.

30 *Beulke*, S. 120: „Bei Abwägung des Interesses des Mandanten an der Wahrung des Privatgeheimnisses und des öffentlichen Interesses an der Effektivität der Verteidigung muss deshalb auch hier dem öffentlichen Interesse der höhere Rang zugewiesen werden.“

## I. Öffentliche Interessen an der Verteidigung und Schweigepflicht

Das wirft zwei Fragen auf: Zunächst ist zu prüfen, ob es überhaupt öffentliche Interessen an der Strafverteidigung gibt, um sodann den Inhalten des öffentlichen Interesses an der Strafverteidigung nachzugehen.

### 1. Öffentliche Interessen

Der ersten Frage kann deshalb nicht ausgewichen werden, weil von *Lüderssen* und ihm nachfolgend *Jahn* jedes öffentliche Interesse an der Strafverteidigung bestritten wird:<sup>31</sup> Die einseitige Parteinahme des Verteidigers geschehe nicht im öffentlichen Interesse, sondern nur um des einzelnen Beschuldigten willen. Diese Position verkennt jedoch, dass die Mitwirkung des Verteidigers nicht nur eine private „Rechtswohltat“ gegenüber dem Beschuldigten darstellt, sondern „Essential eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens“ ist.<sup>32</sup> Die ältere Prozessrechtswissenschaft hatte dies früher deutlich herausgestellt und dabei den Zusammenhang mit der dialogischen (kontradiktorischen) Struktur des reformierten Strafprozesses hergestellt: Die Verteidigung, so führte etwa *Frydmann* aus, „vertritt ebenso ein öffentliches Interesse wie die Staatsanwaltschaft, nur in entgegengesetzter Richtung. Jene tritt für eine Ausdehnung der Machtbefugnisse des Staates ein, diese wehrt die Ausbreitung derselben in die Freiheitsrechte der Individuen und damit der Gesellschaft ab [...] Dem Staatsanwälte tritt im Verteidiger der Gesellschaftsanwalt entgegen“.<sup>33</sup>

Aber nicht nur die Strafrechtsreformer des 19. Jahrhunderts haben öffentliche Interessen an der Strafverteidigung bejaht, sondern in neuerer Zeit hat auch das BVerfG in der Geldwäscheentscheidung (BVerfGE 110, 226) die öffentlichen Interessen an der Strafverteidigung hervorgehoben:<sup>34</sup> Es ging dabei um die Frage, ob Strafverteidiger sich strafbar machen, wenn sie von einem mutmaßlichen Drogenhändler Honorar annehmen, was das BVerfG zutreffend verneint. Als Einstieg in die verfassungsdogmatische Prüfung wählt der Senat dabei das Grundrecht auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) im Allgemeinen und die freie Advokatur im Besonderen (BVerfGE 110, 226, 251 f) und verankert das Recht auf Verteidigung noch zusätzlich im Rechtsstaatsprinzip (BVerfGE 110, 226, 253 f). Die anwaltliche Berufsausübung unterliege der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts (BVerfGE 110, 226, 251 f). Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor Bevormundung und Kontrolle, so das BVerfG, liegt dabei nicht „allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden“, sondern die Berufstätigkeit des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“ liegt auch „im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege“.<sup>35</sup> Das gilt auch für den Strafverteidiger, wobei das

31 *Lüderssen*, Dünnebieber FS, S. 263 ff; *ders.*, NJW 86, 2742 ff; LR-*Lüderssen/Jahn*, vor § 137 Rn 33 ff, 72; *Jahn*, „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 238 ff; *ders.*, JR 99, 1 ff.

32 LR-*Kühne*, Einl. Abschn. J Rn 110 a E, der zusätzlich darauf hinweist, dass davon auch die Wiederherstellung des Rechtsfriedens als Ziel des Strafverfahrens abhängt.

33 *Frydmann*, Systematisches Handbuch der Vertheidigung im Strafverfahren, 1878, S. 65 und 75. In ganz ähnlicher Weise hat *Vargha*, Die Vertheidigung in Strafsachen, 1879, § 185 S. 281 die über die Wahrnehmung rein privater Interessen hinausgehende „Bestimmung“ der förmlichen Verteidigung betont; vgl dazu *Barton*, S. 53 f.

34 Vgl dazu den Besprechungsaufsatz von *Barton*, JuS 04, 1033 ff.

35 BVerfGE 110, 226, 252 mit Rechtsprechungsbelegen.

BVerfG noch ergänzt, dass das Institut der Strafverteidigung durch das Rechtsstaatsprinzip gesichert sei.<sup>36</sup>

## 2. Schweigepflicht und öffentliche Interessen

Die bisherige Betrachtung hat die Schweigepflicht nur unter dem Gesichtspunkt des Individualrechtsguts gewürdigt, also als Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Mandanten. Richtig gesehen dient sie aber nicht nur den Individualinteressen des Mandanten, sondern auch Allgemeininteressen. So, wie die Strafverteidigung im öffentlichen Interesse steht, verhält es sich auch mit der Schweigepflicht.

Das anwaltliche Berufsrecht hat dies seit jeher klar zum Ausdruck gebracht: Die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht hat nicht erst seit der 1994 erfolgten Aufnahme als § 43a Abs. 2 S. 1 in die BRAO konstitutive Bedeutung für das anwaltliche Berufsbild.<sup>37</sup> Sie stellt neben der Verpflichtung zur Unabhängigkeit und dem Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen die wichtigste Grundpflicht des Anwalts dar.<sup>38</sup> Sie „dient dem Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Verschwiegenheit der Anwälte, das unerlässlich für eine auf rechtsstaatliche Prinzipien gegründete Rechtspflege ist.“<sup>39</sup>

Die enge Verbindung zwischen der anwaltlichen Schweigepflicht und öffentlichen Interessen bringen auch die CCBE-Berufsregeln auf den Punkt: Demnach gehöre es zum Wesen der Berufstätigkeit des Rechtsanwalts, dass sein Mandant ihm Geheimnisse anvertraue. Sei die Vertraulichkeit nicht gewährleistet, könne kein Vertrauen entstehen. Und weiter: „Aus diesem Grund ist das Berufsgeheimnis gleichzeitig ein Grundrecht und eine Grundpflicht des Rechtsanwalts von besonderer Bedeutung. Die Pflicht des Rechtsanwalts zur Wahrung des Berufsgeheimnisses dient dem Interesse der Rechtspflege ebenso wie dem Interesse des Mandanten.“<sup>40</sup>

Dass die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht im öffentlichen Interesse steht, wurde auch bei der Reform des Kinderschutzgesetzes deutlich. In der 16. Legislaturperiode war ursprünglich in § 2 KiSchZusG vorgesehen, dass alle Personen, die einer Schweigepflicht im Sinne des § 203 StGB unterliegen, bei Gefährdung des Kindeswohls befugt sein sollten, dem Jugendamt gewichtige Anhaltspunkte für eine Kindeswohlgefährdung mitzuteilen.<sup>41</sup> Gegen diese über die allgemeinen Rechtfertigungsgründe hinausgehende spezielle Befugnis zur Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht sprach sich die Bundesrechtsanwaltskammer aus, die anführte, dass sich dann kein Tatverdächtiger mehr vertrauensvoll an einen Rechtsanwalt wenden könnte, um sich von ihm beraten oder vertreten zu lassen, weil er befürchten müsse, dass seine „Informationen, die er erteilen muss, um sachgerecht vertreten zu werden, gegen ihn verwendet und den Ermittlungsbehörden of-

36 BVerfGE 110, 226, 253.

37 Vgl. Henssler, in: Henssler/Prütting (s. Fn 17), § 43a Rn 44; insofern handelt es sich um eine statusbildende Norm: Hartung, in: Hartung/Römermann (s. Fn 20), § 2 BORA Rn 42; von Galen, StV 00, 575, 578.

38 Henssler, in: Henssler/Prütting (s. Fn 17), § 43a Rn 44.

39 Henssler, in: Henssler/Prütting (s. Fn 17), § 43a Rn 42.

40 CCBE Nr 2.3.1., abgedruckt bei Henssler/Prütting (s. Fn 17), S. 2126.

41 Art. 1, § 1 Abs. 3 KiSchuZusG, BT-Drucks. 16/12429, S. 5.

fenbart werden.“<sup>42</sup> Das Gesetz verfiel in der 16. Legislaturperiode der Diskontinuität, wurde in der 17. dann – entsprechend dem Vorschlag der BRAK – so verabschiedet, dass nur noch ein Numerus Clausus an Berufsgeheimnisträgern befugt ist, die Verschwiegenheitspflicht zu durchbrechen, zu dem Anwälte aber nicht zählen.<sup>43</sup>

In aller Klarheit hat auch das BVerfG in der schon oben angeführten Geldwäscheentscheidung die Verschwiegenheitspflicht des Strafverteidigers verfassungsrechtlich untermauert und in eine enge Wechselbeziehung zur freien Advokatur und zu den Interessen der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege gestellt. Es hat hervorgehoben, dass elementare Voraussetzung für die Erfüllung der anwaltlichen Aufgaben ein Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant sei. Grundbedingung für dessen Entstehen sei neben der Integrität des Anwalts das Recht und die Pflicht zu Verschwiegenheit.<sup>44</sup> Das BVerfG betont dabei nicht nur den Umstand, dass die Verschwiegenheitspflicht, wie angesprochen, zu den anwaltlichen Grundpflichten gehört, sondern unterstellt sie „als unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung“ dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.<sup>45</sup> Diesen Schutz genießt auch der Strafverteidiger: „Nur wenn der Beschuldigte auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann, ist die Vorbedingung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses geschaffen, ohne das eine Strafverteidigung nicht wirkungsvoll sein kann“.<sup>46</sup> Die Pflicht zur Verschwiegenheit sei „zwingende Voraussetzung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses“; das „Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit“ sind „auch und gerade für den Verteidiger unverzichtbar [...]; fehlen sie, so steht die Berufsausübung überhaupt in Frage.“<sup>47</sup>

Das BVerfG stellt die Verschwiegenheitspflicht damit in den oben dargestellten verfassungsrechtlichen Ableitungszusammenhang, in welchem die Strafverteidigung eine Institutionsgarantie erfahren hat und ihr Tätigwerden dem Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege entspricht.

Die Schweigepflicht des § 203 Abs. 1 StGB dient also auch den öffentlichen Interessen an der Funktionsfähigkeit der Anwaltschaft bzw der Verteidigung und damit dem Interesse an einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege.<sup>48</sup>

### 3. Dimensionen der Verteidigung und öffentliche Interessen

In völliger Übereinstimmung mit den hier vorgestellten Überlegungen hat *Werner Beulke* schon 1980 überzeugend herausgearbeitet, dass die Verteidigung öffentlichen Interessen dient.<sup>49</sup> Er unterscheidet dabei drei verschiedene Funktionen, nämlich erstens die öffentlichen Interessen an der Effektivität der materiellen Verteidigung, zweitens die an der

42 BRAK-Stellungnahme-Nr 14/2009, S. 3, [www.brak.de](http://www.brak.de) unter Stellungnahmen (zuletzt besucht am 24.02.2014).

43 BT Drucks. 17/6256.

44 BVerfGE 110, 226, 252.

45 BVerfGE 110, 226, 252.

46 BVerfGE 110, 226, 254.

47 BVerfGE 110, 226, 259 unter ausdrücklicher Heranziehung von *Beulke*, S. 45 ff.

48 Vgl *S/S-Lenckner/Eisele*, § 203 Rn 30; vgl ferner *Fischer*, § 203 Rn 2: „mittelbar geschützt“.

49 *Beulke* (s. Fn 3), S. 259 f.

Effektivität der Rechtspflege und drittens die an der Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland.<sup>50</sup> Für die Lösung des Ausgangsfalles des nicht schuldigen Mandanten, der zum Schutz seiner Ehe auf einen Entlastungsbeweis verzichten will, bildet für *Werner Beulke* die Effektivität der materiellen Verteidigung den zentralen Gesichtspunkt, der dem Verteidiger die Befugnis verleihe, sein Schweigen zu brechen. Das verdient nähere Betrachtung, wozu etwas weiter ausgeholt werden muss, um so verschiedene Dimensionen der Verteidigung beleuchten zu können.

Beginnen wir mit der sog. materiellen Verteidigung, die im Schrifttum des 19. Jahrhunderts als materielle Defension bezeichnet wurde und auf die *Werner Beulke* offenbar abstellt. Sie stellt die rechtliche Gegenwehr gegen die Strafverfolgung schlechthin dar und umfasst als Selbstschutz des Angeklagten gegen die Anklage alles, was der Zurückweisung des strafrechtlichen Vorwurfs dient. Es ist dabei egal, ob es sich um materiellrechtliche oder prozessrechtliche Gesichtspunkte handelt.<sup>51</sup> Die materielle Verteidigung kommt also grundsätzlich ohne den Strafverteidiger aus; vielmehr sind – damals wie heute – auch Richter und Staatsanwälte zur materiellen Verteidigung berechtigt und verpflichtet: Richter aufgrund der Amtsaufklärungspflicht (§§ 244 Abs. 2, 155 Abs. 2 StPO), Staatsanwälte gem. § 160 Abs. 2 StPO.

Davon zu trennen ist die förmliche Verteidigung bzw formelle Defension: Darunter ist die Vornahme von Prozesshandlungen durch einen förmlichen Verteidiger bzw die gesetzlich geregelte Wahrnehmung von Beschuldigteninteressen durch einen hierzu speziell berufenen Prozessbeistand zu verstehen.<sup>52</sup> Formelle Defension setzt dabei, was in Deutschland nicht erst seit den Reichsjustizgesetzen der Fall ist, die Kodifikation der Strafverteidigung als Rechtsinstitut voraus.

In der heutigen Zeit tritt eine dritte Dimension von Strafverteidigung hinzu: die praktisch-professionelle Seite der Verteidigung. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass sich Strafverteidigung nicht in der Vornahme förmlicher Prozesshandlungen erschöpft, sondern auch als Berufstätigkeit und Dienstleistung in der Lebenswelt ausgeübt wird. Gemeint ist damit, dass es ein gewachsenes Berufsbild der Verteidigung gibt und dass diese Berufstätigkeit von nicht wenigen der rund 160.000 Rechtsanwälte in Deutschland praktiziert wird. Der Verteidigerberuf wird dabei vom anwaltlichen Berufsrecht umhegt, zeigt sich aber auch in den zivilrechtlichen und ökonomischen Grundlagen des Verteidigermandates. Verteidigung ist zudem unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistung für den Mandanten zu beurteilen, wodurch Aspekte berührt werden, die sich nicht nach rein prozessualen Gesichtspunkten bewerten lassen, sondern die Fragen nach der Zweckerfüllung und der Qualität der Dienstleistung für die Interessen des Mandanten ins Spiel bringen. In Fällen anwaltlicher Schlechtleistung kann dann auch das Haftungsrecht greifen.<sup>53</sup>

Die Verfassung schützt alle diese Dimensionen der Verteidigung: Die materielle Defension wird insbesondere durch den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör erfasst,<sup>54</sup> die formelle durch den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten fair-trial-Grund-

50 *Beulke* (s. Fn 3), S. 259.

51 *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung, 2. Aufl. 2013, § 2 Rn 4.

52 *Barton* (s. Fn 51), § 2 Rn 6.

53 *Barton*, in: *Widmaier*, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 57 Rn 5.

54 Daneben steht das Recht auf ein faires Verfahren; vgl *Niemöller/Schuppert*, AöR 82, 387, 425 m. Rspr.

satz in seiner Ausgestaltung als Gebot der Waffengleichheit.<sup>55</sup> Die praktisch-professionelle Verteidigung wird, wie geschildert, durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt und ist zudem im Rechtsstaatsprinzip verankert.

Überraschenderweise wird aber, wenn der Verteidiger in unseren Ausgangsfällen der Schweigepflicht gehorcht, keiner dieser Verfassungsgrundsätze verletzt: Der Staat greift weder in die materielle noch in die formelle Verteidigung ein. Erst recht bleibt die professionelle Verteidigung unberührt, da die Berufsausübung staatlicherseits keinesfalls erschwert wird.

Auch bei Heranziehung der Rechtsprechung des EGMR ergibt sich kein anderes Ergebnis. Zwar hat der EGMR wiederholt einen Anspruch des Beschuldigten auf konkrete und wirksame Verteidigung betont;<sup>56</sup> der Staat muss bei Pflichtverteidigungen also mehr garantieren als nur die förmliche Bestellung eines Verteidigers. Aber das führt keinesfalls dazu, dass die Justiz sich in die materielle Verteidigung einmischen darf. Zulässig kann es nur sein, das „ob“ der formellen Defension zu kontrollieren, niemals das „wie“.<sup>57</sup>

Wenn das Schweigen des Verteidigers keinen der menschen- oder verfassungsrechtlichen Schutz genießenden Dimensionen der Verteidigung verletzt, was ist dann unter den von *Werner Beulke* genannten „öffentlichen Interessen an der materiellen Effektivität der Verteidigung“ zu verstehen? Man muss zur Beantwortung dieser Frage darauf abstellen, dass es sich in dem von *Werner Beulke* geschilderten Fall des unschuldigen Mandanten um eine paradoxe Verteidigung handelt: Der Mandant will, obwohl er die Tat nicht begangen hat, den Entlastungsbeweis nicht antreten. Bei einer solchen atypischen, ja geradezu „pathologischen“ Konstellation findet kein Eingriff von außen in geschützte Sphären der Strafverteidigung statt – und gerade auch nicht in die materielle Verteidigung. Es geht um einen Konflikt im Verteidigungsinnenverhältnis, der erst durch die etwaige Preisgabe des Geheimnisses Außenwirkung entfaltet. Dem Beschuldigten und seinem Verteidiger wird das Recht zur Äußerung ja staatlicherseits nicht beschnitten. Es ist vielmehr so, dass der Beschuldigte hier nur einen möglichen Verteidigungsgrund nicht ins Feld führt, der ihm einen Freispruch gebracht und zudem zur Überführung des wirklichen Täters geführt hätte. Es geht also – solange der Verteidiger sein Schweigen nicht bricht – um einen Konflikt im Verteidigungsinnenverhältnis. Konflikte zwischen diesen beiden berühren nun üblicherweise gerade keine öffentlichen Interessen.

Bei einem solchen paradoxen Verteidigungsziel ist also nicht das öffentliche Interesse an der Effektivität der Verteidigung in Gefahr, sondern etwas ganz anderes, nämlich das „öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Aufklärung der Tat“.<sup>58</sup> Dieses Aufklärungsinteresse bildet in der Verfassungsrechtsprechung grundsätzlich den Gegentopos

55 BVerfGE 63, 45, 61; BVerfG StV 01, 601 f; BVerfGE 110, 226, 253; siehe auch *Niemöller/Schuppert*, AöR 82, 387, 429.

56 *SK-Wöhlens*, vor § 137 Rn 82; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gem. Art. 6 EMRK, 2007, S. 271 ff, 846 ff; *Barton* (s. Fn 51), § 4 Rn 78 ff.

57 Vertiefend *Barton* (s. Fn 51), § 4 Rn 82.

58 BVerfGE 32, 373, 381 f; vgl dazu *Niemöller/Schuppert*, AöR 82, 387, 443.

zu den individuellen Freiheitsansprüchen des Bürgers und zur freien Advokatur.<sup>59</sup> Auch die Wahrheitsermittlung liegt, um Missverständnisse zu vermeiden, natürlich im legitimen und schützenswerten Interesse der Gesellschaft. Nur ist der Verteidiger nicht der berufene Vertreter dieses Interesses, sondern primär Beistand des Beschuldigten (§ 137 Abs. 1 StPO). Anders als Staatsanwalt oder Richter, für die es keine Diskrepanz zwischen Wahrheitsermittlung und der auch ihnen obliegenden materiellen Defension gibt – sie sollen die ganze Wahrheit herausfinden, egal ob sie schlecht oder gut für den Beschuldigten ist –, hat der Verteidiger nicht die Aufgabe der unparteiischen Wahrheitsermittlung, sondern hat als Beistand des Beschuldigten dessen Interessen zu wahren.<sup>60</sup> Während diese im Normalfall darauf hinauslaufen, alle Verteidigungsgründe ins Feld zu führen, werden dem Verteidiger bei atypischen Konstellationen Grenzen gesetzt. Sie ergeben sich aus den zivilrechtlichen Grundlagen des Verteidigermandates, also insbesondere aus dem im Innenverhältnis angelegten Weisungsrecht des Mandanten, das vom Verteidiger, will er nicht Gefahr laufen, für einen dem Mandanten zugefügten Schaden haften zu müssen, zu beachten ist.<sup>61</sup>

Damit lässt sich festhalten: Es gibt zweifellos ein öffentliches Interesse an der Effektivität der Verteidigung. Dazu gehören aber nicht die Interessen an der Findung und Bestrafung des wahren Täters, sofern dies auf Kosten des Mandanten geht. Dem von *Werner Beulke* angeführten öffentlichen Interesse an der Strafverteidigung muss also bei jeder Abwägungsentscheidung, ob die Schweigepflicht gem. § 34 StGB im Einzelfall zurücktreten darf, zentrales Gewicht beigemessen werden. Es gehört aber nicht in die Waagschale der für die Preisgabe sprechenden Umstände, sondern es verhält sich genau umgekehrt: Die öffentlichen Interessen am Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Verschwiegenheit der Anwälte, das unerlässlich für eine auf rechtsstaatliche Prinzipien gegründete Rechtspflege ist und die damit verbundenen Interessen an einer funktionsfähigen Rechtsprechung, sprechen gegen die Preisgabe von Interna. Das muss bei der nun folgenden Bewertung der verschiedenen Fallkonstellationen berücksichtigt werden.

## II. Zurückliegende Straftat

Es ist unumstritten, dass Strafverfolgungsinteressen des Staates für sich allein den Bruch der Schweigepflicht nicht rechtfertigen können.<sup>62</sup> Das ergibt sich daraus, dass die Anzeigepflicht des § 138 f StGB nur hinsichtlich zukünftiger Straftaten besteht und der Verteidiger seinem Mandanten zu Beistand und Treue verpflichtet ist. Der Verteidiger, der ungünstige Umstände zum Nachteil seines Mandanten offenbart, würde nicht nur das Vertrauensverhältnis zerstören, sondern „verraten statt zu verteidigen“.<sup>63</sup> Das Interesse des Staates an Aufklärung einer Straftat kann nie und nimmer gewichtiger sein als die Er-

<sup>59</sup> Vgl. *Gusy*, StV 02, 153, 155, wobei die Wahrheitsermittlung, worauf *Gusy* hinweist, aber auch der Entlastung vom Tatvorwurf dienen kann. Das trifft zu, aber sofern der Beschuldigte diese Entlastung nicht will, ist nur die Wahrheitsermittlung bedroht, nicht aber die materielle Verteidigung in ihrer Effektivität verletzt.

<sup>60</sup> SK *Wohlens*, vor § 137 Rn 5; *Barton* (s. Fn 51), § 2 Rn 33 ff.

<sup>61</sup> Vertiefend dazu *Barton* (s. Fn 51), § 6 Rn 17 ff.

<sup>62</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (s. Fn 17), § 43a Rn 90.

<sup>63</sup> *Dahs*, Rn 48.

fällung der Beistandspflichten; dasselbe gilt für sonstige Interessen, wie bspw an historischer Wahrheit und erst recht am Erhalt einer Belohnung für die Nennung des wirklichen Täters.<sup>64</sup> Der Anwalt muss schweigen; auch ein Straftäter muss sich an einen Verteidiger wenden können, ohne Gefahr zu laufen, angezeigt zu werden.<sup>65</sup> Grenzen werden, ohne dass dies hier zu vertiefen wäre, dem Verteidiger allerdings bei der laufenden Verteidigungstätigkeit gesetzt, sofern er von der Schuld des Mandanten weiß.<sup>66</sup>

### III. Drohende Straftat

Weiß der Verteidiger von dem Vorhaben seines Mandanten, das dem Katalog des § 139 Abs. 3 Nr 1 bis 3 StGB unterfällt (Mord, Totschlag, Völkermord, bestimmte Formen erpresserischen Menschenraubes und Geiselnahme), dann ist er zwingend zur Anzeige verpflichtet.<sup>67</sup> Nach allgemeiner Auffassung steht ihm hinsichtlich der verbliebenen, in den Katalog des § 138 Abs. 1 StGB fallenden, Delikte ein Wahlrecht zu, ob er von der Anzeige Gebrauch machen will oder ob er sich ernsthaft bemüht, den Tatgeneigten von der Tat abzuhalten oder den Erfolg abzuwenden (§ 139 Abs. 3 S. 2 iVm S. 1 StGB). Bezüglich sonstiger drohender Straftaten – also solcher, die nicht in § 138 StGB genannt werden – wie bspw Diebstahl, Untreue oder Körperverletzung – soll der Verteidiger zudem beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 StGB gerechtfertigt sein.

Angesichts der Bedeutung der Schweigepflicht für das öffentliche Interesse an einer geordneten Rechtspflege erscheinen diese Ergebnisse zweifelhaft. Wenn das Gesetz nämlich eine Abstufung der Anzeigepflicht des Verteidigers vornimmt und ihn hinsichtlich der genannten Delikte unterhalb von Mord und Totschlag insofern privilegiert, als er ihm eine weitere legale Handlungsvariante zugesteht, heißt dies noch lange nicht, dass davon in beliebiger Weise Gebrauch gemacht werden kann. Wenn § 34 StGB verlangt, dass die geschützten Interessen die beeinträchtigten wesentlich überwiegen, so sollte dies gleichermaßen für die Anzeigeerstattung gelten: Die Vor- und Nachteile einer Anzeige sind also gegenüber den Bemühungen, den Mandanten von der Tat abzubringen, abzuwägen. Eine Anzeige ist erst dann gerechtfertigt, wenn per Saldo ein wesentlich besserer Rechtsgüterschutz erreicht wird als durch Bemühungen, den Mandanten von der Tat abzubringen.

Das bedeutet zugleich, dass wegen des mit dem Bruch der Verschwiegenheit verbundenen Vertrauensverlustes in die Rechtspflege Anzeigen hinsichtlich geplanter Straftaten des Mandanten, die nicht im Katalog des § 138 StGB enthalten sind, nur beim Vorliegen von ganz außergewöhnlichen Umständen<sup>68</sup> gerechtfertigt sein können. Sofern *Dahs* in einer Entscheidungsanmerkung ausführt, zur Verhinderung eines drohenden Prozessbetrugs sei eine Anzeige gegen den ehemaligen Mandanten dann gerechtfertigt, wenn einem Dritten

64 Beispiel von *Ackermann*, 100 Jahre DJTFS, Bd 1, S. 479, 493.

65 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (s. Fn 17), § 43a Rn 90.

66 Zur Strafvereitelung durch Strafverteidigung vgl nur *Beulke*, StPO, Rn 174 ff sowie *Beulke/Ruhmannseder*, Rn 17 ff, 622 ff.

67 Oben B.III.

68 So grundsätzlich zutreffend *Henssler*, NJW 94, 1817, 1823, dessen konkretes Beispiel allerdings nicht überzeugen kann (Anzeige eines Fluchtversuchs – obwohl ein solcher gar nicht unter Strafe steht; vgl § 121 StGB), aA (gerechtfertigt): *MK-StGB-Cierniak/Pohlit*, § 203 Rn 88; *NK-Kargl*, StGB, § 203 Rn 66.

ansonsten sehr hoher wirtschaftlicher Schaden drohen würde,<sup>69</sup> ist dem unter Hinweis auf die hohe Bedeutung der Schweigepflicht zu widersprechen.<sup>70</sup> Damit sind wir bei unseren beiden Ausgangsfällen.

#### IV. Schutz eines Dritten vor Justizirrtum

Wenn es um die Rettung eines Unschuldigen vor ungerechtfertigter Verurteilung geht, hält *Henssler* die Preisgabe schon dann für gerechtfertigt, wenn der Verteidiger erstens der „Stimme seines Gewissens“ folge und dies zweitens erforderlich ist, also „das Unrecht nicht auf anderem Weg sicher verhindert werden kann.“<sup>71</sup> Er begründet dies damit, dass in derartigen Fällen ein rechtlich schutzwürdiges Interesse gar nicht entstehen kann und dass es darum gehe, „neues Unrecht zu verhindern.“<sup>72</sup> Dem ist zu widersprechen. Schon die Behauptung, schutzwürdiges Interesse könne gar nicht entstehen, steht im Gegensatz zu dem oben dargestellten öffentlichen Interesse daran, dass auch ein Tatverdächtiger sich vertrauensvoll an einen Rechtsanwalt wenden darf, ohne befürchten zu müssen, dass jener die Mitteilungen gegen den Mandanten verwendet.<sup>73</sup> Zudem wird das eigentliche Dilemma viel zu einseitig behandelt, wenn die Abwägung („rechtstreue Position“)<sup>74</sup> darauf reduziert wird, neues Unrecht zu verhindern und dabei nicht erwähnt wird, dass der Bruch der Schweigepflicht straf- und berufsrechtliche Tatbestände verwirklicht. Schließlich geht es auch nicht an, die Lösung allein im Rahmen einer Gewissensentscheidung zu suchen, maßgeblich ist vielmehr, ob die Voraussetzungen des rechtfertigenden Notstandes vorliegen. Dies unterstellt, ergibt sich Folgendes:

Bei der nach § 34 StGB vorzunehmenden Abwägung ist danach zu differenzieren, ob die Preisgabe zu Lasten des Mandanten geht oder nicht. Im letztgenannten Fall, der bspw dann gegeben sein kann, wenn der Mandant verstorben oder die ihm vorgeworfene Tat verjährt ist, kann die Beistandspflicht gegenüber dem Interesse der Verhinderung von Justizunrecht zulasten eines Dritten zurücktreten. Aber auch hier darf das öffentliche Interesse an der Verschwiegenheit keinesfalls völlig vernachlässigt werden. Insbesondere ist auch der von *Schünemann* ins Spiel gebrachte Gesichtspunkt mit in die Abwägung zu integrieren, dass in unseren Prozessordnungen der Findung der wahren Entscheidung (bzw Verhinderung eines Justizirrtums) keinesfalls Vorrang vor der Schweigepflicht eingeräumt wird. *Schünemann* begründet dies mit der Regelung des § 53 StPO, die vor-

69 *Dahs*, JR 87, 466, 467: „Bei aller Anerkennung der Bedeutung der Schweige- und Treuepflicht gegenüber dem früheren Mandanten könnte dies wohl dann keinen Vorrang beanspruchen, wenn der frühere Mandant durch betrügerisches Prozessverhalten seinem Gegner sehr hohen wirtschaftlichen Schaden zufügen oder ihn gar in Existenznot bringen würde.“

70 Wobei man sich ebenfalls auf *Dahs* beziehen kann, nämlich auf dessen Ausführungen im Handbuch (s. Fn 63) in Rn 48, 50.

71 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (s. Fn 17), § 43a Rn 91; *ders.*, NJW 94, 1817, 1823. Zum selben Ergebnis gelangte schon früher *Haffke*, GA 73, 65, 68; zustimmend *AnwK-StGB-Popp*, § 203 Rn 55; *NK-Kargl*, § 203 Rn 66.

72 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (s. Fn 17), § 43a Rn 91.

73 Vgl namentlich die Stellungnahme der BRAK im Zuge des KiSchG (s. Fn 42); wobei nicht übersehen wird, dass die BRAK sich nur gegen eine neue Befugnis ausgesprochen, nicht aber eine Preisgabe nach Maßgabe von § 34 StGB ausgeschlossen hat.

74 *Henssler*, in: *Henssler/Prütting* (s. Fn 17), § 43a Rn 91.

sieht, dass Anwälte das Zeugnis vor Gericht verweigern dürfen, sofern sie nicht von der Schweigepflicht durch den Mandanten entbunden sind. Für das den Anwälten eingeräumte Schweigerecht spielt es also keine Rolle, ob die Aussage des Anwalts von ausschlaggebender Bedeutung für die Findung der richtigen Entscheidung ist oder nicht. Es zählt allein die Dispositionsbefugnis des Mandanten.<sup>75</sup>

Noch mehr spricht gegen die Preisgabe, wenn sie dazu führen müsste, dass statt des unschuldigen Dritten der Mandant bestraft wird. Dann sind die Beistands- und Treuepflicht gegenüber dem Mandanten und die menschliche Pflicht gegenüber dem unschuldigen Dritten gegeneinander abzuwägen. Mit den Worten von *Kalsbach* ist dem Verteidiger, der erwägt, das Schweigen zu brechen, entgegenzuhalten, „ob denn nicht das Recht des sich ihm anvertrauenden Angeklagten für ihn ebensoviel wert sein müsse wie das des anderen. [...] Man könnte dem Verteidiger auch sagen, mit welchem Rechte er um der Familie jenes Mitangeklagten willen die Familie seines eigenen Mandanten ins Elend bringen wolle.“<sup>76</sup> Hinzu kommen die zuvor dargestellten Interessen am Schutz des allgemeinen Vertrauens in die Verschwiegenheit der Rechtsanwälte, die ebenfalls gegen die Preisgabe sprechen.

Richtig gesehen lässt sich damit sagen: Die anwaltliche Schweigepflicht dürfte jedenfalls dann, wenn die Offenbarung zulasten des eigenen Mandanten geht, die Interessen des Dritten wie die der Justiz an der Verhinderung von Justizunrecht regelmäßig überwiegen.

Das bedeutet aber nicht, dass der Verteidiger verpflichtet ist, die Verteidigung des Schuldigen auf Kosten des unschuldigen Dritten durchzuführen. Hier ist nämlich zu bedenken, dass der Verteidiger, der um die Schuld des Mandanten weiß, sich der Gefahr eigener strafrechtlicher Verfolgung aussetzt, wenn er das Mandat ausübt.<sup>77</sup> In Fällen wie diesen kommt deshalb die Niederlegung des Mandats in Betracht. Hierin ist schon deshalb kein Verrat am Mandanten zu sehen, weil einem Rechtsanwalt – und hier passt die oben angeführte Stellungnahme von *Henssler* – nicht zugemutet werden kann, *aktiv* an der Entstehung von Justizunrecht mitzuwirken. Eine solche Niederlegung des Mandats wäre auch nicht notwendigerweise ein Handeln nach dem Sankt-Florians-Prinzip (also ein bloßes Verschieben des Konflikts auf einen anderen Rechtsanwalt), da der neue Verteidiger nicht zwangsläufig in dasselbe Dilemma vom Beschuldigten gestürzt wird bzw dieses für sich anders auflösen kann.<sup>78</sup>

## V. Schutz des Mandanten vor Justizirrtum

Kommen wir zu unserer letzten Problemgruppe. Es geht dabei zum einen um die Angeklagte, die dem Verteidiger nach ihrer Verurteilung mitteilte, ihr Geständnis entspräche nicht der Wahrheit – ein anderer sei der Täter; zum anderen betrifft es den von *Werner*

<sup>75</sup> LK-Schünemann, § 203 Rn 142.

<sup>76</sup> *Kalsbach*, Ständesrecht des Rechtsanwalts, 1956, S. 323.

<sup>77</sup> Zur Strafbarkeit wegen Strafvereitelung vgl *Beulke/Ruhmannseder*, S. 1 ff.

<sup>78</sup> Der bestellte Verteidiger kann allerdings das Mandat nicht einfach niederlegen, sondern bedarf der Entpflichtung. Die Rechtsprechung verlangt dabei, dass dafür wichtige Gründe vorliegen und dass diese mitgeteilt werden. „Die Praxis verfährt hier oft zu restriktiv“, *Beulke*, StPO Rn 169. Auch hier darf nicht ohne Weiteres eine Preisgabe des Geheimnisses erfolgen; ggf. muss der Verteidiger sich auf seine Schweigepflicht berufen.

*Beulke* gebildeten Fall, in dem der Mandant zum Schutz seiner Ehe einen Entlastungsbe-  
weis nicht antreten will.

*Werner Beulke* plädiert im zweiten Fall aus den oben dargestellten Gründen der Effekti-  
vität der materiellen Verteidigung für ein Recht zur Offenbarung des Geheimnisses. Der  
Verteidiger dürfe entgegen dem Willen des Mandanten einen Beweisantrag stellen, auch  
wenn dadurch ein anvertrautes Geheimnis offenbart werde; ein Großteil der Strafrechts-  
literatur folgt ihm dabei.<sup>79</sup>

Dieses öffentliche Interesse an der Effektivität der materiellen Defension hat sich jedoch  
nach den vorangegangenen Ausführungen (oben in Abschnitt C.I.3.) als öffentliches In-  
teresse an der möglichst vollständigen Aufklärung der Tat erwiesen. Es bildet den Ge-  
gentopos nicht nur zu den Individualinteressen, deren Schutz die förmliche Verteidigung  
dient, sondern auch und gerade hinsichtlich des Vertrauens in die Verschwiegenheit der  
Anwälte, das unerlässlich für eine auf rechtsstaatliche Prinzipien gegründete Rechtspfle-  
ge ist. Auch der vertragliche Kern der Verteidigungsdienstleistung, der in erster Linie  
Beistands- und Treuepflichten auslöst, spricht gegen ein Offenbarungsrecht; insofern hat  
der Mandant, was hier nicht weiter vertieft werden kann, aus haftungsrechtlicher Sicht  
ein Weisungsrecht, dem der Auftragnehmer grundsätzlich unterworfen ist.<sup>80</sup> Und schließ-  
lich kann man wie *Kalsbach* fragen,<sup>81</sup> mit welchem Recht der Verteidiger hier die Ehe des  
Mandanten gefährden will. Dies muss erst Recht für den Fall der Unschuldigen gelten,  
die für einen hohen Lohn die Schuld auf sich genommen hat. Nach welchem Recht will  
der Verteidiger hier seine Mandantin ins Unglück stürzen?

Die Grenzziehung muss also in beiden Fällen anders ausfallen. Solange der Mandant sein  
Verteidigungsziel autonom gebildet hat, darf der Verteidiger nicht nach außen hin korri-  
gierend eingreifen. Nur wenn der Mandant an einem durchgreifenden Autonomiedefizit  
leidet – weil er bspw bedroht wird oder die Situation unzutreffend einschätzt –, darf der  
Verteidiger im Rahmen von § 34 StGB das Geheimnis offenbaren.<sup>82</sup>

„Zwangsbeglückung“<sup>83</sup> des Mandanten ist dem Verteidiger also nicht gestattet. Wohl aber  
ist er, auch das folgt aus dem Verteidigermandat, verpflichtet, den Mandanten vollständig  
zu informieren und insofern auch auf die Gefahren einer zweifelhaften Verteidigungs-  
strategie ausdrücklich hinzuweisen.<sup>84</sup> Und im Übrigen folgt aus dem Unterlassen eines  
decouvrierenden Beweisantrags noch lange nicht, dass es dann materiell nichts mehr zu  
verteidigen gebe! Vielmehr gilt es dann, je nach Fallgestaltung, den möglichen Verteidi-  
gungsgründen nachzugehen – nur eben nicht dem unwillkommenen Alibibeweis.

79 *Henssler*, NJW 94, 1817, 1823; *Winkler*, Die Strafbarkeit des Strafverteidigers jenseits der Strafver-  
eitelung, 2005, S. 446; *MK-StGB-Cierniak/Pohlit*, § 203 Rn 86; *S/S-Lenckner/Eisele*, § 203 Rn 33;  
*NK-Kargl*, § 203 Rn 67.

80 *Barton* (s. Fn 51), § 6 Rn 17 ff.

81 *Kalsbach* (s. Fn 76), S. 323.

82 Ähnlich *AnwK-StGB Popp*, § 203 Rn 55, der zudem § 34 für „derartige intrapersonale Konflikte“  
nicht für anwendbar ansieht sowie *NK-Kargl*, § 203 Rn 67, aber nur hinsichtlich Patienten, nicht  
anwaltschaftlichen Mandanten.

83 *Winkler* (s. Fn 79), S. 445, der aber ansonsten *Beulke* folgt.

84 *Widmaier Barton* (s. Fn 53), § 57 Rn 51.

D. Fazit und Glückwunsch

Fast alles spricht für die Verschwiegenheit. Sie stellt ein hohes Gut dar, das der Verteidiger sowohl im Interesse seines Mandanten als auch der Rechtspflege zu bewahren hat. Er darf es nicht unnötig aufs Spiel setzen. Der Verteidiger in den beiden eingangs geschilderten Fällen hat übrigens geschwiegen, wobei ihm „eisernes“ Schweigen im Fall des unschuldigen Dritten schwer gefallen ist. Nach der hier vertretenen Position hat er sich richtig verhalten.

Ob die Staatsanwaltschaft das auch so sehen würde, oder ob sie wegen ihrer Aufklärungsinteressen und wegen der Verhinderung von Justizunrecht die Preisgabe der Geheimnisse für gerechtfertigt ansehen würde, kann offen bleiben. Wichtiger ist mir, dass *Werner Beulke* für den hier entwickelten Lösungsvorschlag, auch wenn er mit seiner Auffassung nicht vollständig übereinstimmt, Verständnis finden kann.

Es bleibt mir zu sagen, dass kaum ein Buch mich mehr herausgefordert und beschäftigt hat als *Werner Beulkes* Habilitationsschrift. Auf fast jeder Seite befinden sich mehrere gelbe Zettel; auch jetzt – mehr als dreißig Jahre nach seinem Erscheinen – stellt es, wie dieser Beitrag zeigt, eine spannende Herausforderung dar.

Ich gratuliere *Werner Beulke* zum Geburtstag und freue mich darüber, dass er nunmehr auch als Strafverteidiger tätig ist. Das ist nicht nur gut für die Praxis, sondern lässt auch darauf hoffen, dass die Erfahrungen aus dem neuen Beruf in die Welt der Wissenschaft zurückgespiegelt werden. In diesem Sinn ist zu hoffen, dass *Werner Beulke* noch eine lange und ertragreiche Berufstätigkeit vor sich hat. Ich wünsche ihm, dass ihm dabei jedweder Teufel als Mandant erspart bleibt.