

Die Strafprozeßordnung: Ihre Entstehung und ihr Weg zur Ausgewogenheit von staatlicher Rechtsdurchsetzung und Freiheitspositionen des Bürgers

HANS-JOACHIM RUDOLPHI

I.

Bevor wir uns der Frage nach der Ausgewogenheit staatlicher Machtentfaltung und Freiheitspositionen des Bürgers in unserer Strafprozeßordnung widmen, ist es erforderlich, uns Klarheit über die verschiedenen, einander nicht selten widerstreitenden Ziele und Aufgaben des Strafprozesses zu verschaffen.

1. Aufgabe des Strafverfahrens ist es in erster Linie, das materielle Strafrecht gegenüber dem Straftäter durchzusetzen und damit zugleich seine faktische und normative Geltung zu bekräftigen. Das Strafprozeßrecht teilt damit zunächst die Zielsetzung des materiellen Strafrechts. Aufgabe nicht nur des Strafrechts, sondern auch des Strafprozeßrechts und eines jeden Strafverfahrens ist es daher, sozialschädliches Verhalten zu bekämpfen oder, positiv formuliert, Rechtsgüter zu schützen.

Erzielt wird dieser Rechtsgüterschutz durch die Strafdrohungen des materiellen Strafrechts ebenso wie durch ihre im Strafverfahren erfolgende Anwendung, d. h. die konkrete Bestrafung und Strafvollstreckung. Aufgabe der Gerichte ist es, durch ihre Entscheidungen die strafrechtlichen Verhaltensnormen zu bekräftigen und durchzusetzen. Dem Strafprozeß kommt damit zunächst insofern eine generalpräventive Funktion zu, als er durch Mißbilligung und Aburteilung sozialschädlichen Verhaltens die sozialetischen Verhaltenswerte, wie z. B. die Achtung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit, des Eigentums etc. des Mitbürgers, aber auch die Achtung des Staates und seiner verfassungsmäßigen Institutionen, in der Bevölkerung zu festigen oder, falls noch nicht geschehen, ihnen zur allgemeinen Anerkennung zu verhelfen hat¹. Doch erschöpft sich das Ziel des Strafprozesses nicht in dieser generalpräventiven Aufgabe.

Entsprechend der im Laufe der Strafrechtsreform mit Recht immer stärker in den Vordergrund gerückten spezialpräventiven Ausrichtung des strafrechtlichen Sanktionensystems obliegt es dem Strafprozeß auch, dieses spezialpräventive Programm des materiellen Strafrechts in die Tat umzusetzen. Für die Zukunft ergibt sich aus dieser Neugestaltung des materiellen Strafrechts, aber auch aus

¹ Vgl. dazu z. B. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968, S. 1; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, 13. Aufl., 1975, S. 1 f.; Ebb. Schmidt, Lehrkommentar zur StPO Teil I, 2. Aufl., 1964, Rn 24 f.

der ganz allgemeinen Erkenntnis, daß der Staat dem Straftäter zur Hilfe und Förderung seiner Resozialisierung verpflichtet ist, wohl die wichtigste — bisher allerdings noch nicht in Angriff genommene — Aufgabe für eine Strafprozeßreform. Geht es doch dabei um nichts Geringeres als um die Anpassung unseres Strafprozesses an die sich aus dem verfassungsrechtlich verankerten Sozialstaatsprinzip ergebenden Forderungen. Notwendig wären dafür, was hier nur angedeutet werden kann, vor allem ein Ausbau der sozialen Gerichtshilfe und eine Zweiteilung der Hauptverhandlung, um den Gerichten bessere Möglichkeiten für eine Erforschung der Täterpersönlichkeit und die Festsetzung der jeweils geeigneten Sanktionen zu schaffen².

2. Das soeben geschilderte Ziel des Gesellschaftsschutzes durch Bekräftigung und Durchsetzung des materiellen Strafrechts läßt sich im Strafprozeß allein durch Entscheidungen erreichen, die auf Wahrheit und richtiger Anwendung des materiellen Strafrechts beruhen, d. h. vor allem Urteile, die den schuldigen Verdächtigen gerecht bestrafen und den unschuldigen Verdächtigen freisprechen³. Bereits mit dieser Feststellung ist nun eine grundlegende, unseren gesamten Strafprozeß beherrschende Spannung angesprochen. In aller Regel steht Schuld oder Unschuld zu Beginn eines Strafverfahrens nicht fest. Es ist vielmehr gerade allein Aufgabe des Strafverfahrens, Schuld oder Unschuld des Verdächtigen verbindlich festzustellen. Bis zu diesem Entscheid des Gerichts gilt der Verdächtige auf Grund der in Art. 6 II Europ. MRK festgelegten Unschuldsvermutung sogar als unschuldig⁴.

a) Für das Strafprozeßrecht ergeben sich daraus zwei durchaus gegenläufige Aspekte⁵. Es ist dies einmal das Interesse, das Recht gegenüber dem wirklichen Rechtsbrecher mit Nachdruck zu behaupten und durchzusetzen und zu diesem Zweck den Strafverfolgungsbehörden auch wirksame Zwangsbefugnisse einzuräumen. Demgegenüber stehen jedoch andererseits die rechtsstaatlichen Forderungen zum Maßhalten, zur Vorsicht und zur Zurückhaltung, da alle ergriffenen Maßnahmen ja auch einen unschuldigen Verdächtigen treffen können. Zu welcher ungeheuren Gefahren für den Bürger eine Einstellung führt, die den Beschuldigten vorschnell als Täter betrachtet und einseitig nur noch danach fragt, wie er am schnellsten und sichersten zu überführen ist, hat bereits der gemeinrechtliche Inquisitionsprozeß mit seinen schrecklichen Foltermethoden gezeigt. Nicht weniger eindrucksvolle Beispiele bilden aber auch die heute noch in Diktaturen gebräuchlichen Verfahrensmethoden und die Praktiken im NS-Regime.

Erforderlich ist also stets, die Notwendigkeit eines energischen und möglichst effektiven Schutzes der Gesellschaft vor dem Rechtsbrecher in Einklang zu

² Vgl. dazu Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 9, 51, 207 m. w. Nachw.

³ Vgl. dazu statt vieler nur Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, Rn 11, 20 f. m. w. Nachw.

⁴ Zur Unschuldsvermutung und den sich aus ihr ergebenden Konsequenzen vgl. Krauß, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, hrsg. v. Müller-Dietz, 1971, S. 153 ff., und BVerfGE 19, 347.

⁵ Zum folgenden vgl. z. B. Peters, Strafprozeß, 2. Aufl., 1966, S. 70 ff.

bringen mit dem ebenfalls rechtsstaatlichen Gebot, den (möglicherweise ja auch) Unschuldigen möglichst zu schonen. Es ist daher stets zu prüfen, ob ein Eingriff in die Freiheitspositionen des Beschuldigten nicht nur gegenüber dem (möglicherweise) Schuldigen, sondern auch gegenüber dem (möglicherweise) Unschuldigen gerechtfertigt ist. Der Gesetzgeber hat deshalb die den Strafverfolgungsbehörden einzuräumenden Zwangsbefugnisse stets auch an der Möglichkeit zu messen, daß der Verdächtige, gegen den sie anzuwenden sind, unschuldig und deshalb freizusprechen ist. Nicht möglich ist es damit, Zwangseingriffe in die Freiheitspositionen eines Beschuldigten in einem Ausmaß zuzulassen, das allein gegenüber einem Schuldigen, nicht aber auch gegenüber einem Unschuldigen gerechtfertigt wäre. Dies folgt nicht zuletzt auch aus der Unschuldsvermutung, die es verbietet, einen Beschuldigten vor seiner rechtskräftigen Verurteilung als Schuldigen zu betrachten und deshalb prinzipiell eine Differenzierung zwischen einem „wohl Schuldigen“ und einem „wohl Unschuldigen“ nicht zuläßt; vielmehr im Gegenteil eine Gleichbehandlung aller Verdächtigten gebietet⁶.

b) Aus dem Prozeßziel der Wahrheit und Gerechtigkeit ergibt sich darüber hinaus, daß das Strafprozeßrecht nicht nur den Schutz der Gesellschaft vor dem schuldigen Verdächtigten zu gewährleisten hat, sondern ebenso den schuldigen Verdächtigten vor einer ungerechten Bestrafung und vor allem den unschuldigen Verdächtigten vor einer Verurteilung zu bewahren hat⁷. Diesem Ziel dienen zahlreiche in der leidvollen Geschichte der Strafrechtspflege dem Staat abgetrotzte rechtsstaatliche Garantien. Es sind dies der Grundsatz des gesetzlichen Richters, die Unabhängigkeit des Richters, die Möglichkeiten, befangene Richter abzulehnen, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Prozeßmaximen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, um nur einige zu nennen. Vor allem folgt aber aus dieser Aufgabenstellung des Strafprozeßrechts, daß dem Beschuldigten umfassende und effiziente Verteidigungsmöglichkeiten einzuräumen sind. Gefährlich wäre es, wollte man etwa unter Hinweis darauf, daß die Staatsanwaltschaft nach § 160 II ja sowohl die zur Belastung als auch die zur Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände zu ermitteln habe, die Verteidigungsrechte des Beschuldigten verkürzen. Denn damit würde man grundsätzlich nicht nur den Staatsanwalt angesichts der anderslautenden sozialen Rollenerwartungen in seinen Möglichkeiten überschätzen, sondern auch das berechtigte Interesse des Beschuldigten an einer selbständigen Verteidigung unterschätzen. Erforderlich ist es daher, so weit als möglich eine unabhängige und umfassende Verteidigung zu garantieren und wenigstens annähernd dem Verteidiger die gleichen Möglichkeiten einzuräumen, wie sie dem Staatsanwalt zur Verfügung stehen.

⁶ Vgl. dazu z. B. Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 53; Krauß, a. a. O., S. 172; BVerfGE 19, 947.

⁷ So mit Nachdruck z. B. Eb. Schmidt, Lehrkommentar Teil I, Rn 21, 104.

3. Gleichberechtigt neben den bereits erörterten Prozeßzielen steht die Aufgabe, den durch die begangene Straftat gestörten allgemeinen Rechtsfrieden möglichst bald durch eine endgültige, d. h. rechtskräftige Entscheidung des Gerichts wiederherzustellen⁸. Die damit angeschnittene Problematik der Rechtskraft und einer Wiederaufnahme des Verfahrens können wir jedoch unerörtert lassen. Wesentlich für unsere Thematik ist allein die sich daraus, aber auch aus anderen Gesichtspunkten ergebende Forderung nach einem möglichst schnellen Abschluß eines jeden Strafverfahrens. Denn die Forderung nach einer Beschleunigung des Verfahrens gerät nicht selten in einen Gegensatz zu den rechtsstaatlichen Garantien unseres Strafprozesses. Rückt man das Beschleunigungsgebot einseitig in den Vordergrund, so besteht die Gefahr, daß damit rechtsstaatliche Gehalte unseres Strafprozeßrechts hintangestellt und die nicht selten schwerer kämpften „schützenden Formen“ unseres Prozeßrechts zu weitgehend preisgegeben werden.

4. Ein letztes Prozeßziel ergibt sich schließlich aus der Erkenntnis, daß die Erlangung eines auf Wahrheit beruhenden gerechten Urteils nicht um jeden Preis gestattet sein kann⁹. Unsere Verfassung duldet es nicht, daß ein solches Urteil nur um den Preis rechtsstaatlich nicht mehr erträglicher Eingriffe in die Rechte Dritter oder der Verfahrensbeteiligten gewonnen wird. Zudem würde ein solches Verfahren gerade selbst den Rechtsfrieden, den es wiederherstellen soll¹⁰, stören und damit auch untauglich sein, die ihm gesetzten general- und spezialpräventiven Aufgaben des Gesellschaftsschutzes wirksam zu erfüllen. Die Pflicht des Gerichts zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts und zur Wahrheitsfindung findet daher nicht nur, wie wir bereits gesehen haben, an dem Gebot zur Schonung des möglicherweise unschuldigen Verdächtigten seine Grenze, sondern auch an dem generellen Gebot zur Rücksichtnahme auf die Freiheitsrechte, die persönliche Geheim- und Vertrauenssphäre sowie anderen Interessen des Beschuldigten, dritter Personen, aber auch der Allgemeinheit. Aufgabe des Strafprozesses ist es daher auch, diese Rechte zu wahren und zu schützen. Geschehen ist dies durch die zahlreichen Einschränkungen der prozesualen Wahrheitsermittlung. Beispiele bilden die Verbote, bestimmte Personen zu vernehmen oder bestimmte Vernehmungsmethoden anzuwenden, ebenso wie die verschiedenen Zeugnisverweigerungsrechte, Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbote.

II.

Versuchen wir ein Resümee unserer Überlegungen über die Ziele des Strafprozesses zu ziehen, so ergibt sich insgesamt ein recht buntes Bild gegenläufiger Interessen. Doch handelt es sich bei den geschilderten Interessengegensätzen trotz ihrer Vielzahl letztlich stets nur um jeweils spezifische Ausprägungen des

⁸ Vgl. dazu Schmidhäuser, Festschr. f. Eb. Schmidt, 1961, S. 511 ff.

⁹ BGHSt 14, 358; 19, 329.

¹⁰ Rudolphi MDR 1969, S. 397.

grundlegenden Spannungsverhältnisses zwischen Staat und Individuum schlechthin. Das Strafprozeßrecht ist daher in einem besonderen Maße von der jeweiligen Staatsverfassung abhängig. Je nachdem, ob und in welchem Maße das Individuum dem Staat unter-, über- oder gleichgeordnet ist, ist auch das Strafverfahrensrecht ein anderes. Veränderungen der Staatsverfassung, aber auch der Verfassungswirklichkeit bei gleichbleibender geschriebener Verfassung, finden daher im Strafverfahrensrecht ihr Spiegelbild¹¹. Das Strafprozeßrecht ist, wie schon ein notwendig kurzer Überblick über die wichtigsten Änderungen unserer StPO seit 1945 zeigt, ein gut funktionierender Seismograph für Veränderungen der Verfassungswirklichkeit.

1. Die Entwicklung nach 1945 ist durch das energische Bestreben gekennzeichnet, durch Beseitigung der typisch nationalsozialistischen Reformen die ursprünglichen rechtsstaatlichen Gehalte der Strafprozeßordnung wiederherzustellen und fortzuentwickeln. Zu nennen ist hier als erstes das Vereinheitlichungsgesetz vom 12. 9. 1950, das die von nationalsozialistischen Änderungen gesäuberte Strafprozeßordnung wieder einheitlich für alle Bundesländer in Kraft setzte, jedoch auch einige neue rechtsstaatliche Garantien enthielt. Hervorzuheben ist vor allem § 136a, der durch die Brandmarkung unzulässiger Vernehmungsmethoden die Achtung der Menschenwürde im Strafverfahren sicherstellt. Im Zeichen rechtsstaatlicher Verbesserung der StPO stehen auch die folgenden Änderungen. Es sind dies vor allem das 3. Strafrechtsänderungsgesetz, das die Rechtsmittelbelehrung zwingend vorschreibt (§ 33a) und eine Erweiterung der Zeugnisverweigerungsrechte vor allem auf die Hilfspersonen bestimmter Berufsträger (§ 53a) enthält, und die zu Recht sogenannte kleine Strafprozeßreform durch das Strafprozeßänderungsgesetz vom 19. 12. 1964. Sie hat — wie keine der späteren Reformen mehr — die prozessuale Rechtsstellung des Beschuldigten und des Verteidigers gestärkt, aber auch andere rechtsstaatliche Verbesserungen unseres Strafprozeßrechts gebracht. Deutlich wird dies, wenn wir uns die Neuerungen, von denen einige bereits wieder beseitigt worden sind, schlagwortartig vergegenwärtigen. Es sind dies

- (1) die Erweiterung des rechtlichen Gehörs für den Beschuldigten vor allem durch die Rechtsinstitute der Schlußanhörung und des Schlußgehörs nach Abschluß der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen (§§ 169a—c) und die Befugnis des Verteidigers, jederzeit Erklärungen abzugeben (§ 257a);
- (2) die Verbesserung der Verteidigerrechte vor allem durch Erweiterung des Akteneinsichtsrechts (§ 147) und die Einräumung eines Rechts auf ungehinderten und unkontrollierten Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten (§ 148);
- (3) Erweiterung der Pflichten, den Beschuldigten und die Zeugen über ihre Rechte zur Aussageverweigerung zu belehren (§§ 136, 163a, 243 IV);

¹¹ Vgl. dazu nur Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 7 ff.

- (4) Ausdehnung der Vorschriften über die Ausschließung eines Richters und der Möglichkeit, befangene Richter abzulehnen (§§ 22 ff.);
- (5) Ersetzung des Eröffnungsbeschlusses, in dem das Gericht positiv den hinreichenden Tatverdacht ausdrücklich festzustellen hatte, durch die Zulassung der Anklage (§ 207), Einschränkung der Erörterung von Vorstrafen (§ 243 IV) und die Rückweisung bei Aufhebung des Urteils in der Rechtsmittelinstanz an ein anderes Entscheidungsgremium (§ 354 II);
- (6) Änderungen des Haftrechts durch präzisere Fassung der Haftgründe der Flucht- und Verdunkelungsgefahr, zeitliche und sachliche Begrenzung der Untersuchungshaft gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und durch Einführung zweier neuer Haftgründe, nämlich der Wiederholungsgefahr bei bestimmten Sittlichkeitsdelikten und des Verdachts eines vorsätzlichen Tötungsdelikts.

Insgesamt also eine stolze Bilanz rechtsstaatlicher Verbesserungen uneres Strafprozeßrechts. Eine Ausnahme macht hier lediglich die Reform der Untersuchungshaft, soweit durch sie z. T. bereits im Dritten Reich vorhandene Haftgründe wieder neu eingeführt worden sind und bereits das BVerfG¹² zu einer einschränkenden verfassungskonformen Auslegung gezwungen haben.

2. Von den weiteren Teilreformen in den folgenden Jahren sind zunächst hervorzuheben: die Ersetzung des Legalitätsprinzips durch das Opportunitätsprinzip auf dem Gebiet der Staatsschutzdelikte (§ 153d) durch das 8. Strafrechtsänderungsgesetz vom 25. 6. 1968 und insbesondere das Abhörsgesetz vom 13. 8. 1968. Nach dem neu eingefügten § 100a darf die Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger angeordnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß jemand als Täter oder Teilnehmer an bestimmten näher bezeichneten Straftaten beteiligt ist und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltes des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Der Kreis der eine Telefonüberwachung ermöglichenden Delikte ist dabei außerordentlich weit gefaßt. Er erstreckt sich von den eigentlichen Staatsschutzdelikten über die Straftaten gegen die Landesverteidigung und gegen die öffentliche Ordnung bis hin zu Mord, Totschlag, Münzverbrechen, Raub und sogar der einfachen Erpressung¹³. Die Anordnung der Telefonüberwachung darf sich nicht nur gegen den Beschuldigten selbst richten, sondern in gleicher Weise auch gegen (durchaus gutgläubige) Personen, von denen auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, daß sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder daß der Beschuldigte ihren Anschluß benutzt. Der Kreis der einer Überwachung zugänglichen Fernsprech-

¹² BVerfGE 19, 342 (350).

¹³ Zur Kritik des Kreises der überwachungsfähigen Delikte vgl. Arzt, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, 1970, S. 75 f.; K.-H. Hall JZ 1968, 162; Suppert, Studien zur Notwehr und „notähnlichen Lage“, 1973, S. 273 f.

anschlüsse ist danach unbegrenzt. Mögliche Überwachungsobjekte sind nicht nur die privaten Telefonanschlüsse unbeteiligter Dritter und öffentliche Fernsprechstellen, sondern ebenso die Fernsprechanchlüsse wirtschaftlicher Unternehmen, aber auch aller staatlichen und kommunalen Behörden. Möglich wäre es nach § 100a daher, z. B. den Fernmeldeverkehr höchster Regierungsstellen zu überwachen und auf Tonträger aufzunehmen, wenn der Verdächtige — man denke z. B. nur an Guillaume — bei diesen Stellen beschäftigt ist oder andere Tatsachen den Schluß rechtfertigen, daß er Telefonanschlüsse dieser Stellen gelegentlich — wenn auch unbefugt — benutzt. Betroffen sind von dieser Abhörmöglichkeit weiter vor allem nahe Angehörige des Beschuldigten, aber auch eine Vielzahl anderer Personen. Möglich wäre es z. B. — betrachtet man § 100a isoliert —, den Telefonanschluß des Verteidigers zu überwachen, ebenso aber etwa auch die Telefonanschlüsse von Ärzten und Geistlichen, wenn nur bestimmte Tatsachen, wie z. B. eine Krankheit oder eine besondere Religiosität des Beschuldigten, dafür sprechen, daß er telefonisch mit einem Arzt oder, etwa unter Ausnutzung der Möglichkeit der Telefonseelsorge, sich mit einem Geistlichen in Verbindung setzt.

Eines dürfte damit bereits deutlich geworden sein. Der entscheidende Mangel der gesetzlichen Regelung des § 100a liegt darin, daß sich der Gesetzgeber in keiner Weise auch nur bemüht hat, bei der Ausgestaltung der Abhörmöglichkeiten den verschiedenen in anderen Bereichen von unserer StPO sogar ausdrücklich respektierten und geschützten Vertrauensverhältnissen und Geheim-sphären in irgendeiner, wenn auch bescheidenen Weise Rechnung zu tragen.

Nun soll mit alledem nicht die Berechtigung bestritten werden, die Telefonüberwachung als Mittel der Verbrechensaufklärung einzusetzen. Im Gegenteil, es war sicher notwendig, die Möglichkeiten der Strafverfolgung dem technischen Fortschritt anzupassen. Doch verwundert es, daß der Gesetzgeber hier mit keinem Wort — weder im Gesetzestext selbst noch in den Gesetzesberatungen — auf die rechtsstaatliche Forderung eingeht, verfassungsrechtlich geschützte Vertrauens- und Geheim-sphären einzelner Berufsträger, aber auch des Staates selbst, im Strafprozeß zu respektieren. Ich bin zwar sicher, daß Rechtsprechung und Lehre diese Versäumnisse im Wege einer verfassungskonformen Auslegung und einer Analogie zu den Zeugnisverweigerungsrechten und den Beschlagnahmeverboten ausgleichen werden¹⁴. Doch ändert dies nichts daran, daß bei diesem Gesetz das Bestreben, die Machtbefugnisse der Strafverfolgungsbehörden zu erweitern, eindeutig und einseitig im Vordergrund gestanden und der Gesetzgeber darüber die Wahrung rechtsstaatlicher Prinzipien vergessen hat.

3. Uneingeschränkt begrüßenswert ist demgegenüber das Gesetz zur Einführung einer zweiten Instanz in Staatsschutzsachen aus dem Jahre 1969. Problematisch ist jedoch bereits wieder die erhebliche Ausweitung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr (§ 112a) im Jahre 1972. Ist damit der dem System des Haft-

¹⁴ Vgl. dazu eingehend Rudolphi, Festschr. f. Schaffstein, 1975, 433 ff. m. w. Nachw.

rechtes ohnehin nur schwer einzuordnende Haftgrund der Wiederholungsgefahr doch u. a. sogar auf Körperverletzungs- und Betrugsdelikte ausgedehnt worden. 4. Die nächste Etappe in der Reform der StPO bildet die Beschleunigungsnovelle aus dem Jahre 1974. Ihr Ziel, eine Beschleunigung des Strafprozesses zu ermöglichen, ist positiv zu bewerten. Doch bestehen erhebliche Zweifel, ob nicht der Gesetzgeber das Bedürfnis nach einer Verfahrensbeschleunigung überbewertet und daher die „schützenden Formen“ der StPO in einer zu weit gehenden Weise preisgegeben hat. Vergewegen wir uns unter diesem Aspekt die neuen Regelungen, so ist zunächst festzustellen, daß durch sie die erst 1964 gerade mit dem Ziel, dem Beschuldigten bereits vor Anklageerhebung bessere Verteidigungsmöglichkeiten zu eröffnen, eingeführten Rechtsinstitute des Schlußgehörs und der Schlußanhörung wieder ersatzlos gestrichen worden sind. Auf derselben Linie liegt die kurze Zeit später erfolgte Streichung des § 257a¹⁵, durch die ein weiteres Stück der erst 1964 erfolgten Erweiterung der Verteidigungsrechte beseitigt worden ist, und schließlich die gänzliche Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung. Daß diese Maßnahmen einen Beschleunigungseffekt für viele Strafprozesse haben können, ist schwerlich zu bestreiten. Doch bleibt die Frage, ob es damit nicht doch in mehr Fällen zu einer den Beschuldigten im Verhältnis zu einem bloßen Ermittlungsverfahren ungleich schwerer belastenden Anklage und öffentlichen Hauptverhandlung kommt, als dies bei Ausnutzung der Möglichkeiten des Schlußgehörs oder der gerichtlichen Voruntersuchung der Fall gewesen wäre. Immerhin hat das Schlußgehör in durchaus nicht seltenen Fällen bereits zu einer Einstellung des Ermittlungsverfahrens geführt und war es doch gerade auch der Zweck der Voruntersuchung, den Beschuldigten vor möglicherweise einseitigen Ermittlungen der Staatsanwaltschaft und Polizei dadurch zu schützen, daß man diese Ermittlungen bei schwerwiegenden Vorwürfen einem unabhängigen Richter übertrug¹⁶.

Hinzu kommt eine nicht unerhebliche Machterweiterung der Staatsanwaltschaft. Zu nennen sind hier zunächst die zwangsweise durchsetzbaren Pflichten des Beschuldigten, der Zeugen und Sachverständigen, auch vor dem Staatsanwalt auszusagen (§§ 161a, 163a III). Dies wäre nun gewiß nicht zu beanstanden, wenn Vernehmungen durch einen unabhängigen Richter und einen Staatsanwalt einander stets gleichwertig und vor allem die Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers, den Vernehmungen beizuwohnen, unabhängig davon wären, ob ein Richter oder der Staatsanwalt sie vornimmt. Beides ist aber gerade nicht der Fall. Erstens legt die StPO selbst, wie sich z. B. aus der unterschiedlichen Verlesbarkeit der Vernehmungsprotokolle klar ergibt, den richterlichen Vernehmungen einen eindeutig höheren Wert bei, und zweitens stehen Anwesenheitsrechte dem Beschuldigten und seinem Verteidiger allein bei richterlichen Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen zu (vgl. § 168c).

¹⁵ Art. 1 Nr. 14 Ges. z. Ergänzung des 1. StVRG v. 20. 12. 1974 (BGBl. I, 3688).

¹⁶ Vgl. dazu Grünwald, 50. DJT Bd. I, Teil C, S. C 32, 43 ff. m. w. Nachw.

Damit wirken sich aber auch diese sicher der Beschleunigung des Strafverfahrens dienenden Maßnahmen letztlich als eine weitere Verkürzung der Verteidigungsmöglichkeiten aus¹⁷.

Ähnliches gilt für die Reformen der §§ 100 und 110, durch die dem Staatsanwalt die Befugnis eingeräumt worden ist, die bei einer Durchsichtung beschlagnahmten Papiere durchzusehen, und die es dem Richter gestatten, die Öffnung und Durchsicht beschlagnahmter Post dem Staatsanwalt zu übertragen. Auf der gleichen Linie liegt bereits § 100b III, der es neben dem Richter auch dem Staatsanwalt und sogar der Polizei gestattet, den auf Tonträger aufgenommenen Fernsprecherkehr abzuhören. Denn was sich vordergründig nur als eine die Rechte des Beschuldigten und Dritter nicht tangierende bloße Zuständigkeitsverlagerung darstellt, bedeutet materiell eine Entwertung prozessualer Beweisverwertungsverbote und damit zugleich eine Verkürzung des rechtsstaatlich gebotenen Schutzes bestimmter Vertrauensverhältnisse und Geheimisphären. Nicht selten werden sich nämlich unter den durchzusehenden Papieren, der zu kontrollierenden Post und den abzuhörenden Tonträgern auch solche Beweismittel finden, die prozessual nicht verwertet werden dürfen, und vielfach wird es sogar so sein, daß die Unverwertbarkeit eines Beweismittels erst dann festgestellt werden kann, wenn man es zuvor durchgesehen oder abgehört hat. Geschieht letzteres nun aber durch den Staatsanwalt oder sogar die Polizei, so besteht keinerlei Gewähr dafür, daß sie ihr einmal erlangtes Wissen nicht vielleicht doch im Rahmen ihrer weiteren Ermittlungstätigkeit zum Nachteil des Beschuldigten verwerten oder, da nach herrschender Rechtsprechung Beweisverwertungsverbote nicht das Verbot enthalten, nur mittelbar durch die verbotene Beweiserhebung erlangte Beweismittel zu verwerten¹⁸, unter bestimmten Umständen sogar verwerten müssen. Mit Recht hat daher vor allem schon Welp¹⁹, um eine Aushöhlung des strafprozessualen Schutzes von Vertrauensverhältnissen und Geheimisphären zu verhindern, gefordert, es in den genannten Fällen bei der Zuständigkeit des Richters zu belassen. Dafür spricht zudem nicht nur, daß die Pflichten zur Amtsverschwiegenheit bei dem Staatsanwalt geringer sind als bei dem Richter, also der Staatsanwalt z. B. nicht gegenüber seinen Vorgesetzten, Kollegen und der Polizei zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, sondern vor allem auch der Umstand, daß den polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungsbeamten — auch in ihrem eigenen Interesse — auf jeden Fall solche Beweismittel und Kenntnisse vorenthalten werden sollten, die bei der Strafverfolgung zu verwerten ihnen aus rechtsstaatlichen Gründen untersagt ist.

Damit wollen wir die Betrachtung der sogenannten Beschleunigungsnovelle, zu der sich noch vieles und durchaus auch Positives sagen ließe, abbrechen. Auch

¹⁷ So auch Grünwald, 50. DJT Bd. I, Teil C, S. C 34 m. w. Nachw.

¹⁸ Vgl. dazu Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 116 m. w. Nachw.

¹⁹ JZ 1972, 423 ff.; vgl. ferner Grünwald, 50. DJT Bd. I, Teil C, S. C 36; Rudolphi, Festschr. f. Schaffstein, S. 452; für die Reform dagegen z. B. Herrmann, ZStW (1973), S. 269 f.

sie dürfte deutlich gemacht haben, daß selbst so scheinbar rein formale Regelungen, wie etwa die Zuständigkeitsregelung (oft schwer genug erkämpfte) rechtsstaatliche Garantien beinhalten und man sich hüten sollte, allzu schnell diese „schützenden Formen“ unseres Strafprozeßrechts preiszugeben.

5. Als nächste Etappe in der Reform ist das EGStGB zu nennen. Hervorgehoben werden soll hier nur eine m. E. besonders gravierende Neuerung. Es ist dies die Regelung des § 153a StPO. Sie besagt, daß die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und dem Beschuldigten zugleich u. a. auferlegen kann, einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen, wenn diese Auflage geeignet ist, bei geringer Schuld das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen. Erfüllt der Beschuldigte die Auflage binnen sechs Monaten, so darf die Tat nicht mehr (als Vergehen) verfolgt werden. Ohne Zustimmung des Gerichts kann die Staatsanwaltschaft sogar so verfahren, wenn es sich um geringfügige Vermögensstraftaten (also z. B. Diebstahl, Unterschlagung, Betrug, Untreue, Sachbeschädigung, [sachliche] Begünstigung, Hehlerei usw.) handelt. Ein kleines Beispiel mag dies verdeutlichen. Ist der Staatsanwalt A der Überzeugung, daß Frau X in einem Kaufhaus Waren im Wert von vielleicht 40,— DM gestohlen hat, so kann er ihr, wenn sie zustimmt, eine Buße von 200,— DM auferlegen und, wenn sie diese binnen sechs Monaten zahlt, das Verfahren endgültig einstellen.

Diese Regelung ist auf heftigste Kritik gestoßen²⁰. Gegen sie ist vor allem eingewandt worden, daß sie sich in der Praxis nicht selten als ein Reichenprivileg auswirken werde und vor allem, daß in diesen Fällen von einer freiwilligen Zustimmung des Beschuldigten schwerlich werde gesprochen werden können. Wer wird schon nicht, um den für ihn mit einer Anklage und öffentlichen Hauptverhandlung verbundenen Nachteilen zu entgehen, das Angebot des Staatsanwalts aufgreifen und, je nach seinem Geldbeutel, die festgesetzte Geldbuße notgedrungen zahlen, und zwar auch dann, wenn er unschuldig ist, jedoch nach seiner Auffassung alle Umstände gegen ihn sprechen und vor allem der Staatsanwalt ihn für schuldig hält. Der schwerste Einwand ergibt sich jedoch, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß hier dem Staatsanwalt im Bereich der Kleinkriminalität der Vermögensdelikte ohne jede Mitwirkung eines unabhängigen und gesetzlich bestimmten Richters die Befugnis eingeräumt wird, zur Befriedigung eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung Sanktionen, vor allem aber die einer Geldstrafe fast gleichkommende Auflage, eine Geldbuße an die Staatskasse zu zahlen, gegen den Beschuldigten zu verhängen. Damit wird nämlich im praktischen Ergebnis ein Verfahren eingeführt, das alle Wesensmerkmale des längst überwunden geglaubten gemein-

²⁰ Hanack, Festschr. f. Gallas, 1973, S. 339 ff.; Dencker, JZ 1973, S. 144 ff.; Schmidhäuser, JZ 1973, S. 529 ff.; vgl. aber auch Dreher, Festschr. f. Welzel, 1974, S. 917 ff.

rechtlichen Inquisitionsprozesses aufweist. Dies ist kurz dargetan. In dem Verfahren nach § 153a wird die Sanktion gegen den Beschuldigten auf Grund eines geheimen schriftlichen Ermittlungsverfahrens verhängt. Anklage und Urteilsfunktion sind in einer Person, nämlich der des Staatsanwalts, vereinigt. Die Sanktion wird ferner nicht von einem gesetzlich bestimmten und unabhängigen Richter, sondern von einem weisungsgebundenen und jederzeit austauschbaren Staatsanwalt verhängt. Damit sind also für den Bereich der Kleinkriminalität praktisch alle seit der Aufklärung erkämpften rechtsstaatlichen Garantien preisgegeben worden. Daß sich dies nicht durch die in ihrer Freiwilligkeit höchst fragwürdige Zustimmung des Beschuldigten rechtfertigen läßt, sollte eigentlich außer Zweifel sein, zumal wir ja auch sonst mit gutem Grund darauf beharren, daß ein Beschuldigter auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Garantien gerade nicht verzichten kann.

6. Eine weitere einschneidende Reform unseres Strafprozesses enthält das Gesetz zur Ergänzung des 1. Strafrechtsreformgesetzes vom 20. 12. 1974. Ihr Kernstück bilden die Normen über den Ausschluß des Verteidigers und die erheblich erweiterten Möglichkeiten, gegen einen Angeklagten in Abwesenheit zu verhandeln. *Primäre* Zielrichtung dieser Neuerung ist es, den Strafprozeß vor mißbräuchlicher Ausübung prozessualer Rechte und bewußter Verfahrenssabotage zu schützen. Dagegen ist nun gewiß nichts einzuwenden. Anliegen eines jeden Rechtsstaates ist es nicht nur, z. B. den Beschuldigten vor zu weit gehenden staatlichen Zwangsbefugnissen zu schützen und ihm umfassende Verteidigungsmöglichkeiten einzuräumen, sondern durchaus auch, dafür Sorge zu tragen, daß Verteidigungsrechte nicht gröblich mißbraucht und zur Begehung von Straftaten pervertiert werden oder daß der Beschuldigte auf andere Weise die Verwirklichung der dem Strafprozeß gesteckten Ziele sabotiert. Doch kann nicht eindringlich genug auf eine Gefahr hingewiesen werden, die jeder Mißbrauchskontrolle innewohnt, und zwar vor allem dann, wenn sie einem von dem Mißbrauch Betroffenen übertragen wird. Es ist dies die Gefahr, daß sie selbst dazu mißbraucht wird, bereits solche Handlungen als Mißbrauch von Verteidigungsrechten zu bewerten, die die Arbeit des Gerichts nur mehr oder weniger erschweren. Und ein Weiteres kommt hinzu. Es ist stets zu bedenken, daß der Angeklagte ja auch unschuldig sein kann und daß dies sogar bis zu seiner Verurteilung zu vermuten ist. Jede Beschränkung prozessualer Positionen des Beschuldigten, sei es durch Ausschluß, Kontrolle oder Beschränkung der Zahl seiner Verteidiger, sei es durch die Möglichkeit, gegen ihn in seiner Abwesenheit zu verhandeln, muß sich daher auch unter der Voraussetzung als gerechtfertigt erweisen, daß der Beschuldigte in Wirklichkeit unschuldig ist. Betrachtet man unter diesen Aspekten die Regelung des Verteidigerausschlusses und die Erweiterung des Abwesenheitsverfahrens, so kann man sich m. E. nicht des Eindrucks erwehren, daß der Gesetzgeber hier weder die Gefahr eines Mißbrauchs der Mißbrauchskontrolle gesehen noch die Unschuldsvermutung beachtet hat; er vielmehr bei der Verabschiedung dieser Reform den Angeklagten

viel zu einseitig bereits als Schuldigen betrachtet und dabei diesen sich sogar als Schwerstverbrecher und Terroristen vorgestellt hat. Dies ist denn wohl auch der Umstand, der diesem Gesetz m. E. nicht ganz zu Unrecht den Vorwurf eines nicht ausgewogenen Ad-hoc-Gesetzes eingetragen hat.

7. Den notwendig kursorischen und vornehmlich die kritischen Punkte hervorhebenden Überblick über die Entwicklung unserer Strafprozeßordnung wollen wir jedoch nicht abschließen, ohne wenigstens kurz darauf hinzuweisen, daß die vorläufig letzte Reform aus dem Jahre 1975 das Zeugnisverweigerungsrecht der Presse im Vergleich zur bisherigen Regelung erheblich verbessert, wenn vielleicht auch noch nicht in idealer Form gestaltet hat.

8. Betrachten wir die Reformen seit 1945 im ganzen, so läßt sich m. E. das Jahr 1968 als ein gewisser Wendepunkt in der Zielrichtung der erfolgten Reformen markieren. Bis zu diesem Zeitpunkt verfolgten sie einheitlich ein doppeltes Ziel, nämlich erstens typisch nationalsozialistische Änderungen zu beseitigen und zweitens den rechtsstaatlichen Gehalt unserer StPO durch eine Erweiterung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten sowie der Zeugnisverweigerungsrechte fortzuentwickeln und zu verbessern. Nach 1968 sind die Ziele der Reformen dagegen diffus und z. T. sogar gegenläufig. Neben Reformen, die in Fortführung der bisherigen Zielrichtung z. B. die Zeugnisverweigerungsrechte stärken und erweitern, finden sich zunehmend solche, die *erstens* — wenn auch nur in begrenztem Umfang — Regelungen wieder einführen, die bereits im Dritten Reich bestanden, *zweitens* im Zeichen rechtsstaatlicher Verbesserung unseres Strafprozesses vorgenommene Änderungen aus den Jahren bis 1964 wieder beseitigen oder *drittens* zusätzliche Beschränkungen der Rechte des Beschuldigten oder Machterweiterungen der Strafverfolgungsorgane begründen. Es wäre nun gewiß zu einfach, wollte man diesen Wandel in der Zielrichtung der Strafprozeßreform einseitig als Ausdruck einer zunehmend Platz greifenden autoritären Staatsauffassung deuten und ihn damit pauschal verdammen. Zu bedenken ist vielmehr, daß auch die hervorgehobenen Reformen nach 1968 durchaus noch, und zwar auch nach dem Willen des Gesetzgebers, eine rechtsstaatliche Verbesserung unseres Strafprozesses anstrebten. Nur liegt diese nicht mehr in einer Erweiterung und Stärkung der Rechte des Beschuldigten, seines Verteidigers und dritter Personen, d. h. nicht in einer Ausweitung des Schutzes des Beschuldigten und dritter Personen *vor* der Strafrechtspflege, sondern gerade umgekehrt in einem Schutz der Strafrechtspflege und ihrer Aufgabenverwirklichung vor mißbräuchlicher Rechtsausübung und Verfahrensabschottung durch den Beschuldigten und seinen Verteidiger sowie in einer Beschleunigung des Strafverfahrens. Auch dies sind aber legitime Ziele eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Doch darf man sich mit dieser Erklärung noch nicht beruhigen. Es bleibt vielmehr die Frage, ob der Gesetzgeber die Gewichte nicht doch zu einseitig und stark zugunsten der Beschleunigung des Strafprozesses und des Schutzes der Strafrechtspflege vor dem Beschuldigten verlagert hat. Sie ist m. E. in der Tat zu bejahen. Wenn auch nicht alle der fraglichen Änderungen unserer

StPO nach 1968 in gleicher Weise der Kritik würdig sind und die Mehrzahl vielleicht bei isolierter Betrachtung durchaus noch zu rechtfertigen ist, so wird man doch, betrachtet man sie in ihrer Gesamtheit, feststellen müssen, daß durch sie bereits in einem erheblichen Maße die Gewichte zum Nachteil des Beschuldigten und zugunsten einer staatlichen Machtentfaltung auf dem Gebiet der Strafverfolgung verschoben worden sind.

III.

In einem letzten Abschnitt wollen wir uns daher der Frage zuwenden, ob und inwieweit unsere Strafprozeßordnung in ihrer heute gültigen Fassung sowohl das staatliche Strafverfolgungsinteresse als auch die berechtigten Interessen der von der Strafverfolgung betroffenen Bürger in einer ausgewogenen und den Prinzipien unserer Verfassung entsprechenden Weise berücksichtigt und wahrt. Angesprochen sind damit vornehmlich vier Problemkreise.

Es sind dies zunächst *erstens* die Frage, ob der Gesetzgeber die grundrechtlich abgesicherte Freiheitssphäre des Beschuldigten bei der Ausgestaltung der Zwangsmaßnahmen in einer hinreichenden Form gewahrt hat, und *zweitens*, ob die möglichen strafprozessualen Eingriffe in Grundrechte Dritter, also vor allem der Zeugen und Sachverständigen, in einem angemessenen Verhältnis zu dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse stehen. Bei dem *dritten* Problembereich geht es dagegen um den Status positivus des Beschuldigten, nämlich vor allem um die Frage, ob ihm in einer ausreichenden Weise Verteidigungsrechte eingeräumt worden sind. In einem engen Zusammenhang damit steht *viertens* die Frage, ob und inwieweit Maßnahmen zur Verhinderung des Mißbrauchs prozessualer Befugnisse oder von Verfahrens sabotagen durch den Beschuldigten oder seinen Verteidiger rechtsstaatlich erträglich oder gar geboten sind.

1. a) Wenn wir uns dem ersten Komplex zuwenden, so muß an der Spitze die Frage stehen, ob unsere Strafprozeßordnung den Grundsatz „*nemo tenetur seipsum prodere*“ realisiert hat. Das Verbot jeglichen staatlichen Zwanges zur Selbstbelastung folgt unmittelbar aus Art. 1 GG, der die Menschenwürde als unantastbar bezeichnet, und Art. 2 I GG, der die freie Entfaltung der Persönlichkeit garantiert. Ausdrücklich anerkannt ist dieses Persönlichkeitsrecht, in keiner Weise aktiv an der eigenen Überführung mitwirken zu müssen, jetzt auch in Art. 14 III g des auch von der Bundesrepublik ratifizierten internationalen Paktes über staatsbürgerliche und politische Rechte. In unserer StPO ist es allgemein anerkannt und in einer erfreulichen Weise realisiert worden. Sie räumt dem Beschuldigten nicht nur das Recht ein, auf jedwede Beschuldigung zu schweigen (§ 136), sondern schützt dieses Recht zusätzlich durch weitreichende Belehrungspflichten (§§ 136 I, 163a III, 243 IV) und das Verbot, die Entschließungsfreiheit des Beschuldigten durch Gewalt, Drohung, Täuschung oder andere unlautere Methoden zu beeinträchtigen (§ 136a). Aber auch darüber hinaus gestattet unsere StPO keinerlei Zwang gegenüber dem Beschuldig-

ten, um diesen zu einer aktiven Mitwirkung bei seiner Überführung etwa durch Herausgabe von Beweismitteln oder aktive Unterstützung irgendwelcher Unter- oder Durchsuchungen zu veranlassen.

b) In gleicher Weise wird durch die StPO das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gewahrt. Zwar sind nach § 81 die Beobachtung des Beschuldigten in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus und nach § 81a unter bestimmten Voraussetzungen auch körperliche Untersuchungen des Beschuldigten zulässig, doch gilt dies stets nur dann, wenn Nachteile für seine Gesundheit nicht zu befürchten sind und nach der Rechtsprechung des BVerfG²¹ zudem diese Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere des erhobenen Vorwurfs und dem festgestellten Verdachtsgrad stehen.

c) Soweit es den Strafverfolgungsbehörden gestattet ist, durch Durchsuchungen, Beschlagnahmen und andere Maßnahmen in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung, das Eigentum und das Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis des Beschuldigten einzugreifen, sind diese Eingriffe auf ein angemessenes Maß begrenzt und bewegen sich durchweg noch in dem von unserer Verfassung abgesteckten Rahmen.

d) Problematischer muß dagegen das Urteil über die gesetzliche Regelung der Verhaftung und die Ausgestaltung der Untersuchungshaft ausfallen. Hervorgehoben seien hier in aller Kürze nur zwei Punkte, die bereits mehrfach Kritik erfahren haben²².

aa) Es ist dies einmal der 1964 für bestimmte Sittlichkeitsverbrecher neueingeführte und 1972 auf eine Reihe weiterer Delikte erstreckte Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a). Abweichend von den Fällen der Verhaftung wegen Flucht- oder Verdunkelungsgefahr bezweckt die Verhaftung wegen Wiederholungsgefahr nicht den Schutz des schwebenden Strafverfahrens. Ihre Aufgabe ist es vielmehr, in ähnlicher Weise wie z. B. die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a), die vorläufige Unterbringung eines Geisteskranken (§ 126a) und das jetzt neueingeführte vorläufige Berufsverbot (§ 132a), Gefahren von der Allgemeinheit abzuwenden. Es handelt sich daher nicht um eine Untersuchungshaft, sondern letztlich um eine reine Sicherungshaft. Beinhaltet sie damit aber ebenso wie die anderen genannten vorläufigen Maßnahmen nichts anderes als die Vorwegnahme einer eigentlich erst durch richterliches Urteil zu verhängenden Maßregel der Sicherung, so muß sie notwendig in einem gewissen Widerspruch zu der verfassungsrechtlichen Unschuldsvermutung geraten. Denn gilt der Angeklagte bis zu seiner Verurteilung als unschuldig, so dürfte strenggenommen auch die dem richterlichen Schuldspruch vorbehaltene Verhängung einer Maßregel der Sicherung nicht vorweggenommen werden. Nun soll damit keineswegs die Berechtigung solcher vorläufigen Sicherungs-

²¹ BVerfGE 16, 194 (202); 17, 108 (117); 27, 211 (219); 30, 1.

²² Vgl. statt vieler Dünnebiel, Reform der Untersuchungshaft, in: Probleme der Strafprozeßreform, hrsg. v. Lüttger 1975, S. 29 ff. m. eingehenden Nachw.

maßnahmen im Strafverfahren geeignet werden. Sie sind in der ganzen Welt bekannt. Doch muß nachdrücklich darauf hingewiesen werden, daß es sich bei der Einordnung dieser Sicherungshaft als Untersuchungshaft nicht nur um einen ungefährlichen Etikettenschwindel handelt, sondern daß dadurch auch die Gefahr heraufbeschworen wird, daß diese Sicherungshaft nicht hinreichend in der ihr spezifischen Problematik erkannt und daher — wie dies m. E. in § 112a bereits geschehen ist — in einer zu weit gehenden Weise zugelassen wird²³. Denn gerechtfertigt dürfte eine Verhaftung wegen Wiederholungsgefahr erst dann sein, wenn dringende Gründe dafür vorhanden sind, daß das Gericht die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§ 63 StGB) anordnen wird.

bb) Einen zweiten Punkt der Kritik bildet die in der Praxis häufig zu lange Dauer der Untersuchungshaft. Zwar bestimmt § 121, daß der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat nur ausnahmsweise über sechs Monate hinaus aufrechterhalten werden darf, und zwar dann, wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zuläßt *und* die Fortdauer der Haft rechtfertigt. Doch hat auch diese Regelung die Untersuchungshaftzeiten nicht entscheidend zu senken vermocht. Auch heute gehören Zeiten von mehr als sechs Monaten keineswegs zu den Seltenheiten, und auch solche von mehreren Jahren sind noch nicht verschwunden²⁴. Und es mag begreiflich sein, daß die Oberlandesgerichte nicht allein deshalb z. B. einen gefährlichen Räuber aus der Haft entlassen mögen, weil das Ermittlungsverfahren verbummelt worden ist; sie sich daher häufig gezwungen sehen, eine besondere Schwierigkeit des Verfahrens zu konstruieren, um die Konsequenz der Haftentlassung zu vermeiden²⁵. Doch wird man bezweifeln müssen, ob damit dem in Art. 5 III und Art. 6 I MRK verbrieften Anspruch der Beschuldigten auf Aburteilung in einer angemessenen Frist *oder* auf Haftentlassung *während* des Verfahrens in der erforderlichen Weise Rechnung getragen wird. Dies um so mehr, wenn man bedenkt, daß der Beschuldigte ja auch unschuldig sein kann und dies sogar bis zu seiner rechtskräftigen Verurteilung zu vermuten ist; eine Untersuchungshaft also stets nur dann als gerechtfertigt betrachtet werden kann, wenn sie im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung auch dem (möglicherweise unschuldigen) Verdächtigten äußerstenfalls noch zugemutet werden kann²⁶. Zu begrüßen ist es daher, wenn das BVerfG in seiner letzten zu diesem Fragenkomplex ergangenen Entscheidung²⁷ unmißverständlich klarstellt, daß der Haftdauer — auch unabhängig von der zu erwartenden Strafe — Grenzen gesetzt sind, und hervorhebt, daß mit zunehmender Haftdauer der Freiheitsanspruch des Verdächtigten

²³ Nach BVerfGE 19, 342 (349 f.); 35, 185 entspricht § 112a noch dem Grundgesetz. Vgl. zur Kritik z. B. Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 147.

²⁴ Vgl. dazu z. B. Krümpelmann, ZStW 82 (1970), S. 1052 ff.

²⁵ Vgl. dazu schon Dünnebier, a. a. O., S. 37 f.

²⁶ Vgl. dazu Krauß, a. a. O., S. 172 ff. (176).

²⁷ JZ 1974, S. 582.

gegenüber dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse an Gewicht gewinnt. In dem Urteil heißt es weiter: „Der Staat kann sich dem Untersuchungsgefangenen gegenüber nicht darauf berufen, daß er seine Gerichte nicht so ausstattet, wie es erforderlich ist, um die entstehenden Verfahren ohne vermeidbare Verzögerungen abzuschließen. Es ist seine Aufgabe, im Rahmen des Zumutbaren alle Maßnahmen zu treffen, die geeignet und nötig sind, einer Überlastung der Gerichte vorzubeugen und ihr dort, wo sie eintritt, rechtzeitig abzuwehren. Er hat die dafür erforderlichen — persönlichen wie sächlichen — Mittel aufzubringen, bereitzustellen und einzusetzen. Diese Aufgabe folgt aus der staatlichen Pflicht zur Justizgewährung, die Bestandteil des in Art. 20 III GG verankerten Rechtsstaatsprinzips ist. Dem Beschuldigten darf nicht zugemutet werden, eine längere als verfahrensangemessene Untersuchungshaft nur deshalb in Kauf zu nehmen, weil der Staat es versäumt, dieser Pflicht zu genügen.“ Dem ist nichts hinzuzufügen.

2. a) Eingriffe in Freiheitspositionen Dritter sind im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung bis zu einem gewissen Grade unverzichtbar, doch dürfen sie bereits nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit niemals so weit reichen wie gegen den Beschuldigten selbst. Diesen Grundsatz hat unsere Strafprozeßordnung weitgehend beherzigt. So sind z. B. körperliche Untersuchungen anderer Personen als des Beschuldigten nach § 81c ohne deren Einwilligung nur zur Feststellung von Verbrechensspuren an ihrem Körper oder zur Klärung der Abstammung zulässig und die Durchsuchung der Wohnung und sonstiger Räume unbeteiligter Dritter nur unter den engen Voraussetzungen des § 103 gestattet. Eine Ausnahme bildet hier lediglich § 100a, der, wie schon dargelegt, die Überwachung von Fernsprechan schlüssen unbeteiligter Dritter in einer außerordentlich weitreichenden Weise zuläßt.

b) Von entscheidender Bedeutung für die Ausgewogenheit staatlicher Machtentfaltung und Freiheitspositionen des Bürgers ist hier aber auch die Frage, ob und in welchem Umfang Vertrauens- und Geheimsphären Dritter respektiert und dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane entzogen sind. Betrachten wir unter diesem Aspekt die Regelung der Zeugnisverweigerungsrechte in unserer StPO, so können wir zunächst feststellen, daß dies in einer dreifachen Richtung geschehen ist. Während § 52 in Rücksicht auf bestehende verwandtschaftliche Beziehungen den Angehörigen ein Zeugnisverweigerungsrecht einräumt, schützt § 54 die staatliche Geheimsphäre dadurch, daß er die Aussagepflicht von Richtern und Beamten an die Genehmigung ihrer Dienstvorgesetzten bindet, und räumen schließlich die §§ 53, 53a bestimmten Berufsträgern, wie vor allem Ärzten, Verteidigern, Rechtsanwälten, Mitarbeitern der Presse, Geistlichen und Parlamentariern, ein Zeugnisverweigerungsrecht ein, um ihnen ihre auch im öffentlichen Interesse liegende Berufsausübung in der erforderlichen Weise zu ermöglichen. Diese Regelung wird nicht selten als zu eng kritisiert und ein Zeugnisverweigerungsrecht z. B. auch für Psychologen, Ehe- und Erziehungsberater und Sozialarbeiter gefordert. Doch lassen sich durchaus auch gewichtige

Gründe gegen eine Einbeziehung der genannten Personen in den Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsträger geltend machen. So hat das BVerfG²⁸ denn auch entschieden, daß § 53 I Nr. 3 StPO, soweit er den Sozialarbeitern ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht einräumt, mit dem Grundgesetz vereinbar sei und sich über § 53 I Nr. 3 hinaus eine Begrenzung des Zeugniszwanges für Sozialarbeiter nur im Einzelfall ausnahmsweise und unter besonders strengen Voraussetzungen unmittelbar aus der Verfassung ergeben könne. Dennoch bleibt hier der Gesetzgeber aufgerufen, den Kreis der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen an Hand unserer Verfassung neu zu bestimmen.

c) Erfreulich ist es, daß unsere StPO das Zeugnisverweigerungsrecht durch das Recht, körperliche Untersuchungen zu verweigern, ergänzt (§ 81c II) und sich auch mit Hilfe von Beschlagnahme- und Durchsuchungsverboten darum bemüht, in diesen Fällen die gegenständlichen Fixierungen des Geheimen dem Zugriff der Strafverfolgungsorgane zu entziehen. Fraglich ist allerdings, ob ihr dies bereits in einer ausreichenden Weise gelungen ist. Bedenken richten sich hier vornehmlich gegen drei Punkte der gesetzlichen Regelung. Es ist dies *erstens* § 97 II S. 1, der bestimmt, daß die Beschlagnahmeverbote nur dann gelten, wenn sich die Fixierungen des Geheimen noch im Gewahrsam des Zeugnisverweigerungsberechtigten befinden. Denn es ist ernsthaft zu bezweifeln, daß der beabsichtigte Geheimnisschutz bereits erreicht ist, wenn z. B. die Akten eines Verteidigers dann beschlagnahmt werden können, wenn er sie dem Beschuldigten aushändigt, sie verliert oder sie ihm gar gestohlen werden²⁹. *Zweitens* ist dies die sich aus § 97 V ergebende Konsequenz, daß zur Aufklärung von sogenannten Presseinhaltsdelikten, also z. B. einer durch eine Veröffentlichung begangene Beleidigung, auch die Räume des Journalisten durchsucht und z. B. seine Unterlagen, aus denen sich sein Informant ergibt, beschlagnahmt werden dürfen. So erfreulich die Neuregelung des Zeugnisverweigerungsrechts der Presse auch im übrigen ist, in diesem Punkt beinhaltet sie jedenfalls im Vergleich zur bisherigen Regelung eindeutig einen Rückschritt. Denn mit gutem Grund hatte diese gerade Beschlagnahmen zu dem Zweck, die Person des Verfassers, Einsenders oder Gewährsmannes einer Veröffentlichung strafbaren Inhalts zu ermitteln, untersagt. Durchsuchungen und Beschlagnahmen, wie sie etwa in der Spiegelaffäre erfolgt sind, um die Informanten für den Artikel „Bedingt abwehrbereit“ zu ermitteln, sind daher heute keineswegs ausgeschlossen. Und schließlich *drittens* sind dies die Regelungen, die dem Staatsanwalt die Durchsicht beschlagnahmter Papiere gestatten. Denn auf diese Weise werden — wie bereits dargelegt — die Beschlagnahmeverbote und die sich aus ihnen ergebenden Beweisverwertungsverbote in ihrer Wirksamkeit, und zwar vor allem zum Nachteil des Beschuldigten, erheblich beeinträchtigt.

²⁸ BVerfGE 33, 367 m. Anm.; Württenberger, JZ 1973, S. 784; vgl. ferner Kühne, JuS 1973, S. 685; Blau, NJW 1973, S. 2234; Jung, MschrKrim. 1974, S. 285.

²⁹ Vgl. dazu z. B. eingehend Welp, Festschr. f. Gallas, 1973, S. 411 ff.

d) Hat sich damit der Gesetzgeber — wenn auch noch nicht in einer vollkommenen Weise, so doch wenigstens ernsthaft — darum bemüht, die genannten Vertrauens- und Geheimspähren auch gegenüber Durchsuchungen und Beschlagnahmen abzusichern, so fehlt ein solches Bemühen leider völlig im Bereich der Telefonüberwachung. Sie ist nach dem Wortlaut des Gesetzes keinerlei Beschränkungen unterworfen und kann daher, wie schon ausgeführt, durchaus auch dazu eingesetzt werden, um gerade in diese durch Zeugnisverweigerungsrechte, Durchsuchungs- und Beschlagnahmeverbote geschützten Vertrauensbeziehungen und Geheimspähren einzudringen. Dies widerspricht nun sicher nicht nur den Prinzipien unserer StPO selbst, sondern ist wohl auch mit den rechtsstaatlichen Grundsätzen unserer Verfassung schwerlich zu vereinbaren. Die notwendige Korrektur sollte der Gesetzgeber nicht allein der Rechtsprechung und Lehre überlassen.

3. Wenden wir uns jetzt der Frage zu, ob unsere StPO dem Beschuldigten und seinem Verteidiger ausreichende Mitwirkungs- und Verteidigungsmöglichkeiten eröffnet, so müssen wir uns zunächst mit der zunehmend aufgestellten Forderung nach einer Waffengleichheit zwischen Staatsanwalt und Verteidiger auseinandersetzen. Abgeleitet wird sie vornehmlich aus dem Rechtsstaatsprinzip und dem in Art. 6 I MRK verankerten Anspruch auf „fair trial“. Der Grundsatz der Waffengleichheit kann jedoch *nicht* bedeuten, daß dem Verteidiger in *allen* Phasen des Verfahrens die gleichen Rechte eingeräumt werden müssen wie dem Staatsanwalt³⁰. Ein solch rein formal verstandener Begriff der Waffengleichheit muß vielmehr von vornherein an der Struktur unseres Strafverfahrens scheitern, nach der dem Staatsanwalt die Herrschaft über das gesamte Ermittlungsverfahren zukommt. Mit der Forderung nach Waffengleichheit kann daher nur gemeint sein, daß dem Beschuldigten und seinem Verteidiger so viele Rechte eingeräumt sein müssen, daß ihm angesichts der Befugnisse des Staatsanwalts eine umfassende und effiziente Verteidigung möglich ist. Im Ergebnis besagt dies, wie der BGH³¹ mit Recht festgestellt hat, daß — sofern nicht die sachlogischen Unterschiede in der Ankläger- und Verteidigerrolle entgegenstehen — dem Verteidiger im Verfahren eine dem Staatsanwalt gleichwertige Stellung einzuräumen und dem Verteidiger deshalb grundsätzlich wenigstens auch annähernd gleiche Rechte zuzubilligen sind. Eine formale Gleichheit kann sich daraus allein für die Hauptverhandlung ergeben. Doch muß dem Beschuldigten und seinem Verteidiger auch während des übrigen Verfahrens stets die Möglichkeit gegeben sein, zur Wahrung ihrer Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluß zu nehmen³².

a) Betrachten wir unter diesem Aspekt die gegenwärtige Regelung unserer StPO, so können wir zwar zunächst feststellen, daß Staatsanwalt und Verteidiger

³⁰ Vgl. z. B. Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 54; Kleinknecht, StPO, 32. Aufl., 1975, Einl. 3 E; Kohlmann, Festschr. f. Peters, 1974, S. 311 ff.; BVerfGE 38, 105 (111).

³¹ BGHSt. 18, 371.

³² BVerfGE 9, 89 (95); 26, 66 (71).

für die Hauptverhandlung formal im wesentlichen die gleichen Rechte eingeräumt sind. Denn die Rechte, einzelne Beweiserhebungen zu beantragen, Beweispersonen zu befragen, Erklärungen abzugeben und das Ergebnis der Hauptverhandlung umfassend zu würdigen, stehen Staatsanwaltschaft und Verteidigung gleichermaßen zu. Doch bedeutet diese formale Gleichheit der Rechte keineswegs notwendig auch eine materielle Gleichheit. Eine Benachteiligung der Verteidigung kann sich nicht nur daraus ergeben, daß die Staatsanwaltschaft über die besseren personellen und sachlichen Mittel verfügt und die Hauptverhandlung durch das von ihr allein beherrschte Ermittlungsverfahren weitgehend vorprogrammieren kann, sondern vor allem auch aus dem Umstand, daß sowohl über die Schuldfrage als auch über die Straffrage in einer einheitlichen Hauptverhandlung entschieden wird. Denn ist der Verteidiger der Überzeugung, daß sein Mandant freigesprochen werden muß, so befindet er sich nicht selten in der Zwangslage, Umstände, die im Falle einer Verurteilung eine mildere Bestrafung rechtfertigen würden, nicht vortragen zu können, weil sie zugleich als Indiz für die Täterschaft seines Mandanten verwendet werden könnten. Abhilfe kann hier nur die auch aus anderen Gründen dringend gebotene Zweiteilung der Hauptverhandlung schaffen³³.

b) Sehr viel schlechter bestellt ist es um die Einflußmöglichkeiten des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Anwesenheitsrechte stehen ihm allein bei den — die Ausnahme bildenden — richterlichen Vernehmungen, Augenscheins-einnahmen und der Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt zu. Der größte Teil der polizeilichen und staatsanwaltlichen Ermittlungen erfolgt hingegen unter bewußtem Ausschluß des Verteidigers. Hinzu kommt, daß ihm auch bis zum Abschluß der Ermittlungen die Einsicht in die Akten versagt werden kann. Diese Beschränkungen der Verteidigungsmöglichkeiten folgen zu einem großen Teil aus der Natur der Sache und sind deshalb im Interesse einer effektiven Strafverfolgung hinzunehmen. Nicht mehr verständlich ist es allerdings, daß die jüngsten Reformen die im Ermittlungsverfahren für den Verteidiger ohnehin schon geringen Einflußmöglichkeiten noch weiter erheblich eingeschränkt haben, daß sie z. B. die Rechtsinstitute des Schlußgehörs und der Schlußanhörung abgeschafft und bisher dem Richter vorbehaltenen und damit eine Mitwirkung des Verteidigers ermöglichende Ermittlungstätigkeiten dem Staatsanwalt übertragen haben. Der Hinweis, daß der Verteidiger in der Hauptverhandlung hinreichend Gelegenheit zur Verteidigung habe, vermag dies schwerlich zu rechtfertigen. Wie gering der Gesetzgeber selbst die Wirkungsmöglichkeiten eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren einschätzt, wird denn auch nicht zuletzt dadurch deutlich, daß er die Bestellung eines Pflichtverteidigers grundsätzlich erst nach Erhebung der Anklage für erforderlich hält und sie lediglich in Ausnahmefällen schon vorher zuläßt.

³³ Vgl. dazu Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 205 ff.; Ulmen, Das Schuldinterlokut, Diss. Bonn 1973, jeweils m. eingehenden Nachw.

c) Erheblich zum Nachteil des Beschuldigten verändert sich die Situation schließlich, wenn er — wie nicht selten aus finanziellen Gründen — auf einen Verteidiger verzichten muß. Das Rechtsinstitut der notwendigen Verteidigung vermag hier keineswegs immer einen Ausgleich zu schaffen³⁴. Denn erstens ist die Bestellung eines Pflichtverteidigers nur in bestimmten, abschließend aufgezählten Fällen vorgesehen, und zweitens ist auch heute noch nicht sichergestellt, daß zum Pflichtverteidiger stets nur ein solcher Anwalt bestellt wird, der das Vertrauen des Beschuldigten genießt.

4. Wenden wir uns abschließend dem Problem der mißbräuchlichen Rechtsausübung im Strafprozeß zu, so können wir — wie bereits dargelegt — zunächst feststellen, daß es eine legitime und notwendige Aufgabe des Gesetzgebers ist, dem Rechtsmißbrauch auch im Strafverfahren entgegenzuwirken. Der Rechtsstaat kann es nicht dulden, daß Beschuldigte und Verteidiger ihre Mitwirkungsrechte dazu mißbrauchen, um die Erreichung der dem Strafprozeß gesetzten rechtsstaatlichen Ziele zu vereiteln³⁵. Doch ist — ebenfalls aus rechtsstaatlichen Gründen — stets peinlich genau darauf zu achten, daß unter der Flagge der Mißbrauchsbekämpfung die dem Beschuldigten und seinem Verteidiger eingeräumten Befugnisse nicht ausgehöhlt werden. Diese Gefahr ist gerade hier in einem besonderen Maße gegeben, und zwar aus einem zweifachen Grund. Nämlich erstens, weil es Aufgabe des Verteidigers ist, in strenger Einseitigkeit allein die Interessen des Beschuldigten zu vertreten und das justizförmige Vorgehen des Gerichts und der anderen Strafverfolgungsorgane zu überwachen, es also z. B. geradezu seine Pflicht sein kann, dem Gericht hartnäckig zu widersprechen und damit ihm die Arbeit zu erschweren oder gar ein gerechtes und auf Wahrheit beruhendes Urteil zu verhindern, wenn und soweit dieses allein auf prozeßordnungswidrige Weise gewonnen werden könnte. Und weil zweitens die Mißbrauchskontrolle hier von Personen ausgeübt werden muß, die in ihrer Aufgabenerfüllung von dem (möglichen) Mißbrauch gerade betroffen sind. Rein formal ergibt sich daraus die Forderung nach einer klaren, die einzelnen Fälle des Mißbrauchs abschließend umschreibenden und die möglichen Sanktionen genau festlegenden gesetzlichen Regelung. Generalklauseln, die generell sich gegen Verfahrenssabotage richten, ohne diese abschließend zu definieren, sind daher von vornherein abzulehnen³⁶.

Materiell ist eine Mißbrauchsregelung darüber hinaus nur gerechtfertigt, wenn sie allein solche Verhaltensweisen der Verfahrensbeteiligten erfaßt, die *ausschließlich* verfahrensfremden Zwecken dienen, und wenn die von ihr zur Bekämpfung solcher Verhaltensweisen vorgesehenen Maßnahmen geeignet und erforderlich sind, den gesetzmäßigen Verlauf des Strafverfahrens zu gewährleisten, und zu ihrem Anlaß in einem angemessenen Verhältnis stehen.

³⁴ Zu Reformvorschlägen vgl. Hahn, Die notwendige Verteidigung im Strafprozeß, 1975, S. 100 ff.

³⁵ Vgl. dazu Weber GA 1975, S. 289 ff. m. eingehenden Nachw.

³⁶ So auch Weber, a. a. O.

Zulässig sind danach zweifellos zunächst Normen, die es dem Gericht beim eindeutigen Nachweis einer mißbräuchlichen Rechtsausübung gestatten, die mißbräuchliche Prozeßhandlung selbst als unzulässig zurückzuweisen. Normen dieser Art kennt unsere StPO seit eh und je. Genannt seien hier beispielhaft nur § 241 II, der es dem Vorsitzenden gestattet, ungeeignete und sachfremde Fragen zurückzuweisen, § 257 III, der bestimmt, daß Staatsanwalt und Verteidiger mit ihren Erklärungen nach einzelnen Beweiserhebungen ihren Schlußvortrag nicht vorwegnehmen dürfen, sowie die Normen, nach denen Richterablehnungen, Beweisanträge und Unterbrechungsanträge als unzulässig zurückzuweisen sind, wenn sie *ausschließlich* der Prozeßverschleppung dienen. Darüber hinaus erweist sich aus Gründen der Verfahrenssicherung aber auch die Befugnis des Gerichts als vollauf gerechtfertigt, den Angeklagten aus dem Sitzungszimmer zu entfernen oder für höchstens 24 Stunden in Ordnungshaft zu nehmen, wenn er den zur Aufrechterhaltung der Ordnung in der Sitzung getroffenen Maßnahmen nicht Folge leistet (§ 177 GVG). Gleiches gilt für die Regelung des § 231b, nach der in diesen Fällen, auch in Abwesenheit des Angeklagten, weiterverhandelt werden *kann*, wenn das Gericht seine fernere Anwesenheit nicht für unerlässlich hält und solange zu befürchten ist, daß die Anwesenheit des Angeklagten den Ablauf der Hauptverhandlung in schwerwiegender Weise beeinträchtigen würde. Die Interessen des Angeklagten werden hier dadurch hinreichend gewahrt, daß ihm auf jeden Fall Gelegenheit zu geben ist, sich zur Anklage zu äußern, und es schließlich allein in seiner Macht liegt, wieder generell an der Hauptverhandlung teilzunehmen.

Als problematisch erweist sich demgegenüber jedoch bereits die neugeschaffene Vorschrift des § 231a³⁷. Sie bestimmt, daß die Hauptverhandlung völlig ohne den Angeklagten durchgeführt werden kann und sogar muß, wenn dieser sich vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt und dadurch wissentlich die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptverhandlung in seiner Gegenwart verhindert und das Gericht seine Anwesenheit nicht für unerlässlich hält. Denn damit sieht unsere StPO erstmals — die NS-Zeit ausgenommen — in ihrer fast hundertjährigen Geschichte ein Abwesenheitsverfahren vor, in dem jede gesetzlich zulässige Strafe, also auch lebenslängliche Freiheitsstrafe, verhängt werden darf. Betroffen sind davon Beschuldigte, die durch einen fehlgeschlagenen Selbstmordversuch oder Selbstschädigungen, wie z. B. durch einen Hungerstreik, einen ihre Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Krankheitszustand herbeiführen oder sich etwa vor Verhandlungsbeginn betrinken, nicht dagegen Beschuldigte, die sich durch Flucht vorsätzlich und schuldhaft dem Verfahren entziehen. Wie einschneidend diese Neuerung für unser Strafprozeßrecht ist, wird deutlich, wenn wir uns erinnern, daß nach der bisherigen, inzwischen allerdings aufgehobenen Regelung ein Abwesenheitsverfahren nur gegen einen Beschuldigten, dessen Auf-

³⁷ Vgl. dazu Riess, JZ 1975, S. 265 ff.

enthalt unbekannt ist, und nur wegen solcher Straftaten möglich war, die mit einer Höchststrafe von bis zu sechs Wochen Haft bedroht sind, und daß die StPO in diesen Fällen zudem, weil sie einem Abwesenheitsverfahren mißtraute, die Wiederaufnahme des Verfahrens erheblich erleichterte. Es ist daher zu fragen, ob diese scharfe, die Verteidigung des Beschuldigten außerordentlich erschwerende Maßnahme tatsächlich in all den von § 231a erfaßten Fällen zur Sicherung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens notwendig ist und zu ihrem Anlaß in einem angemessenen Verhältnis steht. Durchgreifende Zweifel daran bestehen m. E. zunächst in den Fällen, in denen der die Verhandlungsfähigkeit ausschließende Krankheitszustand in einer angemessenen Frist oder, wie z. B. bei Trunkenheit, sogar innerhalb von nur 24 Stunden behoben werden kann. Bedenken sind ferner gegen die Auslegung des § 231a anzumelden, daß generell auch dann, wenn der Angeklagte nur drei bis vier Stunden pro Verhandlungstag verhandlungsfähig ist, gänzlich ohne ihn verhandelt werden muß. Denn auch in diesen Fällen dürfte es zumindest in der Regel unangemessen sein, nur um der Vermeidung einer vielleicht geringfügigen Verlängerung der Hauptverhandlung willen gänzlich ohne den Angeklagten zu verhandeln³⁸. Gerechtfertigt ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Regelung des § 231a erst dort, wo der Angeklagte sich wiederholt vorsätzlich und schuldhaft in einen seine Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Zustand versetzt, von vornherein auf Grund bestimmter Tatsachen der dringende Verdacht der Wiederholung besteht oder der Angeklagte seine Verhandlungsunfähigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg vorsätzlich und schuldhaft aufrechterhält³⁹. Für eine solche enge Regelung spricht auch der Grundsatz, daß der Angeklagte bis zu seiner Verurteilung als unschuldig zu vermuten ist und daher alle prozessualen Sanktionen so zu bemessen sind, daß sie sich auch gegenüber einem Unschuldigen noch als angemessen erweisen.

Schärfere Anforderungen sind schließlich an solche Mißbrauchsregelungen zu stellen, die bereits bei einem Verdacht mißbräuchlicher Rechtsausübung Sanktionen vorsehen. Bedeutung hat dies namentlich für den Ausschluß eines Verteidigers. Ich muß mich dabei jedoch auf einige wenige kritische Bemerkungen beschränken⁴⁰. Sie richten sich nicht gegen die Möglichkeit eines Verteidigerausschlusses überhaupt, sondern allein gegen das Ausmaß, in dem der Gesetzgeber ihn in § 138a angeordnet hat.

So ist es sicher notwendig, für den Fall des Teilnahmeverdachts eine Ausschlußregelung zu treffen. Doch ist zu fragen, ob in diesen Fällen nicht stets ein durch bestimmte Tatsachen begründeter *und* durch weitere Ermittlungen

³⁸ Vgl. dazu auch Riess, JZ 1975, S. 269.

³⁹ Empfehlenswert wäre es jedoch gewesen, die Möglichkeiten für eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu erleichtern.

⁴⁰ Umfassend zur Neuregelung des Verteidigerausschlusses vgl. z. B. Dahn jun., NJW 1975, S. 1385; Groß, NJW 1975, S. 422 ff.; Ulsenheimer, GA 1975, S. 103 ff.

bestätigter Verdacht zu fordern ist, also entgegen § 138a ein allein auf einige Indizien gestützter und noch nicht überprüfter Verdacht selbst dann nicht ausreicht, wenn er dringend sein sollte. Denn die Erfahrung lehrt immer wieder, daß nicht selten vor Durchführung der Ermittlungen einzelne Indizien einen hohen Verdachtsgrad begründen, der Verdacht sich aber bereits nach einigen Ermittlungen als haltlos erweist. Will man voreilige Verteidigerausschlüsse vermeiden — und dies scheint mir angesichts der einschneidenden Wirkungen und der vielfach gegebenen Irreparabilität des Verteidigerausschlusses geboten zu sein —, so muß man fordern, einen Verteidigerausschluß wegen des Verdachts der Beteiligung erst dann zuzulassen, wenn ein gewisser Abschluß der Ermittlungen erreicht ist, der Verdacht sich also nicht mehr nur auf eine punktuelle und noch unüberprüfte Tatsachenbasis gründet⁴¹.

Legitim ist es ferner, einen Verteidiger auszuschließen, der sein Recht auf ungehinderten und unkontrollierten Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten zur Begehung schwerer Straftaten mißbraucht. Doch geht es sicher zu weit, wenn ein Verteidiger bereits dann zwingend auszuschließen ist, wenn er dringend verdächtig ist, sein Verkehrsrecht auch nur zu einer einfachen Beleidigung mißbraucht zu haben. Wenn § 138a nur Straftaten genügen lassen will, die im Höchstmaß mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind, so ist dieser Versuch einer Eingrenzung als völlig unzulänglich zu bezeichnen. Denn ausgeschlossen sind damit lediglich fünf der im StGB geregelten Straftaten, nämlich Bannkreisverletzung (§ 106a), Fälschung von Wahlunterlagen (§ 107b), Ausübung verbotener Prostitution (§ 184a), Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel (§ 284a) und Kreditwucher (§ 302a).

Gänzlich abzulehnen ist schließlich § 138a Abs. 2 Nr. 2, der den Ausschluß eines Verteidigers vorschreibt, wenn er dringend verdächtig ist, den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu zu mißbrauchen, die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden. Dies folgt aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der besagt, daß zur Erreichung eines legitimen Zwecks stets nur das mildeste Mittel eingesetzt werden darf. Denn die Sicherheit einer Vollzugsanstalt läßt sich durch geeignete Vorbeugemaßnahmen beim Besuch der Anstalt in gleicher Weise sicherstellen wie durch den Ausschluß des verdächtigen Verteidigers⁴².

Damit ergibt sich auch hier das Bild, daß der Gesetzgeber in nicht unbeträchtlicher Weise über das zur Wahrung eines rechtsstaatlichen Verfahrens Notwendige und Angemessene hinausgegangen ist. Seine Erklärung dürfte dies wiederum darin finden, daß er seine Regelung einseitig unter dem Eindruck bestimmter Erscheinungen der jüngsten Vergangenheit verabschiedet hat.

⁴¹ So z. B. auch Ulsenheimer, GA 1975, 111.

⁴² So z. B. auch Ulsenheimer, GA 1975, 114.