

Entscheidungsbesprechung

AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23¹

Zeugnisverweigerungsrecht für unverheiratete Eltern eines gemeinsamen Kindes

§ 52 Abs. 1 StPO ist analog auf die nichtverheirateten und nichtverlobten Eltern eines gemeinsamen Kindes gegenüber einander anzuwenden, sofern die Vaterschaft anerkannt wurde.

(Leitsätze der Verf.)

StPO § 52

Prof. Dr. Anne Schneider, LL.M., Düsseldorf*

I. Einführung

Die Zeugnisverweigerungsrechte der §§ 52, 53 StPO zählen zu den beliebtesten Prüfungsthemen aus dem Bereich des Strafprozessrechts. Zeugenaussagen sind in vielen Verfahren die wichtigsten Beweismittel, weshalb die Frage, ob eine Aussagepflicht besteht, von großer praktischer Bedeutung ist. Im juristischen Studium können die Zeugnisverweigerungsrechte zum einen in strafprozessualen Klausuren oder in einer strafprozessualen Zusatzfrage zu Examensklausuren eine Rolle spielen, wenn etwa gefragt wird, ob ein Zeuge verpflichtet ist, bei der Polizei oder Staatsanwaltschaft oder vor Gericht zu erscheinen und auszusagen, oder wenn ein Beweisverwertungsverbot wegen fehlender Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht zu prüfen ist. Häufig spielt hier auch § 252 StPO eine Rolle. Außerdem verweist u.a. das Beschlagnahmeverbot (§ 97 StPO) auf die Zeugnisverweigerungsrechte. Zum anderen kann auch im materiellen Strafrecht, bei der Prüfung der Rechtspflegedelikte, auf ein Zeugnisverweigerungsrecht einzugehen sein, etwa bei der Frage, ob sich ein das Zeugnis verweigernder Zeuge wegen (versuchter) Strafvereitelung durch Unterlassen strafbar macht, oder ob eine wegen fehlender Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht unverwertbare Falschaussage strafbar ist.

Da all diese Fragen vom Umfang der Zeugnisverweigerungsrechte abhängig sind, sind Kenntnisse der §§ 52, 53 StPO für Studierende der Rechtswissenschaft unabdingbar. Es sollte bekannt sein, welche Angehörigen (§ 52 StPO) und Berufsgeheimnisträger (§ 53 StPO) ein Zeugnisverweigerungsrecht haben. Zeugnisverweigerungsrechte können sich zudem unmittelbar aus der Verfassung ergeben.² Immer wieder werden in der Politik Erweiterungen des Katalogs der Zeugnisverweigerungsrechte diskutiert.³ Das hier besprochene rechtskräftige Urteil des AG Hamburg-Barmbek befasst sich mit dem Umfang des Zeugnisverweigerungsrechts für Angehörige (§ 52 StPO) und wendet dieses im Ergebnis analog auf nicht miteinander verheiratete Eltern an.

* Anne Schneider ist Inhaberin des Lehrstuhls für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf.

¹ Die Entscheidung ist veröffentlicht u.a. in BeckRS 2025, 23706.

² BVerfGE 33, 367 (374 f.).

³ Siehe dazu aus jüngster Zeit den Entwurf eines Gesetzes zur Einführung eines Zeugnisverweigerungsrechts für Sozialarbeiter und ehrenamtliche Rechtsberater, BT-Drs. 21/4290.

II. Sachverhalt

Die Angeklagte lebte mit dem Zeugen J und ihren zwei Töchtern zusammen in einer Wohnung.⁴ Für mindestens eine Tochter hatte J die Vaterschaft anerkannt.⁵ Die Angeklagte war u.a. angeklagt, den Zeugen J beschimpft und mit dem Tod bedroht zu haben, außerdem soll sie die Tür zu seinem Zimmer eingetreten und ihn mit einem Küchenmesser an der Hand verletzt haben.

Die Angeklagte hat sich nicht zum Geschehen eingelassen. J, der einzige Zeuge, hat in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigert, obwohl er mit der Angeklagten weder verheiratet noch verlobt war. Mangels Feststellungsmöglichkeit hat das Gericht die Angeklagte insoweit freigesprochen.⁶

III. Entscheidung

Die entscheidende Frage ist, ob J ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Das Gericht bejaht dies.⁷ Zwar umfasse § 52 StPO dem Wortlaut nach an partnerschaftlichen Beziehungen nur den Ehegatten, Lebenspartner oder Verlobten der beschuldigten Person, was für J nicht gelte.⁸ § 52 Abs. 1 StPO sei „für eine solche Konstellation jedoch analog anzuwenden“⁹. Es handele sich nicht um eine Analogie zu Lasten der Angeklagten, sondern um eine „neutrale“ Analogie im Verfahrensrecht, die zulässig sei.¹⁰

Außerdem liege eine planwidrige Regelungslücke vor. Eine verfassungskonforme Auslegung der Norm komme nicht in Betracht, weil der Wortlaut eindeutig sei und insoweit kein Auslegungsspielraum bestünde.¹¹ Die damit bestehende Lücke sei auch planwidrig. Bei Entstehung der StPO 1877 seien nichteheliche Elternschaften mit anerkannten Kindern noch unbekannt gewesen.¹² Der Zweck der Norm, den Familienfrieden zu schützen und den Zeugen vor der Zwangslage zu bewahren, „entweder den mit ihm verwandten Beschuldigten wahrheitsgemäß zu belasten und damit zu dessen Verurteilung beizutragen oder die Unwahrheit zu bekunden“¹³, sprächen vielmehr für die Einbeziehung auch solcher Familienkonstellationen. Dies hätten auch Teile des Bundestags erkannt und im Dezember 2024 einen entsprechenden Gesetzentwurf eingereicht.¹⁴ Indes könne auf die – aus Sicht des Gerichts – „überfällige“ Gesetzesänderung nicht gewartet werden, weil § 52 StPO bei Anwendung dem Wortlaut nach verfassungswidrig sei.¹⁵ Es läge eine Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG von nichtverheirateten und verheirateten Eltern vor, die nicht gerechtfertigt sei.¹⁶ Auch verstoße § 52 StPO in seiner jetzigen Form gegen das Recht auf Familie (Art. 6 GG).¹⁷ Entgegenstehende Rechtsprechung gebe es nicht.¹⁸

⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706.

⁵ Das ergibt sich implizit aus den Ausführungen des Gerichts zu Eltern mit einem gemeinsamen Kind, ist aber nicht explizit festgestellt worden.

⁶ Sie wurde noch wegen einer anderen Tat verurteilt, AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 11.

⁷ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 12.

⁸ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 13.

⁹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 14.

¹⁰ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 15.

¹¹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 17.

¹² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 19.

¹³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20.

¹⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 21 f.

¹⁵ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23.

¹⁶ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 24 ff.

¹⁷ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 30 ff.

¹⁸ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 34 ff.

IV. Bewertung

Die Entscheidung behandelt die seit langem rechtspolitisch umstrittene Frage, wem im Strafprozess ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen soll. § 52 StPO, der die zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen enumerativ auflistet, setzt ein formelles Angehörigenverständnis voraus, das durch Eheschließung oder Eingehung einer Lebenspartnerschaft begründet wird. Lediglich beim Verlöbnis ist ein formaler Akt entbehrlich. Andere Personen, zwischen denen enge persönliche Beziehungen bestehen, wie nichteheliche Lebensgefährten, Pflegekinder oder Co-Elternteile, werden in der Norm nicht erwähnt. Dabei ist im Grundsatz anerkannt, dass „Familie“ durch tatsächlich bestehende persönliche Bindungen geschaffen wird.¹⁹

Daraus wurde bislang, soweit ersichtlich, stets geschlossen, dass diese Personen kein Zeugnisverweigerungsrecht hätten.²⁰ Der Gesetzgeber habe insoweit von seinem Gestaltungsspielraum Gebrauch gemacht.²¹ Dieser Argumentation tritt das AG Hamburg-Barmbek entgegen, indem es die fehlende Berücksichtigung von nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamer Elternschaft für verfassungswidrig hält (1.) und § 52 StPO deswegen analog auf diese Konstellation anwendet (2.).

1. Zur Verfassungswidrigkeit der Nichtberücksichtigung faktischer Familienverhältnisse

Laut dem AG Hamburg-Barmbek verstößt die Nichtberücksichtigung von Personen, mit denen eine Lebensgemeinschaft und eine gemeinsame Elternschaft besteht, gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG und gegen das Recht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 Var. 2, Abs. 2 S. 1, Abs. 5 GG. Im Folgenden soll auf beide Grundsätze eingegangen werden:

a) Art. 3 Abs. 1 GG

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG setzt eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem voraus, die nicht gerechtfertigt ist. Die Ungleichbehandlung besteht darin, dass bestimmten Angehörigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, anderen nahestehenden Personen aber nicht.²²

aa) Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem

Fraglich ist aber, ob es sich um wesentlich Gleiches handelt, also ob es relevante Unterschiede zwischen den in § 52 StPO aufgelisteten und anderen nahestehenden Personen gibt. Dies hängt davon ab, ob der Zweck der Gewährung eines Zeugnisverweigerungsrechts in gleicher Weise bei anderen nahestehenden Personen besteht.²³ Über die Zwecke des § 52 StPO herrscht allerdings keine Einigkeit, vielmehr werden verschiedene denkbare Zwecke vertreten.

¹⁹ Darauf stellt Art. 8 EMRK ab, siehe *Gaede*, in: MüKo-StPO, Bd. 4, 2. Aufl. 2025, EMRK Art. 8 Rn. 14. Siehe zur Zunahme faktischer Solidargemeinschaften *Brosius-Gersdorf*, NZFam 2016, 145 (146 f.).

²⁰ Siehe etwa *Kett-Straub*, ZRP 2005, 46 (48); für eine Regelung de lege lata etwa *Jansen*, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, passim; *Weigend*, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, 1998, C 74 f.

²¹ *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159.

²² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 25.

²³ Dafür explizit AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20.

(1) Schutz der vertraulichen Kommunikation

Eine in der Literatur verbreitete Ansicht sieht den Zweck des § 52 StPO darin, die vertrauliche Kommunikation innerhalb der Familie zu garantieren.²⁴ § 52 StPO rückt damit in die Nähe des Kernbereichsschutzes. Schon das Bundesverfassungsgericht hat zur Bestimmung des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung angenommen, ein wichtiger Anhaltspunkt zur Bestimmung der Höchstpersönlichkeit des Gesprächs sei „die Anwesenheit von Personen des höchstpersönlichen Vertrauens“²⁵. Hierzu zählt das Bundesverfassungsgericht den Ehepartner, die Geschwister oder andere Verwandte gerader Linie, v.a. wenn sie im selben Haushalt leben, sowie sonstige enge Vertraute wie z.B. enge persönliche Freunde.²⁶ Nur ein Teil der in § 52 StPO erwähnten Zeugnisverweigerungsberechtigten gehört zu diesem Kreis, nämlich v.a. die Mitglieder der sog. Kernfamilie.²⁷ Die vertrauliche Kommunikation ist aber nicht auf formale Angehörige beschränkt, sodass andere nahestehende Personen wie z.B. der nichteheliche Lebenspartner in gleicher Weise Schutz verdienen.²⁸ Stellt man auf den Schutz der vertraulichen Kommunikation ab, gibt es somit keinen Grund, zwischen rechtlichen und sozialen Familienmitgliedern zu unterscheiden. Im Fall des AG Hamburg-Barmbek wohnte der Zeuge mit der Beschuldigten zusammen und die beiden hatten mindestens ein gemeinsames Kind. Der Zeuge war damit Teil der sozialen Kernfamilie der Beschuldigten und damit jemand, mit dem sie vertraulich kommuniziert. Damit läge eine vergleichbare Konstellation vor.

(2) Schutz vor einem Loyalitätskonflikt

Das AG Hamburg-Barmbek sieht den Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts in Anlehnung an den Bundesgerichtshof und das Bundesverfassungsgericht darin, den Zeugen aus dem Konflikt zu befreien, „entweder den mit ihm verwandten Beschuldigten wahrheitsgemäß zu belasten und damit zu dessen Verurteilung beizutragen oder die Unwahrheit zu bekunden“²⁹. Dieses weit verbreitete Abstellen auf einen Konflikt ist für sich genommen allerdings wenig aussagekräftig. Offen bleibt hierbei nämlich, *warum* es für den Zeugen schwierig wäre, einen Angehörigen durch die eigene Aussage zu belasten.³⁰

²⁴ Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 380 ff.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 144 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 8 ff.; Schmitt, Die Berücksichtigung der Zeugnisverweigerungsrechte nach §§ 52, 53 StPO bei den auf Beweisgewinnung gerichteten Zwangsmaßnahmen, 1993, S. 54 ff.; Weißer, GA 2006, 148 (154); vgl. auch Warntjen, Heimliche Zwangsmaßnahmen und der Kernbereich privater Lebensgestaltung, 2007, S. 100 f.

²⁵ BVerfGE 109, 279 (321).

²⁶ BVerfGE 109, 279 (318, 322); BVerfGE 141, 220 (276 Rn. 121).

²⁷ Ausführlich Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 249 ff.

²⁸ Siehe BVerfGE 109, 279 (318, 322); ausführlich Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 160 ff.; siehe auch Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 545; Rottmeier, Kernbereich privater Lebensgestaltung und strafprozessuale Lauschangriffe, 2017, S. 147 f.

²⁹ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 20; ebenso BVerfG, Beschl. v. 15.9.2003 – 2 BvR 1337/03 = NSTZ-RR 2004, 18 (19); BGH, Beschl. v. 18.3.2015 – 2 Str 656/13 = NSTZ 2015, 710 (711); Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 78 ff.; Böse, GA 2014, 266 (272 f.); Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 262 f.; Eisenberg, NSTZ 2016, 11 (14); Grünwald, JZ 1966, 489 (497); Huber, in: BeckOK StPO, Stand: 1.1.2026, § 52 Rn. 1; Jäger, StV 2011, 261 (265); Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 137 ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 150 ff.; ders., in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 148.

³⁰ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 263 f.

Erst wenn die Gründe hierfür herangezogen werden, lässt sich feststellen, ob diese in gleicher Weise für andere nahestehende Personen gelten.

Zum einen können Angehörige des Beschuldigten altruistische Motive haben, indem es ihnen darum geht, dass der Beschuldigte keine Nachteile erleidet.³¹ Ein solches altruistisches Interesse haben insbesondere enge Vertraute des Beschuldigten, also der bereits oben benannte Personenkreis. Der nichteheliche Lebensgefährte gehört regelmäßig dazu. Daneben können Zeugen aber auch egoistische Motive haben, indem sie einen Reputationsverlust durch Assoziation mit dem Beschuldigten oder wirtschaftliche Einbußen durch die Verurteilung befürchten.³² Besteht, wie hier, eine gemeinsame Elternschaft und damit eine enge persönliche Beziehung, droht bei Verurteilung des einen Elternteils ein solcher Reputationsverlust. Auch wäre im Fall einer Inhaftierung der Kindsunterhaltsanspruch gefährdet, was die wirtschaftliche Situation des anderen Elternteils verschlechtern kann.³³ Darüber hinaus kommen gemischte Motive wie die Wahrung des Familienfriedens oder der Erhalt von Kommunikationspartnern in Betracht, die sowohl dem Zeugen als auch dem Beschuldigten zu Gute kommen.³⁴ Wie bereits erläutert, sind solche Motive nur bei tatsächlich vertrauten Personen anzunehmen, wozu der Zeuge im Fall des AG Hamburg-Barmbek gehören dürfte.

(3) Schutz der Wahrheitsfindung

In der Literatur wird außerdem behauptet, § 52 StPO diene der Wahrheitsfindung, indem dadurch unzuverlässige Beweismittel von der Beweisaufnahme ausgeschlossen würden.³⁵ Als unzuverlässige Beweismittel gelten dabei vor allem erzwungene Aussagen von Angehörigen des Beschuldigten.³⁶ Auch dieser Gedanke kann nur greifen, wenn das Verhältnis zwischen Zeugen und Beschuldigten so nah ist, dass diese eine Motivation zur Falschaussage hätten. Dies ist bei tatsächlich nahestehenden Personen der Fall und würde daher auch für J gelten.

(4) Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass die denkbaren Zwecke der Regelung des § 52 StPO in gleicher Weise für soziale Familienmitglieder gelten, mit denen eine gemeinsame Elternschaft vorliegt. Damit wird im Gesetz wesentlich Gleiches ungleich behandelt. Insoweit ist dem AG Hamburg-Barmbek zuzustimmen.

³¹ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 151; Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 264 f.

³² Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 265 ff.

³³ Vgl. Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 272 f.

³⁴ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 273 f.; siehe dazu auch *Arbeitskreis deutscher, schweizerischer und österreichischer Strafrechtslehrer*, GA 2014, 1 (56); Baier, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozessordnung als Ergänzung der §§ 53 ff. StPO, 1996, S. 54; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 140 ff.; Kreicker, in: MüKo-StPO, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 52 Rn. 1; Suffa, Das Untersuchungsverweigerungsrecht aus § 81c Abs. 3 StPO als Beweiserhebungsverbot, 2003, S. 19 f.; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001, S. 274 f.

³⁵ Schmidt, JZ 1958, 596 (599 ff.); siehe auch Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 372 f., 390 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 56 ff.; siehe dazu auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 338 ff.

³⁶ Baier, Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozessordnung als Ergänzung der §§ 53 ff. StPO, 1996, S. 64 ff.; Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 389 f.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 153 ff.; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 56 ff.; E. Schmidt, JZ 1958, 596 (599 ff.). Allgemein zum Beweiswert von Zeugenaussagen Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 181 ff.

bb) Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung könnte allerdings gerechtfertigt sein. § 52 StPO möchte durch die enumerative Aufzählung Personengruppen erfassen, bei denen typischerweise ein bestimmter Konflikt vorliegt.³⁷ Eine solche Typisierung dient der Gesetzesvereinfachung und ist zulässig, wenn die damit einhergehende Ungleichbehandlung nach Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten gerechtfertigt ist.³⁸ Konkret bedeutet dies, dass die Typisierung zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks geeignet und erforderlich sein muss, also keine Form der Typisierung zur Verfügung steht, die zu weniger Belastungen der Vergleichsgruppe führt. Außerdem müssen die Vorteile der Typisierung die Nachteile überwiegen³⁹. Insbesondere wenn die für eine differenzierende Regelung erforderlichen Informationen nur dadurch erlangt werden können, dass der Betroffene zur Mitwirkung oder Duldung von Eingriffen in seine Privatsphäre verpflichtet wird, kann eine an leicht erkennbare äußere Kriterien knüpfende Typisierung mit Blick auf das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen vorzugswürdig sein.⁴⁰

Danach könnte es gerechtfertigt sein, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht nur solchen Angehörigen zusteht, die durch formale, leicht feststellbare Kriterien bestimmt werden.⁴¹ Auch wenn eine Überprüfung in der Praxis häufig unterbleibt, lässt sich z.B. eindeutig feststellen, ob eine Ehe besteht oder bestand.⁴² Allerdings kann dieser Gesichtspunkt im Ergebnis nicht überzeugen: Zum einen bezieht § 52 StPO auch Verlobte mit ein, obwohl es keine formellen Kriterien zur Feststellung eines Verlobnisses gibt. Zum anderen lassen sich auch für nichteheliche Verhältnisse formelle Kriterien finden, etwa das vom AG Hamburg-Barmbek herangezogene Kriterium der Anerkennung der Vaterschaft (§ 1592 Nr. 2 BGB) oder ein seit längerem bestehender gemeinsamer Wohnsitz.⁴³ Nach alledem ist die von § 52 StPO vorgenommene Typisierung, die ebenso schutzbedürftige soziale Familienmitglieder ausblendet, nicht gerechtfertigt. Damit liegt ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor. Insoweit ist dem AG Hamburg-Barmbek zuzustimmen.

b) Art. 6 Abs. 1 GG

Zweifeln begegnet dagegen die Annahme des Gerichts, die aktuelle Fassung des § 52 StPO verstoße gegen Art. 6 Abs. 1 GG. Art. 6 GG schützt unter anderem die Familie. Darunter versteht man jedenfalls die Lebensgemeinschaft von Eltern und Kindern, zwischen denen eine tatsächliche Beziehung besteht.⁴⁴ Der Schutzbereich der Vorschrift ist damit eröffnet. Eine Aussagepflicht im Strafverfahren wäre auch als Eingriff in das Recht auf Schutz der Familie zu qualifizieren.⁴⁵

³⁷ Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 102; Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 375; Neumann, Zeugnisverweigerungsrechte und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 41; Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1980, S. 105.

³⁸ Huster/Kießling, ZRP 2014, 171 (173); siehe auch Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 166 ff.; zum Ganzen auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 116 ff.

³⁹ Huster, Rechte und Ziele, 1993, S. 279; Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 168.

⁴⁰ Siehe Isensee, Die typisierende Verwaltung, 1976, S. 145, der für die Mitwirkung den Begriff „Entblößungszwang“ verwendet.

⁴¹ Darauf hat auch der EGMR in einem vergleichbaren Fall abgestellt, EGMR (GK), Urt. v. 3.4.2012 – 42857/05 (van der Heijden v. The Netherlands), Rn. 67 f. = NJW 2014, 39.

⁴² Siehe dazu auch AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 26.

⁴³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 26.

⁴⁴ Siehe BVerfGE 136, 382 (389 Rn. 22 f.).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 109, 279 (322, 326); siehe auch Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 479 ff.

Allerdings könnte ein solcher Eingriff durch entgegenstehende Strafverfolgungsinteressen gerechtfertigt sein. Dabei ist zu bedenken, dass das gesamte Strafverfahren das Familienleben des Beschuldigten beeinträchtigt, zum Teil auch stärker als die Aussagepflicht, ohne dass hierin ein Verstoß gegen Art. 6 GG gesehen wird.⁴⁶ Zudem wirkt sich das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen in Fällen häuslicher Gewalt häufig zum Nachteil der Familie aus. Um so eine Konstellation ging es hier: Die Angeklagte wurde beschuldigt, ihren Lebensgefährten J beleidigt, bedroht und mit einem Messer verletzt zu haben, die Aussage des J war das einzig denkbare Beweismittel. Verweigern Opferzeugen in Fällen häuslicher Gewalt das Zeugnis, werden dysfunktionale und missbräuchliche Familienstrukturen geschützt.⁴⁷ Das widerspricht dem Gedanken des Art. 6 Abs. 3 GG.⁴⁸ Zum Teil wird daher sogar eine Einschränkung des Zeugnisverweigerungsrechts der Angehörigen in Fällen häuslicher Gewalt gefordert.⁴⁹ Vor diesem Hintergrund kann zumindest in solchen Fällen nicht von einem Überwiegen des Rechts auf Schutz der Familie ausgegangen werden.

2. Zur analogen Anwendung von § 52 StPO

Das AG Hamburg-Barmbek schließt aus dieser festgestellten Ungleichbehandlung, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliege, die durch analoge Anwendung des § 52 StPO geschlossen werden müsste.⁵⁰ Das ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend:

a) Uneindeutige Folgen der Ungleichbehandlung

Erstens wird durch diesen Ansatz verdeckt, dass ein gleichheitswidriger Begünstigungsausschluss, wie hier das Versagen eines Zeugnisverweigerungsrechts, immer auf zwei Arten durch den Gesetzgeber behoben werden könnte, nämlich durch Einbeziehung der benachteiligten Gruppe oder durch Ausschluss der Begünstigung für alle.⁵¹ Dass der Gesetzgeber sich bei einer Revision des § 52 StPO für eine schlichte Ausdehnung auf soziale Familienmitglieder entscheiden würde, ist daher keineswegs selbstverständlich. Genauso gut könnte z.B. eine Beschränkung des Personenkreises des § 52 StPO vorgenommen werden. Aus diesem Grund stellt das Bundesverfassungsgericht in entsprechenden Fällen lediglich die Verfassungswidrigkeit einer Norm wegen eines Gleichheitsverstößes fest und setzt eine Frist zur Beseitigung des Verfassungsverstößes.⁵² Geht man allerdings – entgegen der hier vertretenen Ansicht – mit dem AG Hamburg-Barmbek davon aus, dass Art. 6 GG in dem vorliegenden Fall ein Zeugnisverweigerungsrecht verlangt, wäre die Gleichstellung von Eheleuten und nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamem Kind die naheliegende Lösung, da eine Anpassung durch Streichung des Zeugnisverweigerungsrechts dann ebenfalls verfassungswidrig wäre.

⁴⁶ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 481.

⁴⁷ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 481 f.; Bialek, Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip, 2000, S. 67 f.; Gärditz/Stuckenberg, in: Wolter/Schenke, Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 99 (117 f.); Kremer, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 76.

⁴⁸ Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 482.

⁴⁹ Neumann, Zeugnisverweigerungsrechte und strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen, 2005, S. 373 ff. (§ 53b Abs. 2 S. 4 StPO-E); Kremer, Strafprozessuale Angehörigenprivilegien im Rechtsvergleich, 2018, S. 311 f.; Schneider, Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen und Zeugnisverweigerungsrechte, 2020, S. 719.

⁵⁰ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 18 ff.

⁵¹ Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 67.

⁵² Thiele, in: Dreier, Grundgesetz, Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2023, Art. 3 Abs. 1 Rn. 67.

b) Keine planwidrige Regelungslücke bei bekanntem Problem

Zweitens ist das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke fraglich. § 52 Abs. 1 StPO enthält eine enumerative Auflistung von Angehörigen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zukommt. Diese Liste wurde 2001 um Nr. 2a ergänzt, der das Zeugnisverweigerungsrecht der eingetragenen Lebenspartner enthält.⁵³ 2005 wurden dann auch Personen, die einander die Eingehung einer Lebenspartnerschaft versprochen hatten, in Nr. 1 aufgenommen.⁵⁴ Schon zu dieser Zeit wurde die Einbeziehung nichtehelicher Lebensgemeinschaften diskutiert.⁵⁵ Das Bundesverfassungsgericht hatte 1999 über einen Fall zu entscheiden, in dem die Zeugin Verfassungsbeschwerde dagegen erhoben hatte, dass das Landgericht ihr nicht ein über die strafprozessualen Vorschriften hinausgehendes Zeugnisverweigerungsrecht in Bezug auf ihren Lebensgefährten zugestanden hatte.⁵⁶ Das Bundesverfassungsgericht nahm keinen Verfassungsverstoß an, stützte diese Wertung aber maßgeblich darauf, dass die Zeugin noch mit einem anderen Mann verheiratet war und neben der bestehenden Ehe keine weitere im Strafprozessrecht schützenswerte Partnerschaft bestehen könne.⁵⁷ Die Zahl der faktischen Solidargemeinschaften hat sich seit 1972 vervierzehnfacht.⁵⁸ Das alles zeigt, dass die Frage, ob nichteheliche Lebenspartner in den Katalog des § 52 StPO aufgenommen werden sollten, hinlänglich bekannt war. Der Gesetzgeber hat das Problem also nicht übersehen, sondern bewusst auf die Einbeziehung dieser Personen verzichtet. Das Bundesverfassungsgericht hat in Bezug auf § 53 StPO ausgeführt:

„Da die Vorschrift nur den Angehörigen bestimmter, jeweils einzeln ausdrücklich bezeichneter Berufe in gewisser Beziehung eine Weigerungsbefugnis verleiht, ordnet sie – nach der zugrundeliegenden Gesetzgebungstechnik – gleichzeitig an, daß es im übrigen bei der allgemeinen und uneingeschränkten Zeugnispflicht des Bürgers bewenden soll.“⁵⁹

Dieser Gedanke lässt sich auf § 52 StPO übertragen: Da § 52 StPO nur bestimmten Angehörigen ein Zeugnisverweigerungsrecht zugesteht, ordnet die Vorschrift für alle anderen nahestehenden Personen an, dass kein Zeugnisverweigerungsrecht bestehen solle.⁶⁰ Es liegt daher keine Nichtregelung vor, sondern eine negative Regelung, nach der bestimmten Personen kein Zeugnisverweigerungsrecht zukommen soll.

c) Keine planwidrige Regelungslücke wegen Gesetzentwurf

Das Vorliegen einer Regelungslücke kann auch nicht damit begründet werden, dass ein Gesetzentwurf zur Änderung des § 52 StPO zur Einbeziehung sozialer Familienmitglieder vorliege. In diese Richtung lassen sich folgende Ausführungen des AG Hamburg-Barmbek deuten:

⁵³ BGBl. I 2001, S. 266 (275).

⁵⁴ BGBl. I 2004, S. 3396 (3405).

⁵⁵ Siehe etwa *Wollweber*, NStZ 1999, 628; *Weigend*, in Ständige Deputation des Deutschen Juristentags, Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, 1998, C 74; ausführlich *Jansen*, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, passim.

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 961 – 94 = NJW 1999, 1622.

⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 22.1.1999 – 2 BvR 961 – 94 = NJW 1999, 1622.

⁵⁸ *Brosius-Gersdorf*, NZFam 2016, 145 (146) unter Verweis auf *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 9. Aufl. 2019, S. 101.

⁵⁹ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁰ So auch die h.M., siehe etwa *Ignor/Bertheau*, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 2, 27. Aufl. 2017, § 52 Rn. 16; *Rogall*, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159; *Rengier*, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 102 ff.

„Auf die – überfällige – Gesetzesänderung kann jedoch nicht gewartet werden und bis dahin der alte Fehler fortgeführt werden.“⁶¹

Diese Aussage bezieht sich darauf, dass am 17.12.2024 ein Gesetzentwurf zur Änderung der StPO von Abgeordneten u.a. der FDP-Fraktion eingereicht worden ist, der u.a. eine Reform des § 52 StPO vorsah.⁶² Als die Entscheidung des AG Hamburg-Barmbek im Januar 2025 erfolgte, befand sich der Entwurf somit im Gesetzgebungsverfahren. Durch die vorgezogene Neuwahl im Februar 2025 und den Ablauf der Wahlperiode hat sich der Entwurf erledigt. Zum jetzigen Zeitpunkt liegt es daher auf der Hand, dass ein Entwurf, der nicht Gesetz geworden ist, kein Beweis für das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke sein kann. Doch auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des AG Hamburg-Barmbek war es nicht überzeugend, aus dem Änderungswunsch des Gesetzgebers de lege ferenda auf eine Lücke de lege lata zu schließen. Wäre diese Ansicht zutreffend, könnten die Gerichte jeden Gesetzentwurf in einer Art vorseilendem Gehorsam für die Auslegung oder analoge Anwendung des geltenden Rechts heranziehen. Damit würde das Gesetzgebungsverfahren, das einer der Pfeiler der Demokratie ist, ausgehebelt. Es ist auch keineswegs so, dass jede Gesetzesänderung bedeutet, dass zuvor eine planwidrige Regelungslücke vorlag, sondern es kann sich genauso gut der legislative Plan geändert haben. Methodisch ist es daher sehr heikel, wenn vom Vorliegen eines Entwurfs auf das Vorliegen einer Lücke geschlossen wird.

d) Fehlende Berücksichtigung der BVerfG-Rechtsprechung

Fairerweise muss man an dieser Stelle erwähnen, dass das AG Hamburg-Barmbek diesen Schritt nicht geht, sondern den Gesetzentwurf nur ergänzend zu den verfassungsrechtlichen Ausführungen heranzieht. Und in der Tat ist der Gedankengang des AG Hamburg-Barmbek nachvollziehbar: Das AG hält die Nichteinbeziehung von nichtehelichen Lebensgefährten mit gemeinsamem Kind für verfassungswidrig. Eine verfassungskonforme Auslegung des § 52 StPO kommt nicht in Betracht, weil die Vorschrift insoweit keinen Auslegungsspielraum bietet.⁶³ Als nächster Schritt wäre dann nach den allgemeinen Grundsätzen eine Analogie zu § 52 StPO zu erwägen. Es trifft auch zu, dass es keine obergerichtliche Rechtsprechung gibt, die eine solche Analogie für generell unzulässig erklärt.⁶⁴ Das AG Hamburg-Barmbek versäumt es allerdings, der Frage nachzugehen, ob die zu § 53 StPO getroffenen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts nicht in gleicher Weise für § 52 StPO gelten.⁶⁵ Eine solche Gleichbehandlung wird in der Literatur wegen der identischen enumerativen Gesetzestechnik allgemein angenommen und liegt auch nahe.⁶⁶

In der Sozialarbeiter-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht wegen des abschließenden Charakters der Norm keine Analogie erwogen.⁶⁷ Es hat allerdings darauf hingewiesen, dass „[...] im Einzelfall ausnahmsweise und unter ganz besonders strengen Voraussetzungen eine Begrenzung des

⁶¹ So das AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23, in Bezug auf BT-Drs. 20/14258.

⁶² BT-Drs. 20/14258.

⁶³ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 17.

⁶⁴ AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 34 ff.

⁶⁵ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁶ Ausdrücklich Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 107 f.; Jansen, Das Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO für besondere persönliche Nähe- und Vertrauensverhältnisse, 2004, S. 246 f.; Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 159.

⁶⁷ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

Zeugniszwangs unmittelbar aus der Verfassung folgt, wenn unabhängig von der Berufszugehörigkeit des Zeugen dessen Vernehmung wegen der Eigenart des Beweisthemas in den durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. GG Artikel 1 Abs. GG Artikel 1 Absatz 1 GG grundrechtlich geschützten Bereich der privaten Lebensgestaltung des Einzelnen, insbesondere seine Intimsphäre, eingreifen würde⁶⁸. Mit dem „Einzelnen“ dürfte nicht der Zeuge, sondern der Beschuldigte gemeint sein. Ein solches verfassungsimmanentes Zeugnisverweigerungsrecht kommt nach Ansicht des Gerichts allerdings nur in seltenen Fällen in Betracht, v.a. bei der Verfolgung von Bagatelldelikten oder Ordnungswidrigkeiten.⁶⁹ Notwendig sei hierfür eine Abwägung zwischen verschiedenen Kriterien wie „[...] Art und Schwere der in Rede stehenden Straftat, die Höhe der Straferwartung, das Vorhandensein anderer Aufklärungsmöglichkeiten, die Bedeutung des Beweisthemas für die Beurteilung der Tat-, Schuld- oder Strafmaßfrage und die Intensität des durch die Zeugenvernehmung bewirkten Eingriffs in die Privatsphäre des Betroffenen.“⁷⁰ In Fällen häuslicher Gewalt – wie hier – ist die Zeugenvernehmung regelmäßig das einzig verfügbare Beweismittel und damit von großer Bedeutung für die Beurteilung der Tatfrage, auch handelt es sich nicht um Bagatelldelikte. Demgegenüber steht ein erheblicher Eingriff in die Privatsphäre, weil die Beziehung zu engen Vertrauten betroffen ist. Dennoch dürfte nach den strengen Kriterien des Bundesverfassungsgerichts in solchen Fällen eher kein verfassungsimmanentes Zeugnisverweigerungsrecht anzunehmen sein.

Sicherlich lässt sich darüber streiten, ob die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überzeugt.⁷¹ Wenn das Bundesverfassungsgericht aber § 53 StPO für abschließend hält und Zeugnisverweigerungsrechte allenfalls unmittelbar aus der Verfassung ablesen möchte, hätte das AG Hamburg-Barmbek zumindest begründen müssen, warum bei dem gesetzesteknisch gleich gefassten § 52 StPO dann doch eine analoge Anwendung zulässig sein soll. Auch hätte eine Auseinandersetzung mit den Kriterien des Bundesverfassungsgerichts stattfinden müssen. All dies unterbleibt.

e) Keine planwidrige Regelungslücke wegen Verfassungswidrigkeit

Das AG schreibt in seinem Urteil:

„Denn der § 52 StPO ist in seiner bestehenden Fassung bei Anwendung dem bloßen Wortlaut nach verfassungswidrig, sodass die Regelungslücke im Übrigen per definitionem nicht im Sinne des Gesetzgebers sein kann.“⁷²

Es geht somit davon aus, dass eine verfassungswidrige Regelung automatisch zu einer planwidrigen Regelungslücke führen würde, die im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung geschlossen werden könnte. Zwar ist es richtig, dass der Gesetzgeber nicht den Plan verfolgt, verfassungswidrige Normen zu schaffen. Daraus folgt aber nicht, dass jede verfassungswidrige Regelung die Möglichkeit einer Analogie eröffnet. Es gibt vielmehr Fälle, in denen eine Regelung verfassungswidrig ist und keine verfassungskonforme Auslegung in Betracht kommt.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Grenzen verfassungskonformer Auslegung wie folgt zusammengefasst:

⁶⁸ BVerfGE 33, 367 (374) – Sozialarbeiter.

⁶⁹ BVerfGE 33, 367 (375) – Sozialarbeiter.

⁷⁰ BVerfGE 33, 367 (375) – Sozialarbeiter.

⁷¹ Siehe zur Kritik Rogall, in: SK-StPO, Bd. 1, 5. Aufl. 2018, vor § 48 Rn. 160 f.

⁷² AG Hamburg-Barmbek, Urt. v. 17.1.2025 – 843 Ds 28/23 = BeckRS 2025, 23706 Rn. 23.

„Eine Norm ist nur dann für verfassungswidrig zu erklären, wenn keine nach den anerkannten Auslegungsgrundsätzen zulässige und mit der Verfassung vereinbare Auslegung möglich ist. Lassen der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelung und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen eine zu einem verfassungsmäßigen Ergebnis führt, so ist diese geboten [...]. Die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung endet allerdings dort, wo sie mit dem Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch träte [...]. Anderenfalls könnten die Gerichte der rechtspolitischen Entscheidung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers vorgreifen oder diese unterlaufen [...].“⁷³

Im Fall des § 52 StPO, in dem auf eine Gleichstellung von nahestehenden Personen und Angehörigen von Seiten des Gesetzgebers bewusst verzichtet wurde, dürfte eine analoge Anwendung, die im Wortlaut keine Stütze findet, diesen Willen umgehen. Vielmehr wird das Gericht als Ersatzgesetzgeber tätig. Durch dieses Vorgehen werden die im Grundgesetz vorgesehenen Verfahren umgangen. So hätte das Gericht, das – wie hier – von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen Norm überzeugt ist, ein konkretes Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG anstreben können. Dann hätte das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungsmäßigkeit des geltenden Rechts entscheiden müssen.⁷⁴ Unterbleibt ein Normenkontrollverfahren, weil das Gericht zu Unrecht eine verfassungskonforme Auslegung (oder Rechtsfortbildung) vornimmt, liegt im Übrigen ein Verstoß gegen das Recht auf den gesetzlichen Richter vor, weil dem Bundesverfassungsgericht die Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze zusteht.⁷⁵

V. Ergebnis

Das Urteil des AG Hamburg-Barmbek weist auf den seit längerem bestehenden Missstand hin, dass § 52 StPO nur formale Angehörige schützt, obwohl faktische Näheverhältnisse im Alltag von ebenso großer Bedeutung sind. Das geltende Recht ist insoweit dringend reformbedürftig, und es bleibt zu hoffen, dass der der Diskontinuität anheimgefallene Gesetzentwurf⁷⁶ noch einmal aufgegriffen und das Thema breiter diskutiert wird.

Indes überzeugt die Lösung über eine analoge Anwendung von § 52 StPO nicht. Eine planwidrige Regelungslücke liegt entgegen der Ansicht des AG Hamburg-Barmbek nicht vor. Außerdem wird die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Zeugnisverweigerungsrechten nicht rezipiert. Den naheliegenden Weg des konkreten Normenkontrollverfahrens (Art. 100 Abs. 1 GG) beschreitet das AG Hamburg-Barmbek leider nicht, sodass eine Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 52 StPO nach wie vor nicht in Sicht ist.

Wenn man bedenkt, dass die vom AG Hamburg-Barmbek angenommene analoge Anwendung des § 52 StPO weitreichende Auswirkungen auch auf andere Verfahren hat, erstaunt es, dass die Staatsanwaltschaft keine Berufung eingelegt hat, um eine obergerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Das wäre im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert gewesen. So handelt es sich nur um eine Einzelfallentscheidung eines erstinstanzlichen Spruchkörpers, die der Rest der Republik getrost ignorieren könnte. Sollte sich die Ansicht des AG Hamburg-Barmbek allerdings durchsetzen, wird die Frage beizeiten sicherlich auch die obersten Gerichte und das Bundesverfassungsgericht beschäftigen.

⁷³ BVerfGE 138, 64 (93 f.).

⁷⁴ So auch Rengier, Die Zeugnisverweigerungsrechte im geltenden und künftigen Strafverfahrensrecht, 1979, S. 110.

⁷⁵ BVerfGE 138, 64 (101).

⁷⁶ BT-Drs. 20/14258.