

sjz

**Schweizerische
Juristen-Zeitung
Revue Suisse
de Jurisprudence**

**74. Jahrgang
1978**

**Herausgegeben von
Prof. Dr. P. Forstmoser
Rechtsanwalt
Zürich**

und

**Prof. Dr. H. U. Walder
Zollikon ZH**

**Schulthess
Polygraphischer Verlag
Zürich**

Darf der Verteidiger dem Beschuldigten raten zu schweigen?

Prof. Dr. Günter Stratenwerth (Basel)

Der Autor prüft die Frage, ob es der Stellung des Strafverteidigers als «Organ der Rechtspflege» widerspricht, wenn er seinem Klienten rät, die Aussage zu verweigern. *Fo.*

Die sich zum Teil erheblich verschärfende Auseinandersetzung zwischen Strafverfolgungsbehörden und Verteidigern hat in einem größeren schweizerischen Kanton kürzlich unter anderem zu der Frage geführt, ob der Verteidiger Standespflichten oder sogar das Strafgesetz verletzt, wenn er seinem Klienten den Rat gibt, vor der Untersuchungsbehörde die Aussage zu verweigern. Die grundsätzliche Bedeutung dieser Frage rechtfertigt es, sie öffentlich zur Diskussion zu stellen.

1. «Durch seine Schutzaufgabe ist der Verteidiger berufen, den Tatverdächtigen und damit auch den Täter vor der Strafverfolgung zu schützen. Strafvereitelung und Verteidigung stehen damit dicht nebeneinander.»¹ Es sind nämlich *zwei* prinzipielle Pflichten, denen sich der Verteidiger gegenüber sieht: Er ist einerseits, als selbständiges Organ der Rechtspflege, «an das Recht gebunden», und er hat andererseits das Interesse seines Klienten zu wahren, ist diesem «zur Treue verpflichtet»². Diese beiden Pflichten können miteinander in Konflikt geraten. Dabei besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, daß der Verteidiger «zur Einseitigkeit ... verpflichtet»³, daß also seiner Beistandsfunktion im Zweifel der Vorrang einzuräumen ist⁴.

¹ So *Hans Dachs*, Handbuch des Strafverteidigers (4. Aufl. 1977) 34.

² Siehe *D. von Rechenberg*, Die Aufgabe des Strafverteidigers, ZStR 81 (1965) 225.

³ *Kleinknecht*, Strafprozeßordnung (33. Aufl. 1977) N 1 vor § 137; vgl. auch *Hauser*, Kurzlehrbuch des schweizerischen Strafprozeßrechts (1978) 89.

⁴ So *Ruß*, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (9. Aufl., Bd. 2, 1974) N 15 zu § 257; *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil (5. Aufl. 1969) 731.

Im übrigen läßt sich die Frage noch weiter eingrenzen. Wesentliche Regeln sind unbestritten. So ist auf der einen Seite klar, daß der Verteidiger nicht die Unwahrheit sagen und den Tatbestand nicht unter Anwendung unlauterer Mittel verdunkeln darf⁵, daß er also pflichtwidrig handelt, wenn er etwa Zeugen «präpariert», Urkunden fälscht oder den Angeschuldigten zum wahrheitswidrigen Widerruf eines Geständnisses veranlaßt⁶. Auf der anderen Seite steht außer Zweifel, daß es zu den elementaren Aufgaben des Verteidigers gehört, den Angeschuldigten über seine Rechte und Pflichten zu *informieren*, also auch darüber, ob er gehalten ist, zur Sache auszusagen, ob er die Wahrheit sagen muß und welche rechtlichen (oder tatsächlichen) Nachteile ihm aus einer Verweigerung der Aussage erwachsen können⁷. Was bleibt, ist der Spielraum zwischen unzulässiger Obstruktion und reiner Rechtsberatung, und insofern bestehen offenbar Meinungsverschiedenheiten.

2. Sie lassen sich nur ausräumen, wenn die Aufgabe des Verteidigers noch näher bestimmt wird. Unklar scheint mitunter vor allem zu sein, was es bedeutet, wenn er als «Organ der Rechtspflege»⁸ oder gar als «Verfahrensorgan» bezeichnet wird.

Allerdings sollte kein Zweifel darüber möglich sein, daß der Verteidiger *nicht* an der Ergreifung oder Überführung seines Klienten aktiv mitzuwirken verpflichtet

⁵ *v. Rechenberg* (zit. Anm. 2) 227 f.; *Hans Walder*, Die Vernehmung des Beschuldigten (1965) 77; *Henkel*, Strafverfahrensrecht (2. Aufl. 1968) 154.

⁶ So u. a. *Kleinknecht* (zit. Anm. 3) N 5 zu § 138a; *Ruß* (zit. Anm. 4); *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO, Teil II (1957) N 24 f. vor § 137.

⁷ Vgl. nur *Karl Peters*, Strafprozeß (1952) 177.

⁸ *Hauser* (zit. Anm. 3); kritisch aber *Noll*, Strafprozeßrecht (1977), 40.

ist. Er ist kein Strafverfolgungsorgan⁹. Vielmehr würde es einen schwerwiegenden Bruch seiner Pflichten (mit Einschluß der Verschwiegenheitspflicht) darstellen, wenn er etwa der Untersuchungsbehörde, mit oder ohne vorherige Aufforderung, den Aufenthaltsort eines flüchtigen Klienten mitteilte, wenn er belastende Äußerungen des Angeschuldigten weitergäbe oder auf belastende Umstände hinwies, wenn er vom Angeschuldigten ein nicht in dessen Interesse liegendes Geständnis zu erlangen suchte usw. Wollte man anders entscheiden, so dürfte sich kein Angeschuldigter, ob schuldig oder nicht, mehr einem Verteidiger anvertrauen, ohne befürchten zu müssen, daß dieser die erlangten Informationen gegen ihn verwenden könnte. Man würde dem Angeschuldigten also, kurz gesagt, den Verteidiger nehmen — in evidentem Widerspruch zu elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen.

Damit dürfte aber auch klar sein, daß der Verteidiger *nicht* das Interesse an möglichst reibungslosem oder ungestörtem Fortgang des Verfahrens wahrzunehmen hat, soweit nicht das Interesse seines Klienten dies gebietet. Seine Stellung als Organ der Rechtspflege enthält gerade keine Prozeßförderungspflicht des Inhalts, daß er seinem Klienten — außer eben in dessen eigenem Interesse — etwa abraten müßte (oder auch nur dürfte), prozessuale Rechte geltend zu machen oder Verteidigungsmöglichkeiten, wie etwa durch Ablehnung eines befangenen Justizbeamten, auszuschöpfen, wenn das zu einer Verzögerung des Verfahrens führt oder gar zu dessen Abbruch, etwa infolge Verjährung, führen kann. Der Verteidiger ist, mit anderen Worten, in dem Sinne Organ der Rechtspflege, daß er im Interesse des Angeschuldigten auf die korrekte Anwendung des formellen und materiellen Rechts hinzuwirken hat, aber *nicht* in dem Sinne, daß er das Interesse an Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs notfalls auch gegen seinen Klienten geltend zu machen hätte. Er darf deshalb beispielsweise, wie der deutsche Bundesgerichtshof unzweideutig klargestellt hat, einen Zeugen, der zur Zeugnisverweigerung berechtigt ist, über dieses Recht nicht nur belehren, sondern ihm auch *zureden*, davon Gebrauch zu machen, solange er sich nicht unerlaubter Mittel (wie Bestechung, Drohung, Täuschung usw.) bedient¹⁰. Hinsichtlich der Rechte des Angeschuldigten selbst kann nichts anderes gelten.

Dem rechtmäßigen Verhalten steht das unverbote gleich (wenn man diese beiden Kategorien überhaupt unterscheiden will). Wohl noch niemand ist auf den Gedanken gekommen, es zu beanstanden, wenn der Ver-

teidiger seinem Klienten z. B. zu korrekter Kleidung, zu betonter Ehrerbietung gegenüber dem Gericht oder zu einem Reuebekenntnis rät, um das Gericht günstig zu stimmen — auch wenn dies der persönlichen Haltung des Angeklagten nicht entspricht. Die Grenze zulässiger Beratung wird also erst dort erreicht, wo das Verhalten des Angeschuldigten seinerseits rechtswidrig (wenn auch vielleicht nicht strafbar) wäre, wie etwa bei der Vernichtung von Beweismitteln, der Flucht usw. Der Verteidiger darf solches Verhalten nicht fördern; es zu verhindern, ist er nicht verpflichtet.

3. Die Beantwortung der eingangs erwähnten Frage ergibt sich aus diesen Erwägungen nahezu von selbst. Der Beschuldigte ist, wie der Kassationshof des Bundesgerichts kürzlich festgestellt hat, «berechtigt, die Ausübung zu einer ihm vorgeworfenen Tat zu verweigern, um sich nicht selbst belasten zu müssen»; durch Ausübung des Schweigerechts werde die Untersuchung zwar nicht erleichtert, aber auch nicht erschwert¹¹. Es sollte daher keinem Zweifel unterliegen, daß der Verteidiger prinzipiell befugt ist, dem Beschuldigten die Ausübung dieses seines Schweigerechts anzuraten. Dahin geht denn auch die herrschende Auffassung in der deutschen Praxis und Doktrin¹². Selbst wenn man, mit einer gelegentlich in der schweizerischen Doktrin vertretenen Auffassung, dem Beschuldigten eine (nicht erzwingbare) Auskunftspflicht und Wahrheitspflicht auferlegen wollte¹³, könnte das Ergebnis kein anderes sein: Dem Angeschuldigten die Ausübung eines Rechtes nahelegen, welches das höchste schweizerische Gericht ihm zubilligt, kann nicht gegen Standes- oder Rechtspflichten verstoßen.

Die vereinzelt in der deutschen Literatur anzutreffende Gegenmeinung bezieht sich auf ein Ehrengerichtungsverfahren gegen Anwälte aus wilhelminischer Zeit (!), wobei überdies die Entscheidung des Ehrengerichtshofes noch irreführend zitiert wird¹⁴: Dieser hatte lediglich erklärt, «daß ein Bestreben, welches prinzipiell darauf abzielt, die Auslassung des Angeklagten zu vereiteln», unzulässig sei, daß dies aber nicht gelte, wenn «den Verteidiger bei der Ertheilung des fraglichen Rathes sachliche Gründe» leiten, «d. h. solche, die nach seiner gewissenhaften Überzeugung dem Angeschuldigten zum Besten dienen»¹⁵. Damit kommt ein ganz anderer Ge-

¹¹ BGE 103 IV 10 f.; dafür bereits, mit eingehender Begründung, H. F. Pfenniger, SJZ 53 (1957) 129 ff., 145 ff. (146 ff.).

¹² BGHSt 10, 394; Dahn (zit. Anm. 1) 165, 263 (Frage der Opportunität); Ruß (zit. Anm. 4).

¹³ Walder (zit. Anm. 5) 81. Selbst Walder läßt immerhin dahingestellt, ob der Verteidiger den Beschuldigten zum Schweigen veranlassen dürfe (aaO 77).

¹⁴ So etwa bei Karl Peters (zit. Anm. 7).

¹⁵ EhrenGHE 6, 109 (= Juristische Wochenschrift, 1892, 115 ff. [121]).

⁹ Vgl. Dahn (zit. Anm. 1) 12: Der Verteidiger habe «nicht etwa die Stellung eines Organs der Staatsgewalt».

¹⁰ BGHSt 10, 394 f.; ebenso u. a. Dahn (zit. Anm. 1) 37, 116, 118; Kern/Roxin, Strafverfahrensrecht (14. Aufl. 1976) 92; Maurach (zit. Anm. 4).

sichtspunkt ins Spiel, der abschließend noch kurz gestreift werden mag: daß nämlich die Beistandspflicht gegenüber dem Angeschuldigten selbst dem Rat zu schweigen entgegenstehen kann.

4. Natürlich ist es weitgehend eine Frage der Opportunität, und eine äußerst heikle dazu, ob ein Beschuldigter im Strafverfahren Aussichten hat, besser davonzukommen, wenn er schweigt, als wenn er aussagt. Unter dem Gesichtspunkt der Standespflichten bleibt insoweit gar nichts anderes übrig, als die vom Verteidiger (und seinem Klienten) getroffene Entscheidung prinzipiell hinzunehmen, auch wenn sie sich aus der Retrospektive als eher falsch darstellen sollte. Das gilt selbstverständlich auch für den Rat gegenüber dem Beschuldigten, jedenfalls in einem bestimmten Stadium der Untersuchung oder gegenüber bestimmten Untersuchungsorganen zu schweigen, etwa deshalb, weil der Betroffene hier noch ohne den Beistand seines Verteidigers wäre.

Anders liegt es erst dann, wenn — wie schon in jenem Ehrengerichtsverfahren bemerkt worden ist — der Rat zu schweigen «aus verwerflichen Gründen oder zu verwerflichen Zwecken» erteilt wird¹⁶, also nicht im In-

teresse des Beschuldigten, sondern beispielsweise, wie dem Verteidiger damals vorgeworfen wurde, zu Zwecken der «Reklame». Nahe liegt heute insbesondere der Gedanke, daß ein Verteidiger etwa aus politischen Gründen eine Strategie der Konfrontation mit den Strafverfolgungsbehörden befolgen und sich deshalb über das wohlverstandene Interesse des Beschuldigten hinwegsetzen könnte. Außer Betracht bleiben kann dabei hier der Fall, daß der Beschuldigte selbst so vorzugehen wünscht; dann stellt sich die ganz andere Frage, ob der Verteidiger die ihm zugedachte Rolle übernehmen darf. Es geht allein um den Fall der «Manipulation», darum also, daß der Verteidiger den Beschuldigten über die Gründe seines Verhaltens im unklaren läßt oder nicht über die Risiken aufklärt, denen er ihn aussetzt: Der Verteidiger verletzt seine Beistandspflicht, wenn er Interessen, die nicht solche seines Klienten sind, auf dessen Kosten verfolgt. Ein solcher Vorwurf freilich wird, wie sich wiederum von selbst versteht, angesichts der hier bestehenden weiten Ermessensspielräume nur in Grenzfällen erhoben werden können.

¹⁶ JW 1892, 116 f.

Die Rechtskraft nach schweizerischem Zivilprozeßrecht

Prof. Dr. Dr. h. c. Walther J. Habscheid (Genf-Würzburg)

(Schluß)

3. Der *Subsumtionsschluß über den Streitgegenstand*. § 191 I Zürcher ZPO betont, daß die Entscheidung bezüglich der «*beurteilten Rechte und Pflichten*» den Inhalt der Rechtskraft ausmacht. § 322 I deutsche ZPO spricht von der Entscheidung über den geltend gemachten «Anspruch» und Art. 1351 CC fr. formuliert: ... «*Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause ...*»

Also geht es darum, daß Anspruchsidentität beim «*ne bis in idem*» und Identität zwischen abgeurteilter Sache und Vorfrage bei der positiven Wirkung der Rechtskraft vorliegt. So betont auch das Bundesgericht, daß es sich um den gleichen Anspruch aus dem gleichen Entstehungsgrund handeln müsse²⁰.

Was aber bedeutet «Anspruchsidentität»? Gewiß handelt es sich nicht — kann es sich nicht handeln — um den abstrakten Anspruch aus ZGB oder OR ohne die zugrundeliegenden Tatsachen. Daher der Hinweis des Bundesgerichts auf den Entstehungsgrund. Der «Anspruch», um den es hier geht, kann auch kein Anspruch i. e. S. des Zivilrechts sein; auch die Gestaltungs- und Feststellungsklage müssen einen «Anspruch» haben.

So hat sich denn für das, was in der Klage geltend gemacht wird, besonders in der deutschen Doktrin der Ausdruck «*Streitgegenstand*» eingebürgert²¹. Dieser Streitgegenstand wird durch die Entscheidung zum Urteilsgegenstand.

Bezüglich der Umschreibung des Streitgegenstands bieten sich folgende *Hauptlösungen* an:

— Der Streitgegenstand wird gebildet durch das eingeklagte behauptete materielle Recht.

Das bedeutet: Wird eine Kaufpreisklage abgewiesen, weil kein gültiger Vertrag vorliegt, dann kann — etwa bei bereits gelieferter, aber verbrauchter Ware — der Wert der Ware (erneut) eingeklagt werden, und zwar aufgrund ungerechtfertigter Bereicherung.

— Der Streitgegenstand wird gebildet durch das Klagebegehren oder die Rechtsbehauptung des Klägers. Dieses ist nicht auf ein Recht einer bestimmten Qualität, sondern einer bestimmten Quantität zugeschnitten.

Das bedeutet: Bei der sog. «Kaufpreisklage» handelt es sich in Wirklichkeit um eine Klage auf Zahlung von ... sagen wir ... Fr. 10 000.—. Ob diese Klage begründet ist, muß aufgrund des ganzen materiellen Rechts geprüft wer-

²¹ Über den Stand der deutschen Diskussion vgl. Habscheid, Die Lehre vom Streitgegenstand — Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand, ZVglRWiss. 75 (1976) 210 ff.

²⁰ BGE 71 II 283; 97 II 396; 98 II 27, 158.