

Gedächtnisschrift für
Karlheinz Meyer



Andy Perry

Gedächtnisschrift für
KARLHEINZ MEYER

Herausgegeben

von

Klaus Geppert und Diether Dehnicke



1990

Walter de Gruyter · Berlin · New York

© Gedruckt auf säurefreiem Papier, das die US-ANSI-Norm
über Haltbarkeit erfüllt.

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer / hrsg. von Klaus Geppert u. Diether Dehnicke. — Berlin ; New York : de Gruyter, 1990
ISBN 3-11-012415-7

NE: Geppert, Klaus [Hrsg.]; Meyer, Karlheinz: Festschrift

© Copyright 1990 by Walter de Gruyter & Co., D-1000 Berlin 30.

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Satz und Druck: Arthur Collignon GmbH, D-1000 Berlin 30.
Buchbinderische Verarbeitung: Lüderitz & Bauer GmbH, D-1000 Berlin 61.

Vorwort

Am 2. November 1988 verstarb in Berlin der Vorsitzende Richter am Kammergericht a. D. Karlheinz Meyer. Mit ihm hat die deutsche Strafrechtspflege eine eindrucksvolle Richterpersönlichkeit und die Strafrechtswissenschaft einen ihrer bedeutendsten Prozessualisten verloren. Seine großen Verdienste um die Strafrechtswissenschaft finden ihren Ausdruck vor allem in seinen Arbeiten als Kommentator und Autor bekannter Standardwerke, aber auch in einer Fülle wichtiger Veröffentlichungen in Zeitschriften, Festgaben und Sammelwerken.

Dem ehrenden Gedenken an Karlheinz Meyer ist diese Schrift in Dankbarkeit gewidmet. Sie möge die Erinnerung an diesen kenntnisreichen, scharfsinnigen und belesenen Praktiker, dessen sicheres Judiz und große richterliche Erfahrung durch sein literarisches Werk fortwirken werden, lebendig halten.

Die Herausgeber danken den Autoren — Kollegen aus Wissenschaft und Strafrechtspflege, die dem Verstorbenen beruflich oder persönlich besonders verbunden waren — für ihre Mitwirkung sehr herzlich. Dem Verlag Walter de Gruyter sei für seine verlegerische Betreuung ebenfalls herzlich gedankt.

Berlin, im Februar 1990

Die Herausgeber

Zum Gedenken an
KARLHEINZ MEYER

FRIEDRICH AMBS
CLEMENS AMELUNXEN
CLEMENS BASDORF
WERNER BEULKE
JOACHIM BOHNERT
WILFRIED BOTTKÉ
HANS DAHS
DIETHER DEHNICKE
ULRICH EISENBERG
GERHARD FEZER
WOLFGANG FRISCH
KLAUS GEPPERT
KARL HEINZ GÖSSEL
WALTER GOLLWITZER
JOACHIM HÄGER
PETER HENTSCHEL
GERHARD HERDEGEN
INGRID HEYLAND
HANS HILGER
HORST JANISZEWSKI
GERHARD JUNGFER
GÜNTHER KAISER

VOLKER KREY
ALBERT LORZ
KLAUS LÜDERSSEN
HEINZ-RUDOLF MÜLLER
HEINZ MÜLLER-DIETZ
WERNER NÖLDEKE
HARRO OTTO
RAINER PAULUS
KARL PETERS
REINHARD RIEGEL
PETER RIEß
KLAUS ROGALL
HANNSKARL SALGER
HANS-JÜRGEN SCHAAL
ELLEN SCHLÜCHTER
GERHARD STRATE
HANS-WOLFGANG TREPPE
HERBERT TRÖNDLE
THEO VOGLER
ULRICH WEBER
JÜRGEN WOLTER

Inhalt

DIETHER DEHNICKE, Dr. jur., Präsident des Kammergerichts a. D., Berlin: Karlheinz Meyer – Leben und Werk	1
---	---

I. Strafverfahren und Strafverfahrensrecht

FRIEDRICH AMBS, Leitender Oberstaatsanwalt, Konstanz: Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit, insbesondere im Bereich der Umweltkriminalität	7
--	---

CLEMENS BASDORF, Richter am Bundesgerichtshof, Berlin: Strafverfahren gegen der deutschen Sprache nicht mächtige Beschul- digte	19
---	----

WILFRIED BOTTKE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg: Polizeiliche Ermittlungsarbeit und Legalitätsprinzip	37
--	----

HANS DAHS, Dr. jur., Professor und Rechtsanwalt, Bonn: Die Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial und die Ausforschung der Verteidigung	61
--	----

GERHARD FEZER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg: Zur Struktur des Ausschließungsverfahrens gemäß §§ 138 a ff StPO . .	81
---	----

KLAUS GEPPERT, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin und Richter am Kammergericht: Die „qualifizierte“ Belehrung	93
--	----

KARL HEINZ GÖSSEL, Dr. jur., o. Professor an der Universität Erlan- gen–Nürnberg und Vorsitzender Richter am Landgericht München I: Gentechnische Untersuchungen als Gegenstand der Beweisführung im Strafverfahren	121
--	-----

WALTER GOLLWITZER, Dr. jur., Ministerialdirigent im Bayerischen Staats- ministerium der Justiz, München: Das Fragerecht des Angeklagten	147
---	-----

JOACHIM HÄGER, Richter am Bundesgerichtshof, Berlin: Zu den Folgen staatsanwaltschaftlicher in der Hauptverhandlung begangener Verfahrensfehler	171
GERHARD HERDEGEN, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Aufklärungspflicht — Beweisantragsrecht — Beweisantrag — Beweisermittlungsantrag	187
HANS HILGER, Dr. jur., Ministerialdirigent im Bundesministerium der Justiz, Bonn: Über den „Richtervorbehalt“ im Ermittlungsverfahren	209
GERHARD JUNGFER, Rechtsanwalt, Berlin: Sicherheitsleistung zur Verminderung der Verdunkelungsgefahr?	227
VOLKER KREY, Dr. jur., o. Professor an der Universität Trier und Richter am Oberlandesgericht Koblenz, Trier: Probleme des Zeugenschutzes im Strafverfahrensrecht	239
KLAUS LÜDERSSSEN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt: Der gefesselte Angeklagte	269
HEINZ-RUDOLF MÜLLER, Vorsitzender Richter am Kammergericht, Berlin: Zur Aufklärungspflicht bei Wahrunterstellung	285
WERNER NÖLDEKE, Dr. jur., Richter am Kammergericht, Berlin: Zur Vereinfachung des Rechtsschutzes gegen die Verwerfungsurteile nach § 329 Abs. 1 und 412 StPO	295
RAINER PAULUS, Dr. jur., Privatdozent an der Universität Würzburg und Richter am Amtsgericht: Beweisverbote als Prozeßhandlungshindernisse	309
KARL PETERS, Dr. jur. und Dr. phil. h. c., em. o. Professor an der Universität Tübingen, Münster: „Gericht“ und „Richter“ — Institution und Persönlichkeit	331
REINHARD RIEGEL, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn: Befugnisse zur Informationsverarbeitung für Zwecke der Strafver- folgung	345

PETER RIEß, Dr. jur., Professor und Ministerialdirektor im Bundesministerium der Justiz, Bonn:
 Über Subsidiaritätsverhältnisse und Subsidiaritätsklauseln im Strafverfahren 367

KLAUS ROGALL, Dr. jur., Professor an der Universität zu Köln:
 Der Augenscheinsgehilfe im Strafprozeß 391

HANNSKARL SALGER, Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Karlsruhe:
 Zur Bedeutung der Teilrechtskraft eines Freispruchs bei der Revision gegen eine Unterbringungsanordnung 413

HANS-JÜRGEN SCHAAL, Richter am Kammergericht, Berlin:
 Hinreichender Tatverdacht oder richterliche Überzeugungsbildung für den Strafbefehlserlaß? 427

ELLEN SCHLÜCHTER, Dr. jur., o. Professorin an der Universität Würzburg:
 Wider die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß 445

GERHARD STRATE, Dr. jur., Rechtsanwalt, Hamburg:
 Die Tragweite des Verbots der Beweisantizipation im Wiederaufnahmeverfahren 469

THEO VOGLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen:
 Auslieferung bei drohender Todesstrafe und Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) — Der Fall Soering vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) 477

JÜRGEN WOLTER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Regensburg:
 Menschenwürde und Freiheit im Strafprozeß 493

II. Materielles Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht

JOACHIM BOHNERT, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin:
 Beteiligung an notwendiger Beteiligung am Beispiel der Mietpreisüberhöhung (§ 5 WiStG) 519

WOLFGANG FRISCH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim:
 Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfeststellung am Beispiel der AIDS-Diskussion 533

ALBERT LORZ, Dr. jur., Vizepräsident des Bayerischen Obersten Landesgericht i. R., München: Das Strafrecht und die Tiere	567
HARRO OTTO, Dr. jur. Dr. h. c., o. Professor an der Universität Bayreuth: Der vorsatzausschließende Irrtum in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	583
HERBERT TRÖNDLE, Dr. jur., Professor und Präsident des Landgerichtes Waldshut i. R., Waldshut: Verwaltungshandeln und Strafverfolgung — konkurrierende Instrumente des Umweltrechts?	607
ULRICH WEBER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Probleme der Strafvereitelung (§ 258 StGB) im Anschluß an Urheberstraftaten (§§ 106 ff UrhG)	633

III. Strafrechtsgeschichte — Kriminalpolitik und Kriminologie — Strafvollzug — Straßenverkehrsrecht

CLEMENS AMELUNXEN, Dr. jur., Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Düsseldorf: Der Prozeß des Herzogs von Enghien: Justizmord — Fehlurteil — Staatsnotwehr?	643
HANS-WOLFGANG TREPPE, Generalstaatsanwalt beim Landgericht Berlin a. D.: Geschichtliche Entwicklung der Staatsanwaltschaft in Berlin	661

*

WERNER BEULKE, Dr. jur., o. Professor an der Universität Passau: Brauchen wir eine Wende im Jugendstrafrecht?	677
ULRICH EISENBERG, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Aspekte des Verhältnisses zwischen „Kriminalpädagogik“ und Strafrechtspraxis	699
GÜNTHER KAISER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Zürich und Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau: Übermittlung und Verwendung von Informationen aus Strafverfahrensakten und -dateien für Forschungszwecke	715

HEINZ MÜLLER-DIETZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität Saarbrücken:

Kriminalprävention zwischen (Resozialisierungs-) Chance und (Kriminalitäts-) Risiko — am Beispiel des § 183 Abs. 3 StGB 735

*

INGRID HEYLAND, Richterin am Kammergericht, Berlin:

Zulässigkeit der Benutzung von Sichtspionen im Strafvollzug 765

*

PETER HENTSCHEL, Richter am Amtsgericht, Köln:

Die Teilnahme am inländischen Kraftfahrzeugverkehr mit ausländischen Führerscheinen 789

HORST JANISZEWSKI, Ministerialrat im Bundesministerium der Justiz, Bonn:

Die obergerichtliche Rechtsprechung im Dienste der Verkehrssicherheit 821

IV. Bibliographie

Verzeichnis der Schriften von Karlheinz Meyer
(zusammengestellt von Klaus Geppert) 839

Karlheinz Meyer — Leben und Werk

DIETHER DEHNICKE

Karlheinz Meyer wurde 1922 in Berlin als Sohn eines Bankkaufmanns und dessen jüdischer Ehefrau geboren. Er wollte eigentlich Maschinenbauer werden, durfte aber aus rassischen Gründen nicht studieren und absolvierte deshalb eine Banklehre. Da er auch in diesem Beruf keine Anstellung bekam, arbeitete er in einer Buchgemeinschaft. Erst das Kriegsende und der Zusammenbruch des NS-Regimes brachten für ihn — den bislang Verfemten — die Befreiung zu eigenverantwortlicher Entscheidung. Im März 1946 begann er das Studium der Rechtswissenschaft an der Berliner Humboldt-Universität, das er im Juli 1949 mit der 1. Staatsprüfung abschloß. Nach der 2. Staatsprüfung im März 1952 trat er in den Berliner Justizdienst ein. Er arbeitete — seinem Wunsch entsprechend — überwiegend in Strafkammern des Landgerichts, wurde im Juni 1954 zum Landgerichtsrat, im August 1960 zum Kammergerichtsrat und im Februar 1966, also mit 43 Jahren, zum Senatspräsidenten am Kammergericht ernannt.

Von Anfang an galt seine Neigung dem Strafrecht. Die Probleme um Schicksal und Willensfreiheit, die uralten Menschheitsfragen nach Schuld und Sühne fesselten, ja faszinierten den jungen Juristen. Gerade weil er transzendentalen Wertvorstellungen gänzlich abhold war und an das Walten einer göttlichen Gerechtigkeit nicht glauben mochte, war für ihn die Aufrechterhaltung der von den Menschen in ihrem Gesetz beschlossenen Ordnung ein zwingendes Gebot praktischer Vernunft. Es erscheint folgerichtig, wenn *Karlheinz Meyer* von diesem Ausgangspunkt her (den er selbst als selbstverständlich bezeichnen würde) frühzeitig und mit wachsender Intensität sich der weiteren, für ihn ungleich wichtigeren Frage zuwandte, wie denn und auf welchem Wege und mit welchen Mitteln das Ergebnis — wie auch immer es aussehen mochte — zu erreichen wäre. Für den Rationalisten war der Weg zum Strafprozeßrecht von gewisser Zwangsläufigkeit.

Schon frühzeitig ist *Karlheinz Meyer* mit Besprechungen obergerichtlicher Urteile hervorgetreten. Seine 157 Nummern umfassende Bibliographie weist allein deren 67 aus. Sie zeichnen sich durch Scharfsinn und wache Kritik, aber auch durch die Klarheit und Präzision seiner

Darstellung aus; überwiegend ging es dabei um Verfahrensfragen. Auch die Zahl seiner Rezensionen ist stattlich.

Wer *Karlheinz Meyer* kannte, wird nicht überrascht sein festzustellen, daß sein kritisches Augenmerk zunächst den Arbeiten anderer galt, bevor er eigene Arbeiten, dann allerdings auch in rascher Folge, publizierte. 1973 erschien seine Kommentierung des Revisionsrechts (§§ 333–358 StPO) in der 22. Auflage des Kommentars von *Löwe-Rosenberg*; 1976 in der 23. Auflage, die Kommentierung der Vorschriften über Sachverständige und Augenschein (§§ 72–93 StPO), über Zeugen (§§ 48–71 StPO), über Durchsuchung und Beschlagnahme (§§ 94–111n StPO) sowie über die Vernehmung des Beschuldigten (§§ 133–136a StPO) und 1977 erneut die Kommentierung des Revisionsrechts sowie des Wiederaufnahmeverfahrens (§§ 333–373a StPO). Im selben Jahr beteiligte er sich erstmals an der Kommentierung der Strafrechtlichen Nebengesetze in dem Sammelwerk von *Erbs-Kohlbaas*, eine Arbeit, der er sich besonders zugetan wußte. 1983 veröffentlichte er die völlige Neubearbeitung des Kommentars zur Strafprozeßordnung von *Schwarz-Kleinknecht* in der 36., 1984 in der 37. und 1987 in der 38. Auflage. Die 39. Auflage von 1989 war nahezu abgeschlossen, als ihm der Tod die Feder aus der Hand nahm.

Aber auch anderes fand sein Interesse, wie die Monographie über Demonstrations- und Versammlungsrecht zeigt, 1984 in der 1. und 1986 in der 2. Auflage; ferner die Schrift über das Personenbeförderungsrecht (1986). Sein gewaltigstes Werk ist fraglos die völlige Neubearbeitung der Monographie von *Alsberg-Nüse* über den „Beweisantrag im Strafprozeß“, die *Karlheinz Meyer* 1983 in der 5. Auflage herausbrachte. Die in- und ausländische Presse preist diese Arbeit als Jahrhundertwerk, lobt die bewundernswerte Akribie, die Überfülle von Informationen, eine nicht mehr zu steigernde Vollständigkeit und die bestechende Übersichtlichkeit, kurzum: das Standardwerk über das „Beweisproblem als Zentralproblem des Strafprozesses“.

Man ist versucht zu sagen, *Karlheinz Meyer* habe sich mit dieser Arbeit sein eigenes Denkmal gesetzt. Könnte er dies hören oder lesen, würde er sich bestimmt freuen; denn ein gefestigtes Selbstbewußtsein war ihm nicht fremd. Aber er war zu klug, um nicht zu wissen, daß die Arbeit des Juristen, jedes Juristen für nicht mehr gilt, als für den Tag und für seine Zeit.

Vielleicht war diese Einsicht für *Karlheinz Meyer* Anlaß zu mancherlei spöttischer Distanz. Dabei mochte er seine Zeitgenossen, denen er sowohl offene Kritik als auch verhaltene Zuneigung entgegenbrachte. Die Zusammenarbeit mit ihm in der Gewissens- und Entscheidungsgemeinschaft der Spruchkörper, denen er angehörte, war für jeden, der dabei sein durfte, täglicher Gewinn. Er suchte die Nähe anderer und

fühlte sich in ihrem Kreise wohl. Er war ein geistreicher und amüsanter Gesellschafter, voller Geschichten und Anekdoten, dabei schlagfertig, mit raschem Witz begabt und zuweilen nicht ohne Ironie.

Es sollte indes nicht unsere Sache sein, letzten Rätseln dieser nicht einfachen Persönlichkeit nachzuspüren, Chiffren deuten zu wollen, von denen wir nicht wissen, ob *Karlheinz Meyer* sie selbst für sich hat entziffern können oder ob er sie mitgenommen hat, in der einsamen Stunde seines Todes.

Was uns bleibt, die wir ihm in Freundschaft und Respekt begegnet sind, ist dies: Erinnerung und ehrendes Gedenken. Deshalb ist ihm diese Schrift gewidmet.

Teil I
Strafverfahren und Strafverfahrensrecht

Das Legalitätsprinzip auf dem Prüfstand der Rechtswirklichkeit, insbesondere im Bereich der Umweltkriminalität

FRIEDRICH AMBS

I.

Das Legalitätsprinzip als eine der Grundlagen rechtsstaatlicher Strafverfolgung wird in zunehmendem Maße in Frage gestellt. Gesetzgeber¹, Rechtsprechung² und Rechtswissenschaft³ beschäftigen sich damit, immer weitergehende Ausnahmen von diesem Strafverfolgungsprinzip zu schaffen bzw. außergesetzliche Umgehungsmaßnahmen der Strafverfolgungsorgane und anderer Stellen anzuprangern oder zu rechtfertigen. *Baumann* hat dem Legalitätsprinzip bereits 1972 einen Grabgesang gewidmet⁴. Das Geflecht von verfahrensrechtlichen und materiellrechtlichen Opportunitätsbestimmungen, sogenannter informeller Reaktionen der Strafverfolgungsbehörden, Prozeßabsprachen zwischen den Verfah-

¹ z. B. die zeitlich und verfahrensgegenständlich begrenzte Kronzeugenregelung in Art. 4 des Ges. vom 9. 6. 1989 (BGBl. I, 1059).

² OLG Hamburg NJW 1988, 2630 betr. die Außerkraftsetzung des Legalitätsprinzips durch äußeren Druck — hier: Straftaten in der Hamburger Hafenstraße; BGH NJW 1988, 96.

³ *Faller*, Verfassungsrechtliche Grenzen des Opportunitätsprinzips im Strafprozeß, in Festschrift für Maunz (1971) S. 69 ff; *Hanack*, Das Legalitätsprinzip und die Strafrechtsreform, in Festschrift für Gallas (1973) S. 339 ff; *Peters*, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in Festschrift für Welzel (1974) S. 415 ff; *Gössel*, Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in Festschrift für Dünnebier (1982) S. 121 ff; *Rieß*, Legalitätsprinzip — Interessenabwägung — Verhältnismäßigkeit, in Festschrift für Dünnebier (1982) S. 149 ff; *Hobe*, Geringe Schuld und öffentliches Interesse in den §§ 153 und 153 a StPO, in Festschrift für Leverenz (1983) S. 629 ff; *Schaffstein*, Überlegungen zur Diversion, in Festschrift für Jescheck (1985) S. 337 ff; *Heinz*, Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland, in Festschrift für Jescheck (1985) S. 955 ff; 10. Triberger Symposium des Ministeriums für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg (1989) mit dem Thema: „Ist das Legalitätsprinzip noch zeitgemäß“; *Schmidt-Jortzig*, Möglichkeiten einer Aussetzung des strafverfolgerischen Legalitätsprinzips der Polizei, NJW 1989 S. 129 ff.

⁴ *Baumann*, Grabgesang für das Legalitätsprinzip, ZRP 1972, 273.

rensbeteiligten und dem Gericht u. a. macht die Strafverfolgung zunehmend unkontrollierbarer.

Die Geschichte des Legalitätsprinzips in Deutschland ist die Geschichte seiner zunehmenden Einschränkung bzw. seines Zerfalls⁴. Das reine oder ideale Legalitätsprinzip, das der Reichsgesetzgeber mit der Reichsstrafprozeßordnung 1877 in Deutschland einführte, forderte noch die vollständige und lückenlose Strafverfolgung⁵. Dies entsprach der damals vorherrschenden hegelianischen Auffassung von der Absolutheit des Staates. Nach dem heute geltenden instrumentellen Staatsbegriff ist das Legalitätsprinzip als bloße grundsätzliche Verfolgungspflicht zu verstehen, die gesetzlich normierte Ausnahmen zuläßt⁶. Außergesetzliche Ausnahmen von dieser Verfolgungspflicht der Strafverfolgungsbehörden, dem ein Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft entspricht, sind hingegen rechtswidrig. Sie untergraben das Vertrauen der Bürger in die Zuverlässigkeit der Strafverfolgungsorgane. Die Bürger haben auf eigene Gewaltanwendung zu ihrem Schutze als Reaktion auf Straftaten dritter Personen verzichtet und das Gewaltmonopol des Staates anerkannt⁷.

Das Legalitätsprinzip ist sowohl im Rechtsstaatsprinzip als auch im Gleichheitssatz verfassungsrechtlich verankert⁸. Es ist daher mehr als nur ein Ordnungsprinzip. Es begründet für die Strafverfolgungsbehörden in erster Linie ein Willkürverbot. Die auf dem Rechtsstaatsprinzip beruhenden Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Interessenabwägung und der effektiven Strafrechtspflege können jedoch im Einzelfall zu dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung in ein Spannungsverhältnis treten und Rechtskonflikte schaffen. Da diese verfassungsrechtlich geschützten Prinzipien alle gleichrangig sind und das Grundgesetz keine Regelung enthält, welchem dieser Prinzipien im Kollisionsfall der Vorrang gebührt, kann der Gesetzgeber unter Beachtung des Rechtsgüterschutzes im Einzelfall Ausnahmen von der Verfolgungspflicht zulassen. Außerhalb der gesetzlich geregelten Fälle (z. B. §§ 153 ff StPO) ist jedoch ein Verzicht auf die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches verfassungswidrig⁸. Zweckmäßigkeitserwägungen allein können das Legalitätsprinzip nicht außer Kraft setzen.

Wesentlich anders würde sich zwar die objektive Rechtslage nicht darstellen, wenn anstelle des Legalitätsprinzips ein gebundenes Opportunitätsprinzip träte, da auch dieser Strafverfolgungsgrundsatz den sel-

⁵ *Gössel* in Festschrift für Dünnebieber (1982) S. 121, 126.

⁶ *Gössel* in Festschrift für Dünnebieber (1982) S. 121, 130.

⁷ *Rieß* in Festschrift für Dünnebieber (1982) S. 149, 158.

⁸ BVerfGE 46, 215, 223; 49, 24, 57.

ben verfassungsrechtlichen Grundsätzen unterliegt⁹. Die Rechtswirklichkeit der Strafverfolgung würde sich jedoch im Falle der Anwendung des Opportunitätsprinzips wesentlich verändern im Sinne einer zunehmenden Schwerpunktbildung bei der Verfolgung besonderer Deliktsbereiche, wie z. B. der organisierten Kriminalität.

Weiterhin würde es zu einer Beschränkung der Strafverfolgung in bestimmten Deliktsbereichen wie der Eigentums- und Vermögenskriminalität im Bagatellbereich und zunehmend auch im mittleren Bereich, wie auch zu einer Einschränkung der Strafverfolgung von Betäubungsmittelkonsumenten führen.

II.

In den Ostblockstaaten hat sich überwiegend das Legalitätsprinzip durchgesetzt. In dreizehn von dreiundzwanzig Mitgliedsstaaten des Europarates findet hingegen das Opportunitätsprinzip Anwendung.

In der Bundesrepublik Deutschland ist das Legalitätsprinzip überwiegend verfahrensrechtlich ausgestaltet (§§ 153 ff StPO), in Österreich hingegen materiell-rechtlich. Entsprechendes gilt für das in den §§ 45 und 47 JGG geregelte Subsidiaritätsprinzip.

Das Legalitätsprinzip fordert die umfassende und lückenlose Erledigung der Kriminalität durch die Strafverfolgungsorgane¹⁰. Es erfaßt daher die Strafverfolgung von der Ermittlung strafbarer Handlungen über die Aburteilung bis hin zur Vollstreckung der deswegen ausgesprochenen Sanktionen und der endgültigen Erledigung, unter Ein-schluß etwaiger Rechtsmittel- und Wiederaufnahmeverfahren¹¹. Es begründet für die Staatsanwaltschaft und die Polizei zunächst die Pflicht, bei hinreichendem Anfangsverdacht einer Straftat die zur Aufklärung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen unverzüglich durchzuführen bzw. zu veranlassen (§ 152 Abs. 2 SPO).

III.

Bei sogenannten Vorfeldermittlungen, die von Strafverfolgungsbehörden getätigt werden, um festzustellen, ob überhaupt ein hinreichender Anfangsverdacht einer Straftat zur späteren Einleitung eines Ermittlungsverfahrens vorliegt, findet das Legalitätsprinzip keine Anwen-

⁹ Rieß in Festschrift für Dünnebieber (1982) S. 149, 163.

¹⁰ Zipf in Festschrift für Peters (1974) S. 487, 493.

¹¹ Gössel in Festschrift für Dünnebieber (1982) S. 121, 130.

derung. Es steht vielmehr in ihrem Ermessen, ob sie derartige Vorfeldermittlungen überhaupt durchführen wollen. Vorfeldermittlungen betreffen nicht selten den Präventivbereich der Polizei, der außerhalb staatsanwaltschaftlicher Zuständigkeit liegt. Gleiches gilt für die Zuständigkeit der Nachrichtendienste im Vorfeldbereich bestimmter Staatsschutzdelikte, deren Aufklärungstätigkeit keinen hinreichenden Anfangsverdacht solcher Straftaten voraussetzt. Eine gesetzliche Regelung dieser sogenannten Vorfeldermittlungen in der StPO, wie sie zur Zeit erwogen wird, wäre wenig sachdienlich. Zwangsmaßnahmen nach der StPO, die in Rechte von Personen eingreifen, sind ohnehin nur zulässig bei mindestens hinreichendem Anfangsverdacht einer Straftat unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vorfeldermittlungen außerhalb des Präventivbereichs der Polizei und der Zuständigkeit der Nachrichtendienste sind daher auf die Beschaffung auch den Strafverfolgungsbehörden allgemein zugänglicher Tatsachen beschränkt. Vernehmungen von Zeugen nach den Regeln der StPO sind dabei ebensowenig zulässig wie Beschlagnahmen, Durchsuchungen u. a. Die sogenannten informatorischen Befragungen von Personen durch die Polizei im Rahmen ihrer Strafverfolgungszuständigkeit sind häufig unzulässige Umgehungsversuche der für die Vernehmung von Zeugen vorgesehenen Bestimmungen der StPO mit der nicht seltenen Folge eines Verwertungsverbotes¹². Die StPO ist eine Prozeßordnung und kein allgemeines Regularium für die Beschaffung von Verdachtsgründen zur Aufspürung vermuteter Straftaten. Es besteht keine Notwendigkeit, die Staatsanwaltschaft in weitergehendere Vorfeldermittlungszuständigkeiten einzubinden als bisher üblich, z. B. die Auswertung von Konkursakten. Dies gilt auch für den Einsatz verdeckter Ermittler oder von V-Leuten im Vorfeldbereich eventuell nachfolgender gezielter Ermittlungshandlungen zur Aufklärung einer bestimmten Straftat.

IV.

In der Rechtswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland hat sich das Legalitätsprinzip in bestimmten Teilbereichen der Strafverfolgung weitgehend und in zunehmendem Maße verabschiedet.

1. Die Strafverfolgung auf dem Gebiet der Diebstahlskriminalität im Bagatellbereich wie auch im mittelschweren Bereich, gleiches gilt auch für Sachbeschädigungen, ist auf die im Verhältnis zur Gesamtzahl

¹² BGHSt. 29 S. 230.

geringen Anzahl von Fällen beschränkt, bei denen der Täter ohne große Nachforschungen ermittelt wurde. Bei den aufgeklärten Straftaten dieser Art fallen die Kaufhausdiebstähle besonders ins Gewicht. Die Kaufhausdiebe werden in den bekanntgewordenen Fällen zu nahezu hundert Prozent ermittelt. Was in diesem Bereich an Straftaten unbekannt geblieben ist, ergibt zwar eine beträchtliche Dunkelziffer, jedoch keine bei der Polizei und der Staatsanwaltschaft anfallenden Ermittlungsvorgänge, die sich in einer negativen Strafverfolgungstatistik niederschlagen.

Nicht ermittelt wird jedoch grundsätzlich eine Vielzahl der Täter von Fahrrad- und Mopeddiebstählen, von Diebstählen aus Kraftfahrzeugen und Wohnräumen u. a. Bei den Staatsanwaltschaften in Baden-Württemberg wird schon seit längerer Zeit eine nahezu gleich große Anzahl von Straftaten nicht ermittelter Täter (unbekannt) wie von bekannten Tätern registriert. Bei den nicht aufgeklärten Straftaten handelt es sich überwiegend um Eigentumsdelikte. Da die Beschuldigten, die einer Straftat verdächtigt werden, auch dann zu registrieren sind, wenn gegen sie von vornherein kein Tatverdacht besteht¹³ oder der Tatverdacht durch Ermittlungen widerlegt wird, und die überwiegende Anzahl der Strafanzeigen gegen bekanntgewordene Beschuldigte mangels ausreichenden Tatverdachts nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wird, ergibt sich ein beträchtliches Mißverhältnis zwischen der verhältnismäßig geringen Anzahl der zur Anklage gebrachten oder nach § 153 ff StPO bzw. 45, 47 JGG behandelten Fälle und der tatsächlich begangenen Straftaten. Denn im Gegensatz zu den registrierten Straftaten bekannter Beschuldigter ist bei nahezu allen Strafanzeigen gegen Unbekannt, von einigen mit Hilfe dieser Anzeigen sich anbahnenden Versicherungsbeitragsfällen einmal abgesehen, begründeter Tatverdacht gegeben. In den meisten dieser Fälle sind nach Anhörung des Geschädigten die Ermittlungen damit bereits beendet, da die Feststellung des Täters mit einem im Vergleich zum geschützten Rechtsgut unverhältnismäßig großen Ermittlungsaufwand verbunden wäre. Der Vorgang wird daher von der Polizei zur Registrierung und Einstellung des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft abgegeben. Diese Vorgänge werden bei der Staatsanwaltschaft lediglich verwaltet.

Diese Verfahrensbehandlung wird dem Legalitätsprinzip unter dem verfassungsrechtlichen Aspekt der Gleichbehandlung nicht mehr gerecht, auch wenn sie letztlich der Ermittlungskapazität der Strafverfolgungsbehörden entspricht. Da es sich dabei um eine durch Ermittlungsschwerpunktbildung bewirkte weitgehende, partielle Untätigkeit der

¹³ AV des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 12. 1. 1967, Die Justiz 1967 S. 47.

Strafverfolgungsbehörden handelt, bedarf es hier einer grundsätzlichen Neuregelung der Strafverfolgungsgrundsätze. Eine Möglichkeit zur Wiederbelebung der Rechtsstaatlichkeit und des Gleichheitsgrundsatzes bei der Strafverfolgung wäre neben der Einführung des Opportunitätsprinzips anstelle des Legalitätsprinzips der von *Baumann* bereits vorgeschlagene Weg der Verfolgung solcher Taten als Ordnungswidrigkeiten¹⁴. Dort findet das Opportunitätsprinzip bereits Anwendung. Eine allgemeine Behandlung dieser zahlreichen nicht aufgeklärten Diebstähle nach § 153 StPO würde den Anforderungen an eine rechtsstaatliche Strafverfolgung nicht mehr gerecht werden. Der Widerstand gegen eine derartige Verfahrensweise wegen der hohen Dunkelziffer bei Warenhausdiebstählen ist nicht überzeugend. Die Selbstschutzeinrichtungen der Warenhäuser könnten noch erweitert und verfeinert werden. Die Behandlung und Stigmatisierung erappter Warenhausdiebe ist im allgemeinen derartig drastisch und nachhaltig, daß sich in nicht wenigen Fällen das Täter—Opfer—Verhältnis ins Gegenteil verkehrt und die Verfahren bei Ersttätern häufig schon deswegen nach § 153 StPO eingestellt werden.

2. Eine weitere Schwächung des Legalitätsprinzips bewirken in zunehmendem Maße die auch hier praktizierten und vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich für zulässig erklärten Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht im Strafprozeß mit der vom Bundesgerichtshof entwickelten Rechtsfolge eines Revisionsgrundes, wenn sich das Gericht im Urteil nicht an die mit dem Vorsitzenden getroffene Absprache über die vereinbarte Strafhöhe hält, ohne den Verteidiger zuvor darauf hingewiesen zu haben¹⁵. Solche Absprachen haben grundsätzlich eine für den Angeklagten einträgliche Verkürzung des staatlichen Strafanspruchs zur Folge. Sie stellen die §§ 154, 154 a StPO auf den Kopf. Der Angeklagte legt im Zusammenwirken mit dem Verteidiger in den meisten dieser Fälle vereinbarungsgemäß ein „qualifiziertes Geständnis“ ab und erhält eine geringere Strafe¹⁶. Dafür haben Staatsanwaltschaft und Gericht keinerlei Beweisführungsprobleme mehr. Die Verfahrensdauer wird erheblich abgekürzt und das

¹⁴ BVerfG NStZ 1987 S. 419.

¹⁵ BGH NJW 1989 S. 2270.

¹⁶ Dies entspricht meinen eigenen Erfahrungen als früherer Leiter der Schwerpunktabteilung für die Verfolgung von Wirtschaftsstrafdelikten bei der StA Mannheim; *Schünemann*, Die Verständigung im Strafprozeß — Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung, NJW 1989 S. 1895; *Gatzweiler*, Die Verständigung im Strafprozeß — Standortbestimmung eines Strafverteidigers, NJW 1989 S. 1903 mit weiteren Nachweisen.

Urteil rechtskräftig. Alle haben gewonnen. Verloren hat dabei nur das Legalitätsprinzip.

Bei diesen einvernehmlichen Verfahrenserledigungen werden in nicht wenigen Fällen dem Gericht sowohl von der Staatsanwaltschaft als auch von dem Verteidiger „zur Erhellung der Verfahrenslage vertrauensvoll“ auch sogenannte Hintergrundkenntnisse mitgeteilt. Eine derartige vertrauensvolle Zusammenarbeit läßt sich jedoch nur schwer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbaren. Es entspricht vielmehr der Unabhängigkeit eines Gerichts, daß ihm zur Entscheidung eines Falles nur gerichtsverwertbare Tatsachen und nicht auch nicht verwertbare Hintergrundkenntnisse unterbreitet werden, auch wenn dies noch so vertrauensvoll geschieht. Es steht zwar außer Zweifel, daß auch der Strafprozeß möglichst prozeßökonomisch und zugleich effizient geführt werden muß. Ein über mehrere Jahre andauernder Strafprozeß in einer schwierigen Wirtschaftsstrafsache wirft nicht nur die Frage nach seiner prozeßökonomischen Vertretbarkeit auf. Rechtsstaatlich vertretbare Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten über Schuldbekennnis und Strafe, die dazu dienen, die Verfahrensdauer abzukürzen, müssen daher in engen Grenzen zulässig sein, zumal da sich eine überlange Verfahrensdauer grundsätzlich nur zugunsten des Angeklagten auswirkt. Problematisch ist jedoch der Umfang der Beteiligung der Gerichte an solchen Absprachen und das Maß der Verbindlichkeit solcher Zusagen gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Die o. a. Entscheidung des BGH¹⁵ zu dieser Frage löst diese Probleme nicht.

Ein Verfahren ähnlicher Art, das „plea bargaining“, jedoch mit wesentlich geringerer Gerichtseteiligung, wird in den USA praktiziert. Dieses Verfahren entspricht etwa dem Vergleich im Zivilprozeß. Dabei verhandeln Staatsanwalt und Verteidiger des Angeklagten über die Anklage und die Strafe¹⁷. In einigen Bundesstaaten der USA ist die Beteiligung des Gerichts an diesen Verhandlungen ausdrücklich untersagt. Der größte Ermessensspielraum dabei kommt dem Staatsanwalt zu. Die weit überwiegende Anzahl solcher Vereinbarungen zwischen Staatsanwalt und Verteidiger über das Schuldbekennnis und die Strafe des Angeklagten, die in den USA als unverzichtbarer Bestandteil einer funktionierenden Strafrechtspflege gehalten werden, werden von den Gerichten akzeptiert¹⁷. Dies führt gelegentlich dazu, daß die Staatsanwälte dort ihre Anklagen aufblähen, um bei diesen Absprachen durch im voraus einkalkulierte Abstriche mit Hilfe des Verteidigers ein Schuldbekennnis des Angeklagten zu erwirken, auf das die Staatsanwälte von vornherein abzielten. Ein solches Verfahren entspricht sicher noch

¹⁷ *Massaro*, Das amerikanische plea-bargaining-System — staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung, *StV* 1989, S. 454.

weniger dem deutschen Verständnis von einer fairen Strafverfolgung. So wäre es denn kaum vorstellbar, daß ein deutsches Gericht, im Gegensatz zu einem amerikanischen, das Schuldbekennnis eines Angeklagten auch dann als ausreichende Beweisgrundlage für eine Verurteilung bewertete, wenn dieser gleichzeitig behauptet, unschuldig zu sein¹⁸. Es führt jedoch kein Weg an der Erkenntnis vorbei, daß auch hier getätigte Absprachen in Strafprozessen über Umfang des Schuldbekennnisses und die Strafhöhe sich mit dem Legalitätsprinzip schwerlich vereinbaren lassen.

3. Zunehmende Bedeutung bei der Strafverfolgung Jugendlicher in der Bundesrepublik Deutschland gewinnt die sogenannte Diversion. Es handelt sich dabei um eine Verfahrensart, die abweichend von dem normalen Strafverfahren darauf abzielt, Freiheitsstrafen durch informelle Maßnahmen als Reaktion auf bestimmte Straftaten Jugendlicher zu ersetzen¹⁹. Sie beruht auf der Annahme, Kriminalität entstehe auch durch Kriminalisierung Jugendlicher, d. h. durch Strafverfolgung der jugendlichen Straftäter. Der Verzicht auf formelle Reaktionen durch die Strafverfolgungsbehörden bewirke bei einem bestimmten Täterkreis jugendlicher Straftäter hingegen eine Kriminalprävention. Diese Strategie zur Verhinderung von Strafe und damit auch von neuer Straffälligkeit diene sowohl der Justizentlastung als auch der Entstigmatisierung des Verfahrens und der Rechtsfolgen für jugendliche Straftäter¹⁹. Die Durchführung des Diversionsverfahrens soll nach Meinung einer Minderheit möglichst aus den Händen der Staatsanwaltschaft und des Gerichts genommen werden.

Dieses Mittel zur Bekämpfung der Jugendkriminalität wurde in den siebziger Jahren in den USA entwickelt und fand dort rasche Verbreitung. In der Bundesrepublik Deutschland fand es zwischenzeitlich, wie auch zuvor schon andere aus den USA übernommene Bekämpfungsstrategien gegen Jugendkriminalität, Nachahmung, wobei jedoch einige der entwickelten Diversionsmodelle wenig vertrauenserweckend erscheinen²⁰. In den USA hat das Diversionsverfahren schon vor Jahren seinen Höhepunkt überschritten und zwischenzeitlich an Bedeutung verloren. Vorherrschend in der Strafzwecklehre ist dort zur Zeit in Abkehr vom Diversionsgedanken die Lehre von der gerechten Strafe.

¹⁸ *Massaro*, StV 1989 S. 454, 457 Fn. 25.

¹⁹ *Heinz*, Neue ambulante Maßnahmen nach dem JGG in Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform 1987 S. 129 ff; *ders.* Neue Formen der Bewährung in Freiheit in der Sanktionspraxis der Bundesrepublik Deutschland, in Festschrift für Jescheck (1985) S. 955 ff.

²⁰ *Schaffstein* in Festschrift für Jescheck (1985) S. 937 ff.

Diversion, d. h. Umlenkung von Reaktionsweisen auf Straftaten Jugendlicher, wird heute in Deutschland flächendeckend, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität praktiziert. Durch dieses Verfahren wird das Legalitätsprinzip nachhaltig durchbrochen. Seine gesetzliche Verankerung im JGG, die einmal vorgesehen war, ist in absehbarer Zeit nicht zu erwarten. Als gesetzliche Grundlage hält man die §§ 45 und 47 JGG für ausreichend.

V.

Besondere Beachtung muß dem Strafverfolgungsdefizit auf dem Gebiet des Umweltstrafrechts beigemessen werden. Eine Ursache dafür ist die ungenügende Beachtung und Ausgestaltung des Legalitätsprinzips.

Verstöße gegen Umweltschutzbestimmungen werden überwiegend zunächst anderen Stellen als der Polizei oder der Staatsanwaltschaft bekannt. Die Strafverfolgungsbehörden sind daher zur Verfolgung von Umweltstraftaten grundsätzlich darauf angewiesen, von den Verwaltungsbehörden entsprechend unterrichtet zu werden, was nur in eingeschränktem Maße geschieht. Bedienstete von Verwaltungsbehörden, die keine Strafverfolgung betreiben, unterliegen grundsätzlich nicht dem Legalitätsprinzip, auch wenn für sie eine gesetzlich normierte Anzeige- oder Unterrichtungspflicht besteht und sie gegebenenfalls sogar zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt worden sind²¹. In zahlreichen strafrechtlichen Nebengesetzen wurden für Sonderbehörden der Verwaltung über die gegenseitige Amtshilfe hinausgehende Unterrichtungspflichten normiert für den Fall, daß sich bei der Durchführung ihrer Aufgaben im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für Verstöße gegen bestimmte Gesetze, für deren Durchführung eine andere Verwaltungsbehörde zuständig ist, ergeben²². Obwohl die Strafverfolgungsbehörden in diesen Bestimmungen nicht ausdrücklich erwähnt sind, ist davon auszugehen, daß diese gesteigerten Unterrichtungspflichten der Verwaltungsbehörden auch gegenüber den Strafverfolgungsbehörden bestehen²³. Diese Unterrichtungspflichten unterwerfen zwar die in Betracht kommenden Verwaltungsbehörden nicht dem Legalitätsprinzip. In der Rechtswirklichkeit sind jedoch die unterlassenen Anzeigen derartiger Verstöße mitursächlich für das bestehende Ermittlungsdefizit in diesen Bereichen. Entsprechendes gilt für den Bereich

²¹ Rieß in LR StPO (24. Auflage) § 152 Rdn. 15.

²² §§ 233 b AFG, 18 AÜG, 2 a Ges. zur Bekämpfung der Schwarzarbeit, 48 a AusländerG, 313 SGB V, 139 b Abs. 7 und 8 GewO.

²³ *Amb* in *Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze § 233 b AFG Anm. 5.

des Umweltschutzes. Die damit befaßten allgemeinen und besonderen Verwaltungsbehörden unterliegen grundsätzlich keiner Anzeigepflicht gegenüber den Strafverfolgungsbehörden. Auch der Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Bekämpfung der Umweltkriminalität sieht bedauerlicherweise insoweit keine Änderung vor. Die mit Umweltschutzaufgaben befaßten Verwaltungsbehörden sind mit Anzeigen bei den Strafverfolgungsbehörden sehr zurückhaltend, was zu einem nicht geringen Teil darauf beruht, daß die Amtsträger befürchten, selbst mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren überzogen zu werden oder die Behördenleitung Befürchtungen auf politischem Gebiet hegt.

Nachdem der Gesetzgeber ersichtlich nicht gewillt ist, etwa eine dem § 6 SubvG entsprechende Anzeigepflicht der Verwaltungsbehörden für Umweltstrafsachen einzuführen, hat Baden-Württemberg durch Erlaß vom 10. 4. 1989, an dem fünf Ministerien beteiligt sind, bei Verdacht schwerwiegender Umweltschutzstraftaten eine Unterrichtungspflicht für die im Erlaß näher bezeichneten Umweltschutzbehörden gegenüber den Strafverfolgungsbehörden angeordnet²⁴. Dabei wird je nach dem in Betracht kommenden Tatbestand differenziert zwischen einer absoluten Anzeigepflicht (bei Verdacht einer Straftat nach §§ 330 und 330 a StGB) und einer Anzeigepflicht nach pflichtgemäßem Ermessen (bei Verdacht einer Straftat nach § 304, 311 d, 324 bis 329 StGB sowie nach § 30 a BNatSchG). Eine wesentliche Verbesserung des Anzeigeverhaltens dieser Umweltschutzbehörden konnte bisher aufgrund dieses Erlasses nicht festgestellt werden. Dabei ist besonders bemerkenswert, daß in diesem gemeinsamen Erlaß die Unteren Verwaltungsbehörden ausdrücklich als — eingeschränkt — anzeigepflichtige Umweltschutzbehörden benannt werden, obwohl diese Stellen in Baden-Württemberg nach §§ 47 und 48 PolG Bad.-Württ. als Kreispolizeibehörden, ebenso wie Bürgermeister als Ortpolizeibehörden, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes selbst dann dem uneingeschränkten Legalitätsprinzip unterliegen, wenn es sich dabei um Straftaten handelt, für deren Ermittlungen sie nicht einmal zuständig sind, die ihnen lediglich bekannt wurden²⁵.

Im Lichte dieser BGH-Rechtsprechung erscheint die Rechtmäßigkeit des o. a. gemeinsamen ministeriellen Erlasses, soweit durch ihn die Anzeigepflicht der Unteren Verwaltungsbehörden in Baden-Württemberg eingeschränkt wird, zumindest fragwürdig und dürfte einer genaueren Rechtsprüfung kaum standhalten. Die Unteren Sonderbehörden, z. B. die Wasserschutzbehörden, trifft hingegen keine gesetzlich geregelte Anzeigepflicht, was sich sehr nachteilig für die Verfolgung

²⁴ Gemeinsamer ministerieller Erlaß vom 10. 4. 1989 Die Justiz 1989 S. 145.

²⁵ BGHSt. 12, 277.

von Umweltschutzdelikten auswirkt. Teilt eine Sonderbehörde einen Tatverdacht begründenden Sachverhalt eines Umweltschutzdeliktes der allgemeinen Verwaltungsbehörde mit, so wird diese gegenüber den Strafverfolgungsbehörden in dem o. a. Umfang anzeigepflichtig. Die von *Teysen/Goetze* vertretene Ansicht²⁶, daß unter besonderen Voraussetzungen die allgemeine Unterrichtungspflicht einer Verwaltungs- oder Sozialbehörde durch Einschränkung ihres Ermessensspielraumes auf Null sich bis zu ihrer Unterwerfung unter das Legalitätsprinzip hin entwickeln könne, ist hingegen rechtlich nicht haltbar²⁷, so sehr damit auch Ermittlungsdefizite abgebaut werden könnten. Ob hier die Schaffung einer Strafverfolgungszuständigkeit der Umweltschutzbehörden entsprechend der Regelung für die Finanzbehörden in § 386 Abs. 2, 399 ff AO, wie sie ansatzweise bereits in Frankreich besteht, Abhilfe schaffen könnte, muß aufgrund der negativen Erfahrungen über das Anzeigeverhalten dieser Behörden bezweifelt werden.

VI.

Die These *Baumanns* aus dem Jahre 1972, das Legalitätsprinzip in der Bundesrepublik Deutschland sei durchlöchert wie ein Schweizer Käse, entspricht auch heute noch der Rechtswirklichkeit. Über die bereits dargelegten Schwachstellen hinaus wurde es in der öffentlichen Wertschätzung weiterhin gemindert durch die Bemühungen des Gesetzgebers um ein Amnestiegesetz für eine Gruppe ausgesuchter Steuersünder, die Kronzeugenregelung als Ersatz für Fahndungserfolge u. a.

Ein wenn auch nur gebundenes Opportunitätsprinzip als Strafverfolgungsmaxime wäre zumindest glaubwürdiger und böte den Staatsanwaltschaften im Rahmen ihrer eingeschränkten personellen Möglichkeiten die Chance zu einer effektiveren Strafverfolgung, insbesondere im Bereich der Schwerekriminalität.

²⁶ *Teysen/Goetze*, Zur Anzeigepflicht der Sozialbehörden als Kehrseite reduzierter staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsrechte, NStZ 1986 S. 533.

²⁷ *Schnapp/Dübring*, Anzeigepflicht der Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen beim Verdacht auf sogenannten Abrechnungsbetrug, NJW 1988 S. 738.

Strafverfahren gegen der deutschen Sprache nicht mächtige Beschuldigte*

CLEMENS BASDORF

I. Einführung

1. „Die Gerichtssprache ist deutsch“ (§ 184 GVG). Sie wird allerdings in zunehmendem Maße von Verfahrensbeteiligten nicht gesprochen und verstanden.

Im Jahre 1981 stellte der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs fest, „daß das Sprachproblem durch den Zuzug von Ausländern neue Dimensionen gewonnen hat“¹. Diese Äußerung hat an Aktualität nichts eingebüßt. Fragen nach verfahrensrechtlichen Folgerungen aus der Unkenntnis der deutschen Sprache stellen sich indes nicht allein bei Ausländern, sondern in gleicher Weise bei fremdsprachig aufgewachsenen Deutschen²; dieser Umstand wird angesichts vermehrten Zuzugs deutschstämmiger Aussiedler verstärkt praktische Bedeutung gewinnen.

Für die weiteren Ausführungen sei klargestellt, daß gleichwohl teilweise die generalisierende Verwendung des Begriffs „Ausländer“ nicht zu vermeiden ist und daß als Sprachunkundigkeit die Unkenntnis von der deutschen (Gerichts-)Sprache bezeichnet wird.

2. Verfahren unter Beteiligung Sprachunkundiger gehen mit besonderen faktischen Erschwernissen einher. Gelegentlich festzustellende mentalitätsbedingte Schwierigkeiten mit Ausländern haben andere Ursachen als die Sprachunkundigkeit, sind daher bei der gegebenen Thematik zu vernachlässigen. Für die Praxis erheblich ist das Problem der Bewertung von Aussagen, deren Inhalt erst nach Übertragung durch den Dolmetscher bekannt wird; Zwischentöne sind nicht hörbar, unmittelbarer, durch Ansprache herzustellender persönlicher Kontakt kann nicht zustandekommen, die Grundlagen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit sind dadurch partiell verkümmert. Dies wird besonders deutlich in

* Der Beitrag wurde im Dezember 1989 abgeschlossen. Einzelne spätere Entscheidungen konnten nur noch in Fußnoten berücksichtigt werden.

¹ BGHSt. 30, 182, 184.

² Vgl. BGH, aaO; *Strate*, AnwBl 1980, S. 15.

Strafverfahren mit Angeklagten und Zeugen verschiedener Nationalität, in denen zugleich mehrere Dolmetscher mitwirken; solche Verfahren sind schon zum strafrichterlichen Alltag geworden.

Sonst sind es vornehmlich Zeit und Geld, die als Probleme aus der Sprachunkundigkeit im Strafverfahren erwachsen. Die Einschaltung eines Dolmetschers ist regelmäßig kostspielig und langwierig. Sie darf schon daher nicht ohne begründeten Anlaß erfolgen.

3. Der Anspruch des der Gerichtssprache nicht hinreichend mächtigen Angeklagten auf Beiziehung eines Dolmetschers jedenfalls für die mündliche Verhandlung zählt zum vom Völkergewohnheitsrecht umfaßten menschenrechtlichen Mindeststandard³. Jenseits davon hat das Bundesverfassungsgericht überzeugend nachgewiesen, daß – entgegen erstem flüchtigem Anschein – verfassungsrechtliche Folgerungen aus der Sprachunkundigkeit eines Beschuldigten für die Verfahrensgestaltung regelmäßig nicht etwa aus Art. 3 Abs. 3 GG zu ziehen sind⁴; dem Beschuldigten werden nämlich nicht wegen seiner Sprache Rechtsnachteile auferlegt. Vielmehr bringt ihm die Unkenntnis der deutschen Sprache faktische Nachteile, welche auszugleichen nicht das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot gebietet.

Ausgleich ist von Verfassung wegen hingegen zu leisten im Rahmen des rechtsstaatlich geforderten fairen Verfahrens, auf dessen Gewährleistung der Beschuldigte einen grundrechtlich gesicherten Anspruch hat (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG)⁵. Die verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Stellung des sprachunkundigen Beschuldigten trägt der Verfassungsrechtslage – wie vom Bundesverfassungsgericht im einzelnen belegt – im wesentlichen Rechnung. Weitere Garantien begründet dabei insbesondere die als innerstaatliches Recht im Range eines einfachen Bundesgesetzes geltende Europäische Menschenrechtskonvention⁶.

4. Dieser Beitrag beschränkt sich auf die Erörterung von Problemen des Umfangs gebotener Dolmetschereinschaltung und Übersetzung zum Schutze des sprachunkundigen Beschuldigten sowie von Fragen im Zusammenhang mit Dolmetscherkosten und Verteidigung. Probleme des Bußgeldverfahrens müssen ebenso unerörtert bleiben wie Fragen über eine Dolmetscherzuziehung für Privat- oder Nebenkläger. Besondere Probleme bei sprachunkundigen Untersuchungsgefangenen können lediglich angedeutet werden.

³ BVerfG – Kammer –, NJW 1988, S. 1462, 1464.

⁴ BVerfGE 64, 135, 156 f; vgl. auch *Ingerl*, Sprachrisiko im Verfahren, 1988, S. 312.

⁵ BVerfG, aaO, S. 145.

⁶ Vgl. *Kleinknecht/Meyer*, StPO, 39. Aufl., Rdn. 3 vor Art. 1 MRK.

II. Art und Umfang notwendiger Übersetzungen

1. In der Hauptverhandlung gegen einen Angeklagten, welcher der deutschen Sprache nicht mächtig ist, ist — nicht anders als bei vorangehenden Verhandlungen (Haftbefehlsverkündung, Haftprüfung) und Vernehmungen — ein Dolmetscher zuzuziehen (§ 185 Abs. 1 Satz 1 GVG). Er hat — modifiziert lediglich durch § 259 Abs. 1 StPO — dem sprachunkundigen Angeklagten den gesamten Verhandlungsinhalt zu übertragen. Eine auch nur partielle Abwesenheit des danach zuzuziehenden Dolmetschers begründet die Revision nach § 338 Nr. 5 StPO⁷.

Dieser — vom Bundesverfassungsgericht hervorgehobene⁸ — Schutz des absoluten Revisionsgrundes ist indes tatsächlich nicht unbeträchtlich relativiert. So greift er nur ein, wenn die Notwendigkeit der Dolmetscherzuziehung zweifelsfrei feststeht. Ist hingegen der Angeklagte „der deutschen Sprache nur teilweise nicht mächtig“, bleibt die Mitwirkung des Dolmetschers „dem pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters“ überlassen⁹. Die Feststellung einer Überschreitung der Grenzen jenes tatrichterlichen Ermessens — besser vielleicht als Beurteilungsspielraum für den unscharfen Begriff „der deutschen Sprache mächtig“ zu bezeichnen — wird selten gelingen. In diesem Bereich, mit dem der Tatrichter in Fällen schon längere Zeit im deutschen Sprachraum lebender Ausländer häufig konfrontiert ist, trifft ihn daher eine besonders hohe Eigenverantwortung. Jenseits von Überlegungen über Kosten und Zeitverlust, welche mit der Dolmetscherzuziehung nun einmal einhergehen und die namentlich in Bagatellfällen auch nicht gänzlich zu vernachlässigen sein werden, muß er kritisch prüfen, ob die Sprachkenntnisse des Angeklagten dafür ausreichen, daß er sich im sachlich gebotenen Umfang vollständig verständlich machen und alle wesentlichen Teile der Verhandlung auch verstehen kann. Dies hängt im Einzelfall nicht nur vom Umfang der Sprachkenntnisse des Angeklagten ab, sondern auch von der Kompliziertheit der zu erörternden Materie und sicher nicht zuletzt vom sprachlichen und psychologischen Geschick der übrigen Verhandlungsbeteiligten, namentlich aber des Gerichtsvorsitzenden, sich dem nicht sicher sprachkundigen Angeklagten verständlich zu machen und ihn zu verstehen. Praktische Erfahrung zeigt, daß die meisten nur partiell Sprachkundigen primär bestrebt sind, sich unmittelbar verständlich zu machen. Der verantwortungsbewußte Tatrichter muß die dabei gegebene Gefahr der Selbstüberschätzung und hierdurch bedingter Mißverständnisse in Erwägung ziehen. Meist wird

⁷ *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 338 Rdn. 44.

⁸ BVerfG, aaO, S. 149.

⁹ BGHSt. 3, 285; BGH, NStZ 1984, S. 328.

die Beziehung eines Dolmetschers bei Verhandlung mit Personen, die außerhalb des deutschen Sprachraums aufgewachsen sind, veranlaßt sein. Häufig wird er aber gegenüber partiell Sprachkundigen nicht zur umfassenden Übertragung gehalten sein, sondern lediglich bei erkannten Verständigungsschwierigkeiten und komplizierteren Erörterungen eingreifen müssen^{9a}.

Regelmäßig keinen Schutz bietet das Revisionsrecht gegen die mangelnde Qualität des Dolmetschers. Seine Auswahl und die Überprüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit seiner Übersetzung unterliegen grundsätzlich nicht revisiblem tatrichterlichem Ermessen¹⁰. Hierbei kann der Tatrichter bei Unkenntnis von der Sprache, in die übertragen wird, wenn die Mängel des Dolmetschers nicht unzulängliche Deutschkenntnisse sind, von der Natur der Sache her — nicht anders als oftmals beim Sachverständigen — sofort an Grenzen seiner Erkenntnisfähigkeit stoßen. Er muß sich weitgehend auf die Zuverlässigkeit des durch Voreid nach § 189 GVG verpflichteten, meist allgemein beeidigten Dolmetschers¹¹ verlassen. Gleichwohl darf er sich in diesem Bereich nicht außer Pflicht sehen; unverständliche Untätigkeit oder deutlich knappe Erklärungen des Dolmetschers gegenüber dem Angeklagten nach ausführlichen Erörterungen in der Gerichtssprache, eine kurze Wiedergabe ausgiebiger Erklärungen des Angeklagten oder lange Zwiegespräche des Dolmetschers mit dem Angeklagten in dessen Sprache, gefolgt von nur knappen Übertragungen darf er nicht, ohne solche Vorgänge wenigstens zu hinterfragen, einfach hinnehmen. In diesem besonders heiklen Bereich kaum nachprüfbares Ermessens muß sich der Tatrichter zudem bewußt sein, daß für den sprachunkundigen Angeklagten eine unzulängliche Übertragungsarbeit des Dolmetschers teils ebenso schwer erkennbar ist wie für den Richter selbst, daß es einem gänzlich sprachunkundigen Angeklagten zudem besonders schwer fallen muß, von sich aus — notwendig mit Hilfe eben des Dolmetschers — dessen erkannte Mängel zu beanstanden. Andererseits sind in Strafprozessen auch — verstärkt vielleicht mentalitätsbedingt — häufige und vielfach unberechtigte Angriffe gegen Dolmetscher zu registrieren. Hier echte Anliegen von querulatorischem Vorbringen zu unterscheiden, erfordert ein beträchtliches Fingerspitzengefühl des verantwortlichen Tatrichters. Kaum anders als dieser ist in diesem Bereich

^{9a} Vgl. zu diesem Themenkreis jetzt auch BGH, StrV 1990, S. 101 mit Anm. Kühne.

¹⁰ Vgl. Kleinknecht/Meyer, aaO, § 185 GVG Rdn. 10; Hürxthal in: Karlsruher Kommentar zur StPO — KK —, 2. Aufl., § 259 Rdn. 3; jeweils m. w. N.

¹¹ Vgl. zu Problemen der Revisibilität bei Verstößen im Zusammenhang mit der Dolmetschervereidigung: Kleinknecht/Meyer, aaO, § 189 GVG Rdn. 3; Pikart in: KK, 2. Aufl., § 338 Rdn. 80; jeweils m. w. N.

übrigens auch der Verteidiger des sprachunkundigen Angeklagten gefordert, der in der Verantwortung der Kontrolle eines seinem Mandanten zu gewährenden fairen Verfahrens steht.

Letztlich muß aber mit gewisser Resignation folgendes festgestellt werden: Das Ergebnis eines Strafprozesses kann durchaus auch von der Qualität des mitwirkenden Dolmetschers abhängen – wie es für die Sachkunde und Tagesform der Richter, Staatsanwälte, Verteidiger und Sachverständigen nicht anders gilt –. Der wichtige Umstand, ob ein guter oder weniger guter Dolmetscher tätig ist, kann hingegen vom Angeklagten nur ganz begrenzt beeinflußt werden.

Die große Bedeutung der Auswahl des Dolmetschers durch den Gerichtsvorsitzenden wird damit deutlich. Eine ausreichende Anzahl qualitativ guter, forensisch erfahrener Dolmetscher jedenfalls in verbreiteteren Fremdsprachen reduziert die beschriebenen Probleme im gerichtlichen Alltag auf ein erträgliches Maß.

2. Schriftliche Eingaben an das Gericht sind in der Gerichtssprache abzufassen. Dies gilt namentlich für fristgebundene Rechtsmittelerklärungen. Andererseits hat sich hierauf auch die Rechtsmittelbelehrung zu erstrecken; dem sprachunkundigen Angeklagten ist widrigenfalls mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 Satz 2 StPO) zu helfen¹².

Der Richter wird gleichwohl fremdsprachige Eingaben kaum einmal ganz ignorieren dürfen. Wenn er nicht – z. B. wegen entsprechender vorangegangener Hinweise – voraussetzen kann, daß der Absender die Unbeachtlichkeit unübersetzter Eingaben kennt, muß er ihn zumindest regelmäßig darauf hinweisen. Dabei wird ein Hinweis auf Deutsch ausreichen, sofern naheliegt, daß ein im Inland lebender Ausländer im persönlichen Umfeld für Übersetzung eines Gerichtsschreibens Sorge tragen wird. Prozessuale Fürsorgepflicht und Wahrheitsermittlungsgebot können indes auch gebieten, Übersetzungen von Amts wegen zu veranlassen. Mit deren Eingang sind die Erklärungen dann maßgeblich und wahren auch eine etwa erforderliche Schriftform¹³. Anstelle einer der beiden Verfahrensweisen wird es bei einer fremdsprachigen Eingabe praktisch vielfach ausreichen, einen Dolmetscher zunächst um deren Lektüre und um Inhaltsangabe zu bitten, jene gegebenenfalls in einem Vermerk festzuhalten. Bei „gängigen“ Fremdsprachen wird sich hierfür jedenfalls in einem größeren Gericht stets ohne Schwierigkeiten, regelmäßig sogar ohne Erfordernis besonderer Abrechnung, ein Dolmet-

¹² Vgl. BGHSt. 30, 182; *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 184 GVG Rdn. 2; *Mayr* in: KK, 2. Aufl., § 184 GVG Rdn. 2; jeweils m. w. N.

¹³ Vgl. BGH bei *Pfeiffer/Miebach*, NStZ 1987, S. 22.

scher finden¹⁴. Vom übermittelten Ergebnis seiner Inhaltskontrolle wird es abhängen, ob danach noch eine genaue Übersetzung oder ein Hinweis an den Absender auf die Unbeachtlichkeit fremdsprachiger Eingaben veranlaßt ist. Die vorgeschlagene Verfahrensweise bietet sich selbstverständlich erst recht an, wenn der Richter die Inhaltskontrolle selbst vornehmen kann, weil er die Fremdsprache ausreichend beherrscht, oder sie von einem anderen zuverlässigen Sprachkundigen vornehmen läßt.

3. a) Das Gericht faßt seine schriftlichen Entscheidungen in der Gerichtssprache ab. Die Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, die keine Gesetzeskraft haben, enthalten in Nr. 181 Abs. 2 eine außerordentlich großzügige Regelung für die Beigabe von Übersetzungen. Sie geht insgesamt zu weit. Für Haftbefehle, Anklageschriften und Urteile bedarf es besonderer Ausführungen. Jenseits davon geht die Regelung in den Richtlinien daran vorbei, daß der im Inland lebende sprachunkundige Ausländer, wie bereits erwähnt, vielfach wegen seiner Einbindung in ein sprachkundiges Umfeld auf eine Übersetzung gar nicht angewiesen ist und daß in diesem Bereich Kosten – namentlich in Bagatellsachen – und Verfahrensverzögerungen durch Übersetzungseinholung vermieden werden sollten. Dabei muß aber gelten, daß eine restriktivere Handhabung bei der Beifügung von Übersetzungen zugleich eine großzügigere Verfahrensweise bei Anwendung der Wiedereinsetzungsvorschriften¹⁵ oder – namentlich bei Ladungen – bei der Frage unentschuldigter Nichtbefolgung nach sich ziehen muß. Besteht zu solcher Großzügigkeit keine Bereitschaft oder will man hierdurch denkbare Verzögerungen von vornherein vermeiden, sollte man sich eher streng an die Richtlinien halten. Schon daher ist die Bereitstellung vorgedruckter Ladungen, Rechtsmittelbelehrungen und in geeigneten Fällen von Formularen in häufig gebräuchlichen Fremdsprachen durchaus sinnvoll.

b) Für Haftbefehl und Anklage – wie auch Strafbefehl – sind die besonderen Regelungen in Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 3 a MRK zu beachten. Gemeinhin wird hieraus der Schluß gezogen, daß dem in Abschrift auszuhändigenden Haftbefehl (§ 114 a Abs. 2 StPO) wie der zuzustellenden Anklageschrift (§ 201 Abs. 1 StPO) jeweils eine schriftliche Übersetzung beizufügen sei¹⁶.

¹⁴ Eine entsprechende Verfahrensweise bietet sich weitgehend bei der Kontrolle der Post sprachkundiger Untersuchungsgefangener an.

¹⁵ Vgl. nur BVerfGE 40, 95; 42, 120.

¹⁶ Vgl. nur *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 114 a Rdn. 5; Art. 6 MRK Rdn. 18.

Im Regelfall wird dem auch Folge zu leisten sein. Jener Standard *schriftlicher* Übersetzungen ist indes konventionsrechtlich nicht gefordert¹⁷ und nicht unverzichtbar. Viele Beschuldigte sind zudem keine „Schriftmenschen“; sie werden von der Möglichkeit, durch Lektüre des Haftbefehls oder der Anklageschrift konzentriert und in Ruhe die gegen sie erhobene Beschuldigung zu erfahren, keinen Gebrauch machen, und sie legen deshalb gelegentlich keinen Wert auf Abschriften. Zumindest in den Fällen, in denen die Anforderung der schriftlichen Übersetzung einen sonst vermeidbaren Aufschub verursachen würde, der seinerseits konventionsrechtlich gemäß Art. 5 Abs. 3 Satz 2, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK tunlichst zu vermeiden ist, sollte ein Verzicht auf die Fertigung der Übersetzung erwogen werden. Naheliegend sollte dies nur im Einvernehmen mit einem Verteidiger erfolgen. Beim Haftbefehl ist eine den Anforderungen des Art. 5 Abs. 2 MRK genügende mündliche Unterrichtung über den Anlaß der Verhaftung durch die Regelungen in §§ 114 a Abs. 1, 115, 128 StPO in Verbindung mit § 185 Abs. 1 Satz 1 GVG gewährleistet. Bei der Anklage wird deren mündliche Übersetzung im Rahmen einer richterlichen Anhörung – namentlich in Haft-sachen – praktisch in Betracht kommen. Auf die Möglichkeit nur mündlicher Anklageerhebung im beschleunigten Verfahren (§ 212 a Abs. 2 StPO) sei in diesem Zusammenhang verwiesen. Auch ein namens des Angeschuldigten erklärter Verzicht des Verteidigers auf schriftliche Übersetzung, verbunden mit der Zusicherung, unverzüglich im Rahmen einer Verteidigerbesprechung dem Angeschuldigten mit Hilfe eines Dolmetschers die gesamte Anklage zur Kenntnis zu bringen, erscheint praktikabel und dürfte den Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 a MRK Stand halten.

Jenseits der Fälle, in denen die Haftbefehls- oder – praktisch näherliegend – die Anklageübersetzung zu beträchtlicher Verzögerung führen würde, liegt ein gerichtliches Hinwirken auf einen Verzicht hingegen fern, auch aus Kostengründen, die allenfalls zur Vermeidung überflüssiger Doppelübersetzungen, soweit – wie häufig – Haftbefehl und Anklage partiell wortgleich sind, Anlaß geben könnten.

Besteht der Beschuldigte trotz nahegebrachten Verzichts auf schriftliche Übersetzung, ist dem in Anlehnung an die strafprozessualen Regelungen Folge zu leisten. Der Beschuldigte wird sich auf hierdurch verursachte unvermeidliche Verzögerungen nicht zu seinem Vorteil berufen können; gleichlaufende Verzögerungen gegen von der Notwendigkeit der Übersetzung nicht betroffene Mitbeschuldigte sind

¹⁷ Vgl. *Vogler*, EuGRZ 1979, S. 640, 644.

notfalls durch Abtrennung und gesonderte Verfahrensförderung zu vermeiden.

c) Betreffend Strafurteile hat das Bundesverfassungsgericht für den wesentlichen Teilbereich der von einem verteidigten Angeklagten mit der Revision angefochtenen Urteile entschieden, daß von Verfassungs wegen kein Anspruch auf eine Übersetzung besteht¹⁸. Auch sonstiges Recht, namentlich die Menschenrechtskonvention, steht dem Ergebnis dieser Entscheidung nicht entgegen, das bei Anerkennung folgender Prämissen überzeugt: Zum einen muß die Ausgestaltung des Rechtsmittels der Revision von ihrem Wesen her die aktiven Gestaltungsmöglichkeiten des Angeklagten einschränken, so daß seine Verteidigung in diesem Bereich — insbesondere durch die Formvorschrift des § 344 Abs. 2 (i. V. m. § 345 Abs. 2) StPO¹⁹ — weitgehend allein in die Verantwortung des rechtskundigen Verteidigers gestellt ist. Zum anderen ist die Zubilligung der Revisionsbegründung zu Protokoll der Geschäftsstelle nach § 345 Abs. 2 StPO auch zugunsten des verteidigten Angeklagten eine verfassungsrechtlich nicht geforderte Verfahrensposition, für deren effektive Wahrnehmung besondere Hilfestellungen nicht gefordert sind.

Der letztgenannte Punkt und die daran anschließenden Passagen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²⁰ legen nahe, dem *nicht* verteidigten sprachunkundigen Angeklagten, der gegen ein Berufungsurteil Revision eingelegt hat, zur effektiven Wahrnehmung der gebotenen Begründung des Rechtsmittels zu Protokoll der Geschäftsstelle jedenfalls bei entsprechendem Begehren eine schriftliche Übersetzung des angefochtenen Urteils zuzubilligen²¹. In diesen Fällen wird es indes näher liegen, daß der Vorsitzende dem Angeklagten zur Revisionsbegründung in Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO einen Pflichtverteidiger bestellt²².

Jenseits von dem erwähnten, praktisch im Blick auf die mögliche Verteidigerbestellung besonders seltenen Fall dürfte regelmäßig keine Notwendigkeit bestehen, Strafurteile schriftlich übersetzen zu lassen. Dem berechtigten Informationsbedürfnis des sprachunkundigen Angeklagten wird durch die in § 268 Abs. 2 StPO vorgeschriebene münd-

¹⁸ BVerfGE 64, 135.

¹⁹ Vgl. dazu BVerfGE 63, 45, 70.

²⁰ BVerfGE 64, 135, 156.

²¹ Für den Bereich der Sprungrevision (§ 335 StPO) dürfte aus den zuvor erwähnten Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts anderes gelten, da der Angeklagte sein Recht hier auch mit der Berufung verfolgen kann.

²² Vgl. *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 140 Rdn. 29; *Laufhütte* in: KK, 2. Aufl., § 140 Rdn. 5; jeweils m. w. N.

liche Urteilsbegründung, die ihm vom Dolmetscher zu übersetzen ist, auch unter Berücksichtigung seiner Vorinformation durch Kenntnis des Anklagevorwurfs und Teilnahme an der mündlichen Hauptverhandlung in Dolmetschergewalt hinreichend Rechnung getragen. Bei rechtskräftigen Urteilen drängt sich dies auf; angesichts der weitgehenden Abkürzungsmöglichkeiten in § 267 Abs. 4 und Abs. 5 StPO versagt gerade hier auch der Hinweis auf angeblich in der Praxis häufige – verfahrensrechtlich ohnehin nicht angreifbare – unzulängliche mündliche Urteilsbegründungen. Aber auch ein berechtigtes Bedürfnis des sprachunkundigen Angeklagten an der Übersetzung eines von ihm mit der Berufung angefochtenen amtsgerichtlichen Urteils dürfte regelmäßig zu verneinen sein: Eine Begründung dieses Rechtsmittels ist nicht obligatorisch (§ 317 StPO). Bei unbeschränktem Rechtsmittel wird vor dem Berufungsgericht nahezu umfassend neu verhandelt; abgesehen von der mündlichen Urteilsbegründung vor dem Amtsgericht ist in § 324 Abs. 1 Satz 2 StPO die Verlesung des angefochtenen Urteils zu Beginn der Berufungshauptverhandlung vorgesehen, die vom Dolmetscher zu übersetzen ist. Für die Frage einer möglichen Beschränkung des Rechtsmittels ist der unverteidigte Angeklagte über den Schuldanspruch und die ihn tragenden Feststellungen durch den Verfahrensgang regelmäßig auch ohne Vorbereitung anhand schriftlicher Urteilsgründe ausreichend informiert; ist er – was bei komplizierteren Sachverhalten ohnehin geboten ist – verteidigt, ist jene Frage eher Gegenstand des Gesprächs mit dem Verteidiger als eigener Sachprüfung anhand der schriftlichen Urteilsgründe.

Nach Rechtsmitteln anderer Verfahrensbeteiligter wird das Ausgeführte entsprechend wie bei eigenen Rechtsmitteln des sprachunkundigen Angeklagten im selben Verfahrensstadium zu gelten haben. Dem *unverteidigten* sprachunkundigen Angeklagten müßte im Fall der Revision der Staatsanwaltschaft oder eines Nebenklägers zur effektiven Wahrung seiner Rechte im Rechtsmittelverfahren auf sein Verlangen nicht nur eine schriftliche Übersetzung des angefochtenen Urteils, sondern auch der Revisionsbegründung des Rechtsmittelführers überlassen werden; hier wird indes regelmäßig § 140 Abs. 2 StPO zum Tragen kommen. Dessen Anwendung dürfte auch bei Berufungen der Staatsanwaltschaft in jedem nicht ganz einfach gelagerten Fall geboten sein.

Trotz der nahezu umfassenden Ablehnung einer Erforderlichkeit schriftlicher Übersetzung von Strafurteilen für sprachunkundige Angeklagte sind besonders gelagerte Verfahrensgestaltungen denkbar, in denen ein berechtigtes Bedürfnis des Angeklagten auf eine solche Übersetzung doch besteht. So mag es beispielsweise seltene Fälle geben, in denen der Verteidiger für eine wirkungsvolle Revisionsbegründung bei einem komplizierten Sachverhalt auf detaillierte Hinweise seines

besonders sachkundigen Mandanten angewiesen ist, der hierfür wiederum zuvor die schriftlichen Urteilsgründe gründlich studieren muß. Werden plausible Gründe für einen solchen Ausnahmefall dargetan, sollte sich das Gericht nicht darauf zurückziehen, ein solcher Anspruch bestehe grundsätzlich nicht, sondern es sollte in Kenntnis von der regelmäßig nicht bestehenden Notwendigkeit und ihrer Gründe kritisch, aber aufgeschlossen prüfen, ob Besonderheiten im Einzelfall ein Abweichen von der Regel rechtfertigen^{22a}.

III. Dolmetscherkosten und Pflichtverteidigerbestellung

1. Die lange streitige Frage, ob Art. 6 Abs. 3 e MRK der Belastung des Verurteilten mit den Auslagen der Staatskasse für einen wegen seiner Sprachunkundigkeit zugezogenen Dolmetscher entgegensteht, ist nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Jahre 1978²³ und seiner Umsetzung im Kostenverzeichnis (KV) zu § 11 GKG in Nr. 1904 Satz 2 im Sinne dauerhafter Unentgeltlichkeit der Zuziehung des Dolmetschers ausgestanden, der zur Übertragung von Erklärungen eingesetzt worden ist, auf deren Verständnis der Angeklagte „zu seiner Verteidigung“ (Nr. 1904 Satz 2 KV) bzw., „um ein faires Verfahren zu haben“ (EGMR), angewiesen war²⁴.

Auch die Auslagen des Pflichtverteidigers für einen von ihm zu Vorbesprechungen mit seinem sprachunkundigen Mandanten zugezogenen Dolmetscher sind von der in Art. 6 Abs. 3 e MRK normierten Kostenfreiheit erfaßt: Der Pflichtverteidiger wird nach § 97 BRAGO aus der Staatskasse bezahlt. Nach Abs. 2 dieser Vorschrift erhält er seine Auslagen ersetzt; darunter fallen — in den Grenzen des zur sachgemäßen Interessenwahrnehmung Erforderlichen (§ 126 Abs. 1 Satz 1 BRAGO) — seine Dolmetscherauslagen. Wird der kostenpflichtig Verurteilte für die aus der Staatskasse verauslagte Pflichtverteidigervergütung in Anspruch genommen (Nr. 1906 KV) — was gegenüber

^{22a} Vgl. zu diesem Themenkreis jetzt auch OLG Hamm, StrV 1990, S. 101 m. Anm. Kühne.

²³ EGMR, EuGRZ 1979, S. 34 = NJW 1979, S. 1091.

²⁴ Vgl. dazu den Sonderfall OLG Stuttgart, Justiz 1984, S. 191. Außerordentlich zweifelhaft ist die Anwendung von Nr. 1904 Satz 2 KV auf — jedenfalls nicht vorschulpflichtige — Kosten für einen im Rahmen der Post- und Besuchskontrolle beim Untersuchungsgefangenen herangezogenen Dolmetscher; vgl. dazu OLG Frankfurt, StrV 1984, S. 427; 1986, S. 24; LG Berlin, StrV 1989, S. 350; Hilger in: Löwe/Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 464 a Rdn. 8 m. w. N. — Dazu jetzt: KG, Beschl. v. 19. 3. 1990 — 4 Ws 2/90 —.

nicht dauerhaft Mittellosen vor Art. 6 Abs. 3 c MRK Bestand hat²⁵ —, steht Art. 6 Abs. 3 e MRK i. V. m. Nr. 1904 Satz 2 KV der Belastung auch mit dem Pflichtverteidiger erstatteten Dolmetscherauflagen entgegen²⁶.

Aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 6 Abs. 3 e MRK ist darüber hinaus auch die Notwendigkeit eines Ersatzes der Kosten für einen Dolmetscher abgeleitet worden, der zur Herstellung des erforderlichen Kontakts zwischen sprachunkundigem Beschuldigtem und seinem *Wahl*verteidiger herangezogen war²⁷. Diese Auffassung findet im geltenden Kostenrecht indes keine klare Grundlage; Anträge von Wahlverteidigern auf Ersatz solcher Dolmetscherauflagen sind bei fehlendem Auslagenerstattungstitel im Blick darauf von der Rechtsprechung häufig abgelehnt worden²⁸. Gelegentlich wurde jedoch die Möglichkeit gerichtlicher Bestellung eines Dolmetschers für notwendige Besprechungen mit dem Wahlverteidiger bejaht²⁹.

Soweit auch der letztgenannte Weg mangels Rechtsgrundlage verneint wurde, hat es die Rechtsprechung teilweise für erforderlich erachtet, daß im Blick auf das Recht des Beschuldigten, sich des Beistands eines Wahlverteidigers zu bedienen (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO), welches verfassungsrechtlich verbürgt³⁰, zudem auch in Art. 6 Abs. 3 c MRK normiert ist, diesem ein Pflichtverteidiger zu bestellen sei, sofern eine effektive Wahlverteidigung am Unvermögen des Beschuldigten scheitern müsse, für den dabei herzustellenen notwendigen Kontakt einen Dolmetscher zu bezahlen. Diese Auffassung vertritt namentlich das Kammergericht in ständiger Rechtsprechung³¹; sie ist daher in Berlin geläufige Praxis^{31a}.

²⁵ Vgl. *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 464 a Rdn. 1; Art. 6 MRK Rdn. 21 m. w. N.

²⁶ Vgl. OLG München, NJW 1982, S. 2739.

²⁷ Vgl. *Vogler*, aaO (Fn. 17), S. 643; *Strate*, aaO (Fn. 2), S. 16; *J. Mayer*, ZStW 93 (1981), S. 507, 515; *Kühne* in: Festschrift für Herbert Schmidt, 1981, S. 33, 38.

²⁸ Vgl. OLG Frankfurt, NJW 1981, S. 533; OLG Düsseldorf, StrV 1986, S. 491.

²⁹ AG Bremen StrV 1984, S. 113; OLG Stuttgart, StrV 1986, S. 491; LG Bremen, StrV 1987, S. 193. So nunmehr auch KG, StrV 1990, S. 171.

³⁰ Vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 137 Rdn. 2.

³¹ KG, StrV 1985, S. 184; 1986, S. 239. Der 4. Strafsenat konnte sich dabei auf die entsprechende Kommentierung seines Vorsitzenden *Karlheinz Meyer* berufen — vgl. *Kleinknecht/Meyer*, aaO, § 140 Rdn. 32; Art. 6 MRK Rdn. 25 —, der sich insoweit der Auffassung seines Vorbearbeiters angeschlossen hatte — vgl. *Kleinknecht*, StPO, 35. Aufl., § 140 Rdn. 20; § 464 a Rdn. 17; Art. 6 MRK Rdn. 19 —. Vgl. auch LG Berlin, StrV 1984, S. 237; OLG München, StrV 1986, S. 422; LG Aachen, StrV 1989, S. 148. — Jetzt auch BayObLG, StrV 1990, S. 103.

^{31a} Der Argumentation des Kammergerichts dürfte nunmehr durch KG, StrV 1990, S. 171 (vgl. Fn. 29 a. E., 38 a) der Boden entzogen sein.

Diese ausländer- und vor allem verteidigerfreundliche Verfahrensweise geht zwar auf Überlegungen zurück, die besonderes Bemühen um eine faire Verfahrensgestaltung erkennen lassen. Das Ergebnis vermag gleichwohl nicht zu überzeugen.

2. a) Nicht zu leugnen ist, daß eine Anwendung des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO zugunsten eines Ausländers häufiger in Betracht kommt, als wenn ein gleich gelagerter Vorwurf einen Deutschen trifft³². Sie kann zum einen schon jenseits sprachbedingter Umstände wegen der Schwere der Tat im Blick auf mittelbare ausländerrechtliche Folgen geboten sein, ferner wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage bzw. mit Rücksicht auf mangelnde Verteidigungsfähigkeit angesichts herkunfts- oder mentalitätsbedingter Schwierigkeiten bei der Erfassung relevanter Sachzusammenhänge oder rechtlicher Gegebenheiten. Unzureichende Fähigkeit, sich selbst zu verteidigen, kann aber gerade auch auf mangelndes Sprachverständnis zurückgehen, beispielsweise wenn es auf das genaue inhaltliche Verständnis unterschiedlicher Aussagen ankommt, die ein Deutscher unmittelbar und damit leichter erfassen und bewerten kann als ein Ausländer, der dabei auf die Vermittlung durch den Dolmetscher angewiesen ist.

b) Teilweise wird sogar gefordert, dem sprachunkundigen Beschuldigten stets einen Verteidiger zu bestellen³³. Dies ist dem geltenden Verfahrensrecht nicht zu entnehmen. Rechtspolitisch mag sogar die weitergehende Forderung diskutabel — finanziell indes wohl schwer durchsetzbar — sein, die notwendige Verteidigung in Strafsachen generell vorzuschreiben. Ebenso *rechtspolitisch* diskutabel erscheint jene Forderung nach notwendiger Verteidigung für sprachunkundige Beschuldigte, unter Umständen nur auf deren Antrag in Nachbildung zu der insoweit aus der bisherigen Gesetzessystematik ausbrechenden Neuregelung des § 140 Abs. 2 Satz 2 StPO für taube oder stumme Beschuldigte³⁴. Jene Norm bereits jetzt *analog* anzuwenden, verbietet sich hingegen; in Kenntnis der Problematik hat der Gesetzgeber lediglich bislang in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO (in Nr. 4) eingestellte Sonderfälle tiefer greifender Verständigungsschwierigkeiten einer Spezialregelung zugeführt.

c) Danach bleiben nach geltendem Verfahrensrecht Fälle, in denen auch ein sprachunkundiger Beschuldigter nicht verteidigt werden muß. Eine

³² Vgl. die Rechtsprechungs-Übersicht von *Schlothauer* in: *Bremer u. a.*, Strafverfahrensrecht, § 140 StPO Rdn. 4 e.

³³ *Lüderssen* in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 24. Aufl., § 140 Rdn. 80, der dies sogar als einhellige Literaturauffassung vorstellt.

³⁴ Vgl. dazu *Werner*, NStZ 1988, S. 346; *Hamm*, NJW 1988, S. 1820.

präzise Grenzziehung mag im Bereich von Wertungsfragen, wie sie sich bei der Anwendung des § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO weitgehend stellen, schwierig sein. Einfache Lebenssachverhalte aus dem Bereich der Bagatellkriminalität fallen jedenfalls sicher darunter: Beim Anklagevorwurf eines Ladendiebstahls, eines Zechbetrugs oder einer Fundunterschlagung wird ein Ausländer, auch wenn er nicht deutsch versteht, in aller Regel keinen Verteidiger brauchen, sofern er nicht wegen massiver Vorbelastung mit gravierenden Rechtsfolgen zu rechnen hat oder soweit nicht im Einzelfall die Beweislage ungewöhnlich kompliziert ist. Bei einfacher Beweislage und fehlenden oder geringen Vorbelastungen ist die verfahrensrechtliche Lage auch im Bereich mittlerer Kriminalität – beispielsweise in durchschnittlich gelagerten Fällen besonders schweren Diebstahls – nicht anders zu beurteilen.

Selbstverständlich kann sich der sprachunkundige – wie jeder andere deutschsprachige – Beschuldigte eines Wahlverteidigers bedienen. Dies tut er indes auf eigenes Kostenrisiko; die hierfür notwendigen Auslagen werden ihm regelmäßig nur im Falle des Freispruchs, eventuell auch bei Verfahrenseinstellung erstattet. Die Vorstellung, um das verfassungsrechtlich verbürgte Recht, sich verteidigen zu lassen, effektiv zu gewährleisten, dürfe der Beschuldigte nicht aus Kostengründen an der Verteidigerwahl gehindert werden, ist zu verwerfen. Sie zöge die umfassende Verpflichtung zur Verteidigerbestellung für arme Beschuldigte auf deren Antrag nach sich. Eine solche Verfahrensweise widerspräche der geltenden strafprozessualen Regelung, die auf die Bedürftigkeit des Beschuldigten bei der Frage notwendiger Verteidigung überhaupt nicht abstellt. Sie ginge auch über die ausdrückliche Einschränkung der Pflichtverteidigerbestellung in Art. 6 Abs. 3 c MRK („wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist“) hinweg und ist verfassungsrechtlich nicht gefordert³⁵. Wenn das Bundesverfassungsgericht teilweise die Armut des Beschuldigten als ein Kriterium für gebotene Verteidigerbestellung erwähnt hat³⁶, ist hieraus nur abzulesen, daß das strafprozessuale System über das rechtsstaatlich mindestens Erforderliche – übrigens auch über die Anforderungen des Art. 6 Abs. 3 c MRK – hinausgeht, wenn die Beiordnung eines Pflichtverteidigers auch unabhängig von der Armut des Beschuldigten vorgeschrieben wird.

Danach können Ursache und Ausmaß der Armut eines Beschuldigten oder besonders hohe Kosten für die Wahlverteidigung im konkreten Einzelfall – beispielsweise wegen einer notwendigen Anreise des Beschuldigten zu dem am entfernten Gerichtssitz ansässigen Verteidiger

³⁵ Vgl. BVerfGE 68, 237, 255 f.

³⁶ BVerfGE 39, 238, 243; 46, 202, 210 f; 63, 380, 391; 68, 237, 255 f.

– niemals Anlaß für eine sonst nicht gebotene Beiordnung eines Pflichtverteidigers sein. Im Blick auf hieraus ersichtliche soziale Härten mag es wiederum *rechtspolitisch* erwägenswert sein, über das geltende – dabei eventuell umzugestaltende – System der Pflichtverteidigung hinaus für Arme eine Verteidigerbestellung im Wege der Prozeßkostenhilfe zu eröffnen.

Auf der Basis des geltenden Verfahrensrechts verlangt Art. 6 Abs. 3 e MRK gegenüber dem Risiko für sonstige Verteidigerkosten für damit zusammenhängende Dolmetscherkosten nichts Weitergehendes. Der Beschuldigte darf mit Dolmetscherkosten nicht belastet werden, soweit die Mitwirkung eines Dolmetschers zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens nötig ist. Zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens bedarf es hingegen der Mitwirkung eines Verteidigers nur innerhalb des – mit der Einschränkung in Art. 6 Abs. 3 c MRK korrespondierenden – Anwendungsbereichs des § 140 StPO. In diesen Fällen, in denen eine faire Verfahrensgestaltung die Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen mit dem notwendigen Verteidiger gebieten kann, darf der Beschuldigte nach Art. 6 Abs. 3 e MRK nicht mit dem Dolmetscherkostenrisiko belastet werden. Da ihm insoweit jedenfalls in den kritischen Verfahrensstadien (vgl. § 141 StPO) stets ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist – und zwar nach § 142 Abs. 1 Satz 3 StPO regelmäßig der Verteidiger seines Vertrauens –, kann er sich von diesem Risiko befreien, indem sich sein bisheriger Wahlverteidiger unter Niederlegung des Wahlmandats zum Pflichtverteidiger bestellen läßt, dessen Dolmetscheraufgaben dann, wie dargelegt, letztlich von der Staatskasse zu tragen sind. Mit dieser strafprozessualen Verfahrensgestaltung ist jedenfalls den Mindestanforderungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention Genüge getan. Jenseits des Anwendungsbereichs des § 140 StPO wird auch ohne Mitwirkung eines Verteidigers den Geboten eines fairen Verfahrens Rechnung getragen. Zu dessen Gewährleistung bedarf es dann auch nicht der Mitwirkung eines Dolmetschers bei Vorbesprechungen mit dem nicht notwendigen Verteidiger. Damit besteht keine Notwendigkeit zur gerichtlichen Beiziehung eines Dolmetschers zu Verteidigergesprächen, erst recht nicht zur Bestellung eines Pflichtverteidigers zur Abwendung des Dolmetscherkostenrisikos³⁷.

d) Die Nichtbestellung eines Pflichtverteidigers in jenen Fällen entspricht zudem praktischen Anliegen und vermeidet grobe Ungerechtigkeiten. Die fraglichen Entscheidungen sind – bewußt überspitzt formuliert – bestimmt für einen sprachunkundigen Bettelmann, der sein

³⁷ So im Ergebnis auch OLG Frankfurt, NJW 1981, S. 533; LG Koblenz, MDR 1987, S. 431.

letztes Geld zusammengekratzt hat oder sich Geld borgen konnte, um einen Wahlverteidiger zu bezahlen, mit diesem aber die Verteidigung nicht besprechen kann, weil er jenseits dieser Mittel den dafür unerläßlichen Dolmetscher nicht bezahlen kann. Diesen Beschuldigten wird es in Wirklichkeit kaum geben; er erscheint eher wie ein konstruiertes Phantom. Es liegt auf der Hand, daß derjenige, der es ungeachtet seiner bedrängten finanziellen Verhältnisse für nötig hält und dem es auch gelingt, das Geld für einen Wahlverteidiger aufzutreiben, an darüber hinaus gehenden, regelmäßig beträchtlich geringeren Dolmetscherkosten nicht scheitern wird. Vielfach bedarf es zudem für eine hinreichende Verständigung mit dem Verteidiger noch nicht einmal eines Dolmetschers: Jenseits der — beispielsweise in Berlin in weiten Bereichen faktisch gegebenen — Möglichkeit eigener Fremdsprachenkenntnis als Verteidiger befähigter Rechtsanwälte oder von ihnen angestellter Hilfskräfte kommt gerade in den einfacheren Fällen nicht notwendiger Verteidigung oft eine Sprachmittlung durch eine deutsch sprechende Vertrauensperson des finanziell bedrängten Beschuldigten in Betracht.

Tatsächlich führt die besprochene Praxis offensichtlich dazu, daß Rechtsanwälte die Verteidigung eines armen sprachunkundigen Beschuldigten ohne jede Kostenabsicherung übernehmen können; die Bezahlung eines Dolmetschers für Vorbereitungsgespräche mit dem Mandanten — eigentlicher Sinn der praktizierten Beiordnung — fällt nebenbei ab³⁸. Hierin liegt eine offensichtlich ungerechte Besserstellung des sprachunkundigen Beschuldigten gegenüber wirtschaftlich gleich schlecht gestellten, aber deutsch verstehenden Beschuldigten. Besonders deutlich wird das in Strafverfahren, in denen ein sprachunkundiger Ausländer auf der Grundlage jener Praxis den Beistand eines Pflichtverteidigers genießt, während sein ebenfalls ausländischer Mitangeklagter, der aber in Deutschland zur Schule gegangen ist, nicht in diesen Genuß kommt, obgleich er wirtschaftlich möglicherweise noch weit schlechter gestellt ist.

3. a) Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Eine Auslegung des geltenden Strafverfahrensrechts, wonach das Risiko für Dolmetscherkosten, die wegen des gebotenen Kontakts mit dem Verteidiger anfallen, dem sprachunkundigen Beschuldigten nur im Falle der Pflichtverteidigerbestellung genommen wird, jene aber auch bei armen Beschuldigten nur in den schwerer wiegenden, von § 140 StPO erfaßten Fällen erfolgt, ist verfassungsrechtlich unbedenklich und genügt den Mindestanforderungen der Menschenrechtskonvention.

³⁸ Es wäre reizvoll zu prüfen, ob wegen Sprachunkundigkeit und Armut des Beschuldigten bestellte Pflichtverteidiger überhaupt in jedem Fall Dolmetscheraufgaben mitberechnen.

b) Eine abweichende Regelung, die den Intentionen der Menschenrechtskonvention großzügiger Rechnung trüge, wäre rechtspolitisch diskutabel: Danach könnte entweder jeder Strafverteidiger notwendige Auslagen für Dolmetscher aus der Staatskasse erstattet verlangen; eine solche Regelung – gegen die Kostenargumente sprechen dürften, wenngleich sie vielleicht nicht viel teurer wäre als die Praxis weitgehender Pflichtverteidigerbestellung in diesem Bereich – könnte in die Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte eingestellt werden. Oder jeder Verteidiger könnte für notwendige vorbereitende Gespräche mit seinem Mandanten – naheliegend regelmäßig erst nach Anklageerhebung – die gerichtlich angeordnete Zuziehung eines Dolmetschers auf Staatskosten verlangen; eine solche – wohl etwas weniger kostspielige – Regelung könnte in § 185 GVG integriert oder der Vorschrift nachgestellt werden.

Erachtet man – über das hier Vertretene hinausgehend – eine solche Verfahrensweise als von Art. 6 Abs. 3 e MRK gefordert, läge nahe zu erwägen, ob sich die letztgenannte Regelung aus einer Gesamtschau von Art. 6 Abs. 3 c und e MRK sowie § 185 Abs. 1 Satz 1 GVG herauslesen ließe, mithin bereits dem geltenden Recht entnommen werden könnte^{38a}.

c) Dies müßte erst recht gelten, wenn – anders als hier vertreten – für geboten gehalten wird, das Dolmetscherkostenrisiko beim Kontakt mit dem Verteidiger jedenfalls armen sprachunkundigen Beschuldigten abzunehmen. Die gerichtlich veranlaßte Beiziehung eines Dolmetschers für Kontaktgespräche mit dem Verteidiger scheitert nicht notwendig am Mangel entsprechender Verfahrensvorschriften; eine weite Auslegung der eben erwähnten Normen ließe sie zu. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund, daß auch die Veranlassung schriftlicher Übersetzungen im Strafverfahren ohne spezielle gesetzliche Grundlage erfolgt.

Läßt sich aber die sprachliche Hilfe, wenn sie als unerlässlich angesehen wird, nach geltendem Verfahrensrecht auch gewähren, besteht für die – eine gleichheitswidrige Besserstellung gegenüber sprachkundigen Beschuldigten verursachende – Bestellung eines Pflichtverteidigers für sprachunkundige mittellose Beschuldigte keinesfalls Anlaß.

IV. Schluß

Eingedenk des witzigen, aber auch tiefsinnigen Bonmots „Alle Menschen sind Ausländer – fast überall“, kann wohl jeder mit ein wenig

^{38a} So nunmehr in Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung jedenfalls bei notwendiger Verteidigung KG, StrV 1990, S. 171.

Phantasie und Sensibilität versuchen, sich in die Situation eines Menschen zu versetzen, der in einem Land, dessen Sprache er nicht versteht, einer Straftat beschuldigt wird und der unter der Drohung mehr oder weniger belastender Bestrafung — möglicherweise gar nach Untersuchungshaft — dort vor Gericht steht, ohne daß er der Verhandlung in der Gerichtssprache folgen könnte. Jeder kann versuchen nachzuempfinden, welche Hilfen er als Beschuldigter in einer solchen Lage erwarten oder vermissen würde. Wenn ein Strafrichter über die Vorgehensweise in einem Verfahren gegen einen sprachunkundigen Beschuldigten und über die Gewährung etwa notwendiger Hilfestellungen zur Überwindung der Sprachbarriere nachzudenken hat, sollte er solche Überlegungen gelegentlich anstellen. Sie können ihm Entscheidungshilfe und Kontrolle für die Richtigkeit bei der Gesetzesauslegung gewonnener Ergebnisse sein.

Polizeiliche Ermittlungsarbeit und Legalitätsprinzip

WILFRIED BOTTKE

Ein Strafverfahren, das in allen seinen Stadien, also auch und gerade in seinem polizeilichen Ermittlungsabschnitt, die faktische Normgeltung strafbewehrter Verhaltensregeln im Interesse freiheitlich-friedlichen Zusammenlebens aller abzusichern sucht¹, befördert die kollektive Bereitschaft, die Freiheiten anderer durch zukünftig straftatenfreies Verhalten zu respektieren, nur, wenn es seinerseits dezidiert rechtskonform und durchgängig grundfreiheitenachtend voranschreitet. Es war ein Hauptanliegen der Arbeit von *Karlheinz Meyer*, die Gebote rechtsstaatlichen Verfahrens zu präzisieren. Es sei daher gestattet, der chronologischen Abfolge polizeilichen Procedierens gehorchend, einige Konsequenzen rechtstreuen Agierens aus dem für die Polizei der Bundesrepublik Deutschland gültigen Legalitätsprinzip zu ziehen; dabei sei ausdrücklich eingeräumt, daß solche Deduktion themabedingt Argumentationsansätze ausblendet, die die Strafprozeßrechtsdogmatik andernorts bedenken muß.

A. Probleme der legalen Begründung eines polizeilich gehegten Anfangsverdachts und individueller Verdachtszuschreibung

In intrikate Problemfelder führt den Interpreten der §§ 163 I, 152 II StPO bereits die Frage, ob und auf welche Weise die Polizei jenseits der legalen Anzeigen Privater oder anderer behördlicher Organe sowie quasi zufälliger eigener Wahrnehmungen den Anfangsverdacht gewinnen kann, der ihr das „Recht zum ersten Angriff“ und zu strafprozessualen Zwangsbefugnissen – seien es eigene, seien es staatsanwaltliche²

¹ Vgl. *Bottke*, Grundlagen des polizeilichen Legalitätsprinzips, in: JuS 1990, S. 81 ff.

² Die Staatsanwaltschaft und alle Polizeibeamten haben folgende Zwangsbefugnisse: 1. das Recht zur vorläufigen Festnahme, §§ 127 II, 163 b I S. 2 StPO; 2. das Recht zur Vornahme erkennungsdienstlicher Maßnahmen, §§ 81 b, 163 b I S. 3 StPO; 3. das Recht zur Identifikationsfeststellung, § 163 b StPO.

oder ermittlungsrichterliche³ — eröffnet. Selbst soweit ein Verdacht bezüglich einer Straftat besteht, muß dies nicht — auch ansatzweise nicht — gegenüber demjenigen der Fall sein, der von Fahndungsmaßnahmen, insbesondere verdeckter oder computergestützter Art, betroffen und nur unter Umständen in einer Vielzahl überprüfter Personen erst dank des Einsatzes verdeckter oder computergestützter Mittel zum Tatverdächtig(t)en wird.

I. Grundrechtseingriffslose Gefahrenabwehr

Unbestritten ist der Polizei mit dem Schutz der Allgemeinheit oder des einzelnen vor Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung auch die Verbrechensverhütung anvertraut⁴. Soweit sich die informationelle polizeiliche Aktivität als Verhütung einer zwar nicht unmittelbar bevorstehenden⁵, jedoch auf Grund bestimmter Umstände immerhin schon erkennbaren Gefahr, eine rechtswidrige Straftat würde begangen werden, begreifen läßt, ist anfangsverdachtsaufdeckende planmäßige

Die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten haben darüber hinaus folgende Zwangsbefugnisse: 4. die Beschlagnahme nach § 98 I StPO und nach § 111 c I i. V. m. § 111 e I S. 2 StPO; 5. die Durchsuchung nach §§ 102, 103 I S. 1 i. V. m. 105 I S. 1 StPO; 6. die Anordnung körperlicher Untersuchungen nach §§ 81 a II, 81 c V StPO; 7. die Errichtung von Kontrollstellen nach § 111 II StPO; 8. die Schleppnetzfahndung nach § 163 d II S. 1 StPO.

Allein der Staatsanwaltschaft stehen folgende Zwangsbefugnisse zu: 9. die Durchsuchung nach § 103 I S. 1 i. V. m. § 105 I S. 2 StPO; 10. die Durchsicht der Papiere des von der Durchsuchung Betroffenen nach § 110 I StPO; 11. die Anordnung der Überwachung und Aufnahme des Fernmeldeverkehrs auf Tonträger (§ 100 a StPO) nach § 100 b I S. 2 StPO.

³ Ermittlungsrichterliche Zwangsbefugnisse sind: 1. Untersuchung anderer Personen als den Beschuldigten (§ 81 c III, V StPO), 2. die Anordnung der Beschlagnahme (§§ 94 ff, 98 StPO und für die Post §§ 99, 100 StPO), er kann auch 3. den Fernmeldeverkehr überwachen lassen (§§ 100 a, 100 b I StPO), 4. Durchsuchungen und Sicherstellungen vornehmen lassen (§§ 102, 103, 105 I, 111 e I 1 StPO), 5. Kontrollstellen errichten (§ 111 II StPO), 6. die Fahrerlaubnis vorläufig entziehen (§ 111 a I StPO), 7. Druckerzeugnisse beschlagnahmen (§§ 111 m, n StPO), 8. die Möglichkeit der Untersuchungshaft (§§ 112 ff StPO), 9. die einstweilige Unterbringung (§ 126 a StPO), 10. das vorläufige Berufsverbot nach § 132 a StPO und 11. sonstige Maßnahmen (§ 132 StPO).

⁴ Vgl. nur Art. 2, 5 II Nr. 1 BayPAG i. d. F. vom 21. 07. 1983.

⁵ Anders als konkrete polizeiliche Maßnahmen, wie etwa solche gegen Nichtstörer (Art. 12 I BayPAG), setzt die Aufgabe der Deliktsverhütung keine unmittelbar bevorstehende Gefahr voraus, vgl. *Samper*, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz — PAG —, 17. Aufl., 1987, Art. 2 Rdn. 31. *Kniessel*, Neue Polizeigesetze contra StPO, in: ZRP 1987, S. 377 ff, S. 381.

Vorfeldarbeit (z. B. durch Razzien) nach allgemeinen präventivpolizeilichen Grundsätzen bei Beachtung der sonstigen rechtlichen Schranken zulässig. Unbedenklich sind ferner Streifen sowie die gefahrgerechte Beobachtung erfahrungsgemäß Gewalttätigkeiten produzierender Gruppen, wie etwa von zu Fußballspielen anreisender alkoholierter Fans. Denn es muß der Polizei durch ihren legalen Verhütungsauftrag gestattet sein, sich sachadäquat durch schlicht hoheitliche Maßnahmen auf die Abwehr von hic et nunc schon indizierten Gefahren vorzubereiten, ohne abwarten zu müssen, bis sich die Gefahrenlage zu akuter Realisierungsdrohung zuspitzt.

II. Grundrechtseingriffsrelevante Informationsgewinnung und -verarbeitung

Den „crucial point“ erreichen Maßnahmen der Informationsbeschaffung und -speicherung, wenn sie hoheitliche Grundrechtseingriffe darstellen und daher grundsätzlich einer formellgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen. Zwar gehören Datenbeschaffung und -speicherung über kriminalitätsgeneigte Personen und Gegebenheiten in Polizeiakten und Dateien „seit jeher zu selbstverständlichen polizeilichen Aktivitäten“⁶. Zum einen hat die technische Perfektionierung aber das Gewinnen und Horten von Repressiv- und Präventivdaten über kriminalitätsrelevante Umstände auf eine neue Qualitätsstufe gehoben; es macht z. B. einen Unterschied, ob Polizisten Karteikästen manuell führen und auswerten, ohne technische Hilfsmittel Personen beobachten oder ob sie auf die Hochtechnologie moderner Informationsgewinnung oder elektronischer Datensysteme eigener oder gar fremder Provenienz⁷ zurückgreifen könn(t)en, die eine ständige perfekte Überwachung und Kontrolle der Bürger ermöglichen. Zum anderen steht seit dem Volkszählungsentscheid des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 15. 12. 1983⁸ bindend fest, daß Art. 2 I GG dem einzelnen ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung verbürgt, in dessen Schutz-

⁶ BVerfGE 65, S. 1 ff.

⁷ Zu nennen ist erstens das polizeiliche Informations- und Auskunftssystem (INPOL, vgl. PDV 100/1.6.3.4) mit dem BKA als Zentralstelle (vgl. § 2 BKAG). Dem BKA-INPOL entsprechen Informations- und Auskunftssysteme der Länderpolizeien, vgl. dazu *Eisenberg*, Kriminologie, 2. Aufl., 1985, § 27 Rdn. 9.

⁸ BVerfGE 65, S. 1 ff.

bereich Hoheitsträger nur spezialgesetzlich legitimiert eingreifen dürfen; auch bei Applikation der Übergangsjudikatur des BVerfG⁹ verkürzt der seit Ende 1983 verstrichene Zeitraum immer mehr die Spanne, in der grundrechtsrelevante Akte polizeilicher Informationsgewinnung auch oberhalb der Eingriffsschwelle noch auf Herkommen und Unerläßlichkeit als Säulen gewohnheitsrechtlicher Legitimation gestützt werden dürfen.

1. Es muß daher selbst bei Gegebensein einer konkreten Gefahr oder eines Anfangstatverdacht z. B. entschieden werden, ob *polizeiliche Observation und Beobachtung* bestimmter Personen, die als Kriminelle und individuelle „Tatverdachtszuständige“ geargwohnt werden, stets oder nur unter einschränkenden Kautelen – etwa danach differenzierend, ob die Observation verdeckt oder offen, über einen längeren oder kürzeren Zeitraum erfolgt, – als „Eingriff“ in die durch Art. 2 I GG garantierte Freiheit des Beobachteten zu qualifizieren ist und daher gesetzlicher Ermächtigung bedarf. Denn entgegen widerstreitender Ansicht genügt die gegebene „langdauernde Übung“ der Observation „in Rechtsüberzeugen“¹⁰ jedenfalls nicht, um jedwede Observation auf vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht¹¹ zu stützen und so das konstitutionelle rechtsstaatliche Postulat spezialgesetzlich verankerter Eingriffsbefugnisse zu unterlaufen. Wäre es anders, hätte z. B. auch die Judikatur des BVerfG zur Illegimität hoheitlicher Grundrechtseingriffe im vorkonstitutionell anerkannten besonderen Gewaltverhältnis des Strafgefangenen¹² anders ausfallen müssen.

a) Wer sich vom Schrifttum eine einhellige Antwort auf die „Eingriffsfrage“ erhoffte, sähe sich sogleich enttäuscht. Teils wird die Observation¹³ als „ständige, und im allgemeinen unauffällige, Rund-um-die-Uhr Beobachtung von Personen, Objekten oder Vorgängen“¹⁴ sowie erst recht die weniger intensive, weil nicht ständige Beobachtung

⁹ Vgl. BayVerfGH, DVBl 1986, S. 35 ff; BVerfGE 33, S. 1 ff, S. 12 f; 41, S. 251 ff, S. 267; 51, S. 268 ff, S. 290 ff.

¹⁰ Vgl. Krey, Strafverfahrensrecht, Band 1, 1988 Rdn. 488.

¹¹ Nach h. M. sollen staatliche Einzelbefugnisse durch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht möglich sein, vgl. BVerfGE 9, S. 338 ff, S. 343; 15, S. 226 ff, S. 233; 22, S. 114 ff, S. 128. Aus der Lit. vgl. Krey, Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlichrechtlichem Gesetzesvorbehalt, in: Festschr. f. Blau, 1985, S. 123 ff.

¹² BVerfGE 33, S. 1 ff.

¹³ Nach den vom BKA herausgegebenen INPOL-Nachrichten waren im Oktober 1979 rund 5500 Personen von Polizeidienststellen des Bundes und der Länder zur Observation und Beobachtung ausgeschrieben, vgl. Riegel, Probleme der polizeilichen Beobachtung und Observation, in: JZ 1980, S. 224 ff.

¹⁴ Zitiert nach Krey, Strafverfahrensrecht, Band I, 1988, S. 192 Rdn. 482.

als eingriffslose Maßnahme dem § 163 StPO subsumiert¹⁵. Teils werden Beobachtung und Observation als Grundrechtseingriffe eingestuft, die weder durch die präventive noch durch die repressive polizeiliche Aufgabenzuweisung gedeckt seien¹⁶. Teils wird nur die Observation als derzeit illegaler Grundrechtseingriff beurteilt¹⁷.

b) Es sei nicht bestritten, daß das Illegalitätsverdikt mit der Observation und Beobachtung ein klassisches polizeiliches Mittel der Tatverdächtigenaufdeckung bei gegebenem Tatverdacht aus dem Arsenal polizeilicher Taktiken eliminieren würde, das wegen seiner Unverzichtbarkeit alsbald, sofern sich die Rechtsprechung zu solch rigider Rechtsstaatlichkeit durchränge, von der Legislative relegitimiert werden würde. Und eingeräumt sei, daß weder Beobachtung noch Observation das Recht auf informationelle Selbstbestimmung derart tangieren, wie das computergestützte Horten von Daten, das das Persönlichkeitsprofil des Betroffenen umfassend zeichnen läßt. Gleichwohl sei darauf insistiert, daß es de constitutione lata auch in der Bundesrepublik Deutschland über Art. 2 GG ein Recht, „alleine gelassen zu werden“, gibt; das US-amerikanische „right to privacy“, das ansonsten weniger extensiv als die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG interpretiert wird, schließt grundsätzlich das „right to be left alone“ ein¹⁸. Wer dies zu Ende denkt, muß zumindest die verdeckte oder offene Observation jedweden Bürgers, sei er „Schon-Tatverdächtiger“, sei er „Noch-Tatverdächtiger“, bereits jenseits einer Datenaufzeichnung als Grundrechtseingriff einschätzen und eine Norm einklagen, die der Polizei weiterhin den Einsatz dieses probaten Ermittlungsmittels in einem bereits auf Grund gegebenen Tatverdachts gegenüber Unbekannt anhängigen Verfahren ermöglicht. Erst recht ist diese Forderung zu stellen, wenn und soweit Beobachtung und Observation deliktprophylaktisch aus zwingenden präventivpolizeilichen Gründen oder zur Aufdeckung anfangsverdachtsloser, jedoch vermuteter Taten außerhalb anhängiger Ermittlungsverfahren eingesetzt werden sollen. Denn zur Aufdeckung oder Verhütung geargwöhnter oder befürchteter Taten

¹⁵ So z. B. *Meyer-Gossner/Löwe/Rosenberg*, StPO, 23. Aufl., 1978, § 163 Rdn. 17. Vgl. auch *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, in: NJW 1985, S. 1 ff, S. 3 f. Vgl. aber nunmehr *Rieß/Löwe/Rosenberg*, StPO, 24. Aufl., 1988, § 163 Rdn. 50 ff.

¹⁶ Vgl. z. B. *Baumann*, Forum: Wie reformbedürftig ist die Strafprozeßordnung, in: JuS 1987, S. 681 ff, S. 684.

¹⁷ *Schenke*, Polizei und Ordnungsrecht, in: *Steiner* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, S. 143 ff, Rdn. 70; *Kable*, Polizeiliche Aufklärungs- und Observationsmaßnahmen, Jur. Diss. Bielefeld 1983, S. 30.

¹⁸ Vgl. zum „right to be left alone“ als Teil des „right to privacy“ *Fellmann*, The Defendant's Rights Today, Madison/Wisconsin 1976, S. 254 m. w. N.

jenseits eines bereits gegebenen Anfangsverdacht es scheiden strafprozessuale Kompetenznormen von vorneherein aus. Und schließlich wäre der Einsatz moderner Observationsmittel wie etwa von Richtmikrofonen, Infrarotkameras, Funkpeilgeräten, „Wanzen“ und Bild- sowie Tonaufzeichnungsgeräten auch jenseits von Eingriffen in spezielle Grundrechtsbereiche wie z. B. Art. 10, 13 GG auf eine gesetzliche Basis zu stellen. *Nota bene*: Über die verfassungsgerechtl. Legitimität solch weitgespannter Eingriffsbefugnisse (auch präventivpolizeilicher Art!) im übrigen ist damit nichts gesagt.

c) Der Referentenentwurf aus dem Bundesministerium der Justiz für ein Gesetz zu Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensgesetzes – Strafverfahrensänderungsgesetz 1988 (StVÄG-E 1988)¹⁹ – versucht in seinen §§ 163 e–163 i Beobachtung, Observation und die damit verbundenen weiteren Maßnahmen auf eine rechtsstaatlichen Erfordernissen genügende gesetzliche Grundlage zu stellen.

Nach § 163 e kann der Beschuldigte zur Beobachtung einer grenz- oder sonstigen polizeilichen Kontrolle ausgeschrieben werden, um die Meldung von (beispielhaft erläuterten) „Umstände(n) des Antreffens“ zu ermöglichen. Voraussetzung hierfür sind der auf bestimmte Tatsachen gegründete Verdacht einer erheblichen Straftat sowie die Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme, vgl. §§ 163 e, 163 h. Die Maßnahmen sind von dem Richter anzuordnen. Bei Gefahr im Verzug kann die Staatsanwaltschaft Maßnahmen nach § 163 e anordnen (§ 163 i I S. 1), wobei die staatsanwaltschaftliche Maßnahme innerhalb von drei Tagen vom Richter zu bestätigen ist, um gültig zu bleiben (§ 163 i I S. 3 u. 4). Nach § 163 f i. V. m. § 163 i I S. 1 können Richter und bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten die Observation des Beschuldigten anordnen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht einer erheblichen Straftat begründen; einer solchen Anordnung bedarf nur eine Observation, die länger als 24 Stunden dauert oder an mehr als zwei Tagen stattfinden soll (§ 163 f I Nr. 1 u. 2). Gemäß § 163 g dürfen technische Observationsmittel verwendet sowie z. B. Lichtbilder und Bildaufzeichnungen hergestellt werden, ohne daß der Verdacht einer erheblichen Straftat auf bestimmte

¹⁹ Abgedruckt mit Auszügen aus der Begründung in: StV 1989, S. 172 ff. Zur Kritik vgl. *Crummenerl*, Sicherheitsstaat und Strafverteidigung, in: StV 1989, S. 131 ff.; *Lücke*, Zum StVÄG '88: Konzeptionslosigkeit als Programm?, in: DRiZ 1989, S. 306; *Strate*, Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des DAV zum StVÄG 1988, in: StV 1989, S. 406 ff.; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (DRB) in: DRiZ 1989, S. 305 ff., S. 352 f., S. 396 f.; Stellungnahme der Arbeitsgruppe 2 vom 13. Strafverteidigertag in Köln vom 21.–23. 4. 1989, in: StV 1989, S. 274 ff.

Delikte verengt wäre. Lediglich das Abhören sowie das Aufzeichnen des nichtöffentlich besprochenen Wortes sind an den Verdacht einer Katalogtat des § 100 a StPO gebunden (§ 163 g I). Besonders geregelt ist das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort, das nur abgehört und aufgezeichnet werden darf, soweit es im Beisein eines nicht offen ermittelnden Beamten geäußert wird (§ 163 g II S. 1). Nicht-richterlich angeordnete Maßnahmen sind an die innerhalb von drei Tagen zu erfolgende Bestätigung des Richters gebunden (§ 163 i I S. 3).

Gegen die – regelungstechnisch komplizierten – Vorschriften des StVÄG-E 1988 sind gravierende Monita zu erheben. Um nur einige zu nennen: Was eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist, bleibt der Abwägung im Einzelfall vorbehalten, ohne daß das Gesetz den Kreis der fallrelevanten Umstände definieren würde²⁰. Desweiteren ist die keiner richterlichen Bestätigung bedürftige Kompetenz der Polizei nach § 163 g I Nr. 1 abzulehnen; sie ist in einem Ermittlungsverfahren, das unter der durchgängigen Rechtskontrolle der Staatsanwaltschaft steht, ein Fremdkörper. Der in § 163 e II S. 1 zugelassene Lauschangriff auf das in einer privaten Wohnung nichtöffentlich gesprochene Wort ist durch die bloße Anwesenheit eines verdeckten Ermittlers nicht hinreichend legitimiert²¹. Die Benachrichtigung des Betroffenen gemäß § 163 i IV ist wegen der typischerweise fehlenden rechtsbehelflichen Gegenwehrchance des Betroffenen durch das explizite Einräumen nachträglicher Rechtskontrolle (Rechtswidrigkeitsfeststellung) zu ergänzen.

2. a) Wie die polizeiliche Informationserhebung durch Observation, so ist trotz der neuen Gesetzesvorschriften zur ZEVIS-Anfrage (beim Kraftfahrzeugbundesamt mit unmittelbarem Abrufrecht im automatisierten Verfahren nach § 36 StVG²²) sowie zur sogenannten Reusen- oder Schlepptnetzfangung (nach § 163 d StPO²³ mit der Möglichkeit, bei Personenkontrollen an der Grenze oder bei Kontrollstellen nach

²⁰ Die in § 163 f genannten zeitlichen Grenzen tragen nicht der Einsicht Rechnung, daß jede Observation (etwa auch die nur für einen Tag in Aussicht genommene) einen spezialgesetzlicher Legitimation bedürftigen Grundrechtseingriff beinhaltet; jede intendierte Lebensüberwachung belastet den Bürger in seiner Grundfreiheit. Intendierte Lebensüberwachung ist etwas anderes als das bloß zufällige Beobachtetwerden.

²¹ Die Kritik des Deutschen Richterbundes ist abgedruckt in: DRiZ 1989, S. 305 ff, S. 352 f, S. 396 f.

²² Unter ZEVIS-Anfrage versteht man die Abrufung von Fahrzeug- und Halterdaten im automatisierten Verfahren (§ 36 StVG), vgl. dazu *Lütkes|Meier|Wagner|Emmerich*, Straßenverkehrsrecht, Stand Oktober 1987, zu § 36 StVG; *Rüth|Berr|Berz*, Straßenverkehrsrecht, 2. Aufl., 1988, zu § 36 StVG.

²³ Zu § 163 d StPO vgl. *Baumann*, Einige Gedanken zu § 163 d StPO und seinem Umfeld, in: StV 1986, S. 494 ff; *Rogall*, Frontaleingriff auf die Bürgerrechte oder notwendige Strafverfolgungsmaßnahme?, in: NStZ 1986, S. 385 ff.

§ 111 StPO anfallende Daten von Personen mit bestimmten Suchkriterien, vorübergehend zu speichern und zu überprüfen) die *computergestützte Ermittlungsarbeit* der Polizei bislang überwiegend gesetzlich unregelt geblieben. Soweit derartige Fahndungsmittel – wie etwa die sogenannte Rasterfahndung durch vergleichende Überprüfung bestimmter privater oder öffentlicher Datensammlungen nach vorher festgelegten kriminalistischen Merkmalen²⁴ – in das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen (etwa der datenvergleichenen Kunden eines Elektrizitätswerkes und der in einer Gemeinde Gemeldeten) eingreifen, reichen weder ein etwaig gegebener Anfangsverdacht i. S. der §§ 163 I, 152 II, 160 I StPO noch eine Gefahr i. S. präventivpolizeilicher Aufgabenzuweisung hin, um diesen Eingriff zu legalisieren. § 94 StPO versagt selbst bei gegebenem Tatanfangsverdacht und Gefahr im Verzuge als polizeiliche Kompetenznorm, weil den verglichenen Inhabern personenbezogener Daten der Tatverdacht (etwa der Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung) trotz der abstrakten Beweisbedeutung nicht individuell-konkret askribiert werden kann²⁵. Auch §§ 103 und 110 StPO genügen nicht den durch das BVerfG im Volkszählungsurteil für Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht genannten Anforderungen²⁶.

Das maschinelle Abgleichen der in verschiedenen Dateien gespeicherten Daten, die sog. Rasterfahndung, soll nach dem Referentenentwurf 1988 (StVÄG 1988) in §§ 98 a–c geregelt werden. Nach § 98 c können Strafverfolgungsbehörden²⁷ sämtliche zu Strafverfolgungszwecken gespeicherte Daten miteinander ohne Einschränkung abgleichen, wenn die Maßnahme die Aufklärung der Straftat aufgrund tatsächlicher Umstände zu fördern scheint. § 98 a ermöglicht darüber hinaus gegenüber Dritten – sowohl Behörden als auch Privaten – die Anordnung der Übermittlung von Daten und die Abgleichung dieser Daten untereinander und mit Daten, die zur Strafverfolgung erhoben worden waren. Den Gefahren dieser Erweiterung der Kompetenz des § 98 c sucht der Entwurf in zweierlei Weise Rechnung zu tragen: Erstens dürfen strafverfolgungsfremde Daten nur für die in § 98 a I Nr. 1 aufgelisteten Katalogtaten angefordert und abgeglichen werden. Zweitens darf die Maßnahme nur vom Richter – oder bei Gefahr im Verzuge von der Staatsanwaltschaft, deren Anordnung innerhalb von 3 Tagen richterlicher Bestätigung bedarf, – angeordnet werden.

Entgegen der Meinung des Deutschen Richterbundes²⁸, wonach § 98 a zu eng gefaßt sei, geht § 98 a zu weit: Dritte haben selbst solche Daten, die für die Strafverfolgung

²⁴ Zur Rasterfahndung vgl. *Riegel*, Rechtsproblem der Rasterfahndung, in: ZRP 1980, S. 300 ff; *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses, in: GA 1985, S. 1 ff; *Simon/Traeger*, Rasterfahndung, 1982, *Simon/Traeger*, Grenzen kriminalpolizeilicher Rasterfahndung, in: JZ 1982, S. 140 ff.

²⁵ Vgl. *Rudolphi/SK*, StPO, September 1986, Rdn. 51 vor § 94 StPO.

²⁶ Vgl. *Rudolphi/SK*, StPO, September 1986, Rdn. 51 vor § 94 StPO m. w. Nachw.

²⁷ So der im Entwurf mehrfach benutzte Begriff für Polizei und Staatsanwaltschaft, vgl. §§ 481, 482 des Entwurfes; vgl. auch § 163 d I 3 geltende StPO.

²⁸ Vgl. DRiZ 1989, S. 306 ff, S. 308.

Unwesentliches enthalten können, bereitzustellen. Dies gilt dem Wortlaut nach selbst dann, wenn Private Daten bereitstellen, aus denen sich strafbares Verhalten des Privaten selbst ergeben könnte. § 98 a III S. 2 schließt Risiken für die Selbstbezichtigungsfreiheit nur durch ein Quasi-Verwertungsverbot aus. Darüber hinaus ist § 98 c präzisierungsbedürftig; es sollte klargestellt werden, daß präventiv-polizeiliche Daten keinen „Funktionswandel“ erleiden und nur Katalogtaten abgeglichen werden dürfen.

b) Darüber hinaus sind Anlage und Benützung polizeieigener Dateien auf eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Grundlage zu stellen. Verwaltungsrichtlinien wie die vom Bundesministerium des Innern 1981 für das BKA erlassenen Dateien-Richtlinien²⁹ sowie die parallelen Richtlinien für die Führung kriminalpolizeilicher personenbezogener Sammlungen³⁰ entbehren gesetzlicher Dignität und vermögen daher nicht, die Fahndungsarbeit mit polizeilichen Informationssystemen wie INPOL und dessen Untergliederungen³¹ von entgegenstehenden rechtlichen Vorgaben zu befreien; so ist z. B. die nach KpsRi 1.2. mögliche und sinnvolle Anlage von Doppelakten bei Fahndungsersuchen der Staatsanwaltschaft bei polizeilicher „Teil-Aufbewahrung“ nach Erledigung des Ersuchens dem Monitum ausgesetzt, sie stehe in Widerspruch zu § 163 II S. 1 StPO, der bei buchstabenstarrer, die staatsanwaltliche Sachleitungsbefugnis wählender Interpretation mit der Übersendung aller Unterlagen über Strafverfolgungsdaten an die Staatsanwaltschaft auch ein polizeiliches Zurückbehaltungsrecht an erstellten Duplikaten und deren polizeiautome Verwaltung als Repressiv- und Präventivdaten excludiere³².

Auch hier versucht der StVÄG-E 1988 Rechtssicherheit zu schaffen. Durch die sog. „Öffnungsklausel“ des § 478 sollen von der Polizei zum Zwecke der Strafverfolgung erhobene Daten für präventive Aufgaben speicherungs- und verwendungsfähig gemacht werden. Dies ist nicht bedenkenfrei. Zwar würde die bisherige, in den Kps-Richtlinien festgelegte polizeiliche Praxis, zum Zwecke der Strafverfolgung erhobene Daten anschließend für die Gefahrenabwehr zu speichern, auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die Staatsanwaltschaft verlöre aber ihre Hoheit über die Daten³³,

²⁹ GMBI 1981, S. 114 ff.

³⁰ GMBI 1981, S. 120 ff.

³¹ Vgl. dazu näher *Merten*, Das Abrufrecht der Staatsanwaltschaft aus polizeilichen Dateien, in: *NSStZ* 1987, S. 11 ff.; *Rebmann/Schoreit*, Elektronische Datenverarbeitung (EDV) in Strafverfolgungsangelegenheiten und Datenschutz, in: *NSStZ* 1984, S. 2 f.; *Rogall*, Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses, in: *GA* 1985, S. 1 ff.; *Wiesel*, Befriedigend, aber manches fehlt noch, in: *Kriminalistik* 1986, S. 587 ff.; *Wolter*, Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz, in: *GA* 1988, S. 49 ff, S. 56 m. w. Nachw.

³² *Wolter*, Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz, in: *GA* 1988, S. 49 ff, S. 56 m. Nachw.; vgl. *BayVerfGH*, DVBl 1986, S. 35 ff.

³³ Der DRB weist im übrigen zutreffend darauf hin, daß es sich um keine „Umwidmung“ eigener Polizeidaten handelt, sondern um eine Datenübermittlung von der Staatsanwaltschaft an die Polizei — obwohl die Daten schon in Polizeibesitz sind —, die sich

sie hätte keinen Einfluß auf deren Vernichtung. Eine gesetzliche Einschränkung der Speicherung nach Art der Straftat und eine zeitliche Begrenzung für die Speicherung wäre vorzuziehen.

c) Allgemein formuliert: Jede polizeiliche Erhebung personenbezogener Daten, die nicht mit dem Wissen und Einverständnis des Betroffenen vor oder nach Begründung konkreten Tatanfangsverdacht erfolgt, tangiert das informationelle Selbstbestimmungsrecht und ist daher zukünftig innerhalb angemessener Zeit auf eine formalesgesetzliche Grundlage zu stellen. Weder bloße Aufgabenzuweisungsregeln noch § 34 StGB³⁴ geschweige denn Topoi wie die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege oder die Unerläßlichkeit, namentlich organisierte Kriminalität unter Einsatz aller modernen Hilfsmittel und verdeckter Fahndungsmethoden zu bekämpfen, ersetzen auch in ihrer Addition nicht die erforderliche spezialgesetzliche Befugnisnorm, mag solches Verdikt auch robuster Routine zuwiderlaufen; der Hinweis, daß auch im übrigen zukünftige Gesetze verfassungsrechtlichen Anforderungen zu genügen haben, kann hier nur hinzugefügt, nicht jedoch ausgeführt werden³⁵.

3. Vertrauter als die computergestützte Polizeiarbeit ist der Exegese materiellen und formellen Strafrechts die *verdeckte polizeiliche Informationsbeschaffung* durch den Einsatz von „undercover agents“.

a) Die Dogmatik materiellen Strafrechts hat diesen Einsatz seit altersher vornehmlich im Hinblick auf die Strafbarkeit eines agent provocateurs thematisiert, der einen Kriminalitätsgeneigten zu einer konkreten, strafprozessual leichten Beweises zugänglichen Tat anstiftet oder sich in sonstiger Weise an dessen Tat fördernd beteiligt³⁶. Die Lehre formellen Strafrechts hat die polizeiliche Informationserhebung durch Lockspitzeinsatz zunächst vorwiegend unter dem Aspekt diskutiert, ob und wie die einem Vertrauensmann der Polizei durch den undercover agent übermittelten Erkenntnisse in die Hauptverhandlung eingebracht werden können³⁷, zunehmend aber auch bereits den Einsatz von un-

auch äußerlich manifestieren müßte, z. B. durch das Speichern in anderen, getrennten Dateien.

³⁴ § 34 StGB ist keine Spezialbefugnisnorm und taugt schon deshalb nicht, hoheitlichen Organen in Konfliktsituationen, die erwartbar und daher spezial-gesetzlich regelungsfähig sind, Eingriffsrechte zu vermitteln, vgl. *Bottke, Wege der Strafrechtsdogmatik*, in: JA 1980, S. 93 ff, S. 95 in Besprechung von *Schaffstein*, Die strafrechtlichen Notrechte des Staates, in: Gedächtnisschr. f. Schröder, 1978, S. 97 ff.

³⁵ Vgl. dazu *Wolter*, Heimliche und automatisierte Informationseingriffe wider Datengrundrechtsschutz, in: GA 1988, S. 49 ff.

³⁶ Vgl. dazu statt aller *Roxin/LK*, StPO, 24. Aufl., § 31 Rdn. 50.

³⁷ Zur V-Mann-Problematik vgl. *Berz*, Polizeilicher agent provocateur und Tatverfolgung, in: JuS 1982, S. 416 ff; *Brunns*, „Widerspruchsvolles“ Verhalten des Staates als

dercover agents kritisiert³⁸. Die Rechtsprechung sieht grundsätzlich trotz einigen Schwankens weder den Einsatz polizeilicher Lockspitzel³⁹ noch die Verwertung gewonnener Informationen⁴⁰ als unzulässig an.

Durch die schon angegraute Diskussion samt ihren vielfach hin und her gewendeten Topoi schlägt die hier vertretene Interpretation des polizeilichen Legalitätsprinzips eine noch nicht begangene Argumentationsspur: Deutet man, wie erforderlich, die §§ 163 I, 160 I, 152 II StPO konsequent auch als Kompetenzregeln, die die Polizei nur bei schon *gegebenem* Tatanfangsverdacht zu repressivem Einschreiten befugen, ist ihr die verdachtsstiftende Deliktsprovokation schon aus strafprozeßrechtlichen Gründen verwehrt. Denn die genannten Normen setzen einen nicht von der Polizei erst produzierten, sondern in Gestalt konkreter Umstände gefundenen Anfangsverdacht, es habe sich eine Straftat ereignet, voraus; sie untersagen damit der Polizei, den Verdacht, der ihre Befugnis zu repressiver Straftataufklärung erst öffnet, tatstimulierend oder -fördernd zu manipulieren.

Präventivpolizeiliche Aufgaben und Befugnisse unterspülen diese Kompetenzschränke nicht. Denn jede Tatprovokation, wie z. B. die Frage eines Lockspitzels an einen mutmaßlichen Rauschgiftkonsumenten, ob er „Stoff“ ankaufen wolle, verstrickt den Adressaten staatlicher Tatstimulierung nicht nur in Tatumrecht, in das einzuwilligen bei Rechtsgütern der Allgemeinheit, wie der staatlichen Drogenverkehrshoheit,

neuartiges Strafverfolgungsverbot und Verfahrenshindernis, insbesondere beim tatprovokierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, in: NStZ 1983, S. 49 ff; *Dencker*, Die Zulässigkeit staatlich gesteuerter Deliktsbeteiligung, in: Festschr. f. Dünnebieber, 1982, S. 227 ff; *Franzheim*, Der Einsatz von Agents provocateur zur Ermittlung von Straftätern, in: NJW 1979, S. 2014 ff; *Lüderssen*, Die V-Leute-Problematik ... oder: Zynismus, Borniertheit oder „Sachzwang“?, in: Jura 1985, S. 113 ff; *Lüderssen* (Hrsg.), V-Leute, Die Fälle im Rechtsstaat, 1985; *K. Meyer*, Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23. 5. 1984 — Tatprovokierendes Verhalten polizeilicher Lockspitzel, in: NStZ 1985, S. 134 ff; *Rebmann*, Der Einsatz verdeckt ermittelnder Polizeibeamter im Bereich der Strafverfolgung, in: NJW 1985, S. 1 ff; *Rogall*, Strafprozessuale Grundlagen und legislative Probleme des Einsatzes verdeckter Ermittler im Strafverfahren, in: JZ 1987, S. 847 ff; *Schlegel*, Der verführte Dritte, 1985; *Schumann*, Verfahrenshindernis bei Einsatz von V-Leuten als agents provocateurs?, in: JZ 1986, S. 66 ff; *Sieg*, Die staatlich provozierte Straftat, in: StrV 1981, S. 636 ff; *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten: zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise, 1983.

³⁸ Vgl. statt aller zum Einsatz von Lockspitzeln *Voller*, Der Staat als Urheber von Straftaten: zur Berechtigung des Einsatzes von Lockspitzeln und zur Verwendbarkeit der durch sie geschaffenen Beweise, 1983.

³⁹ Vgl. BGHSt. — GrS — 33, S. 356 ff. Eine knappe Darstellung der jüngsten Rechtsprechungsgeschichte bei *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 21. Aufl., 1989, § 21 B III 4.

⁴⁰ BGHSt — GrS — 32, S. 115 ff.

in der Dispositionsmacht des Staates liegen mag. In der Verstrickung liegt auch ein hoheitlicher Eingriff in das Recht jedes Menschen auf straftatenfreie Sozialisation; wenn schon jeder Strafgefangene ein grundrechtlich durch Art. 2 I GG geschütztes Sozialisationsrecht hat, das ihn vor dissozialisierender massenmedialer Verwertung seines kriminellen Werdeganges bewahrt⁴¹, so hat auch jeder in Freiheit Befindliche kraft Art. 2 I GG ein Grundrecht auf ungestörte Sozialisation, das ihm Freiheit vor ihn dissozialisierender Tatverstrickung durch staatliche Organe verbürgt. Sicher, man darf annehmen, daß staatliche „Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation“⁴² als ultima ratio polizeilicher Verbrechensbekämpfung regelmäßig nur gegenüber Personen geübt wird, denen kriminelle Tendenzen bescheinigbar sind. Allein, auch diesem Personenkreis stehen die Unschuldsmaxime des Art. 5 II EuMRK⁴³, 14 II IPbPR⁴⁴ sowie Art. 2 I GG zur Seite – ohne Rücksicht darauf, ob sie „einschlägig“ polizeilich vorbekannt sind oder nicht. Akzeptiert man die hier entwickelte These, Tatverdachtschaffung durch polizeiliche Tatprovokation greife wegen ihres dissozialisierenden, den Status eines Tatverdächtigten schaffenden Effektes in den Schutzbereich des Art. 2 I GG, in das Recht auf möglichst ungestörte Sozialisation, ein, so bedarf der tatstimulierende polizeiliche Lockspitzeinsatz – unbeschadet anderweitiger gravierender Bedenken – zumindest einer spezialgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, die im geltenden Recht mit gutem Grund nicht zu finden ist.

Es mag sein, daß solche Deduktion von allzu großer Blauäugigkeit durchwirkt scheint. Die hier vertretene Leseweise der §§ 163 I, 152 II, 160 I StPO und des Art. 2 I GG darf aber darauf hinweisen, daß der tatverdachtsstiftende Einsatz polizeilicher agent provocateurs noch die Eingriffsschwere verdeckter und computergestützter Fahndungsarbeit übersteigt. Denn während diese allenfalls Anfangsverdachte aufdeckt und individuelle Tatverdachtszuschreibungen ermöglicht, konstituiert jene mit der Auslösung einer konkreten Tat erst den Tatverdacht. Wer solches Tun in bestimmten Kriminalitätsbereichen, etwa der Betäu-

⁴¹ BVerfGE 35, S. 202 ff.

⁴² Vgl. *Lüderssen*, Die V-Leute-Problematik ... oder: Zynismus, Borniertheit oder „Sachzwang“, in: Jura 1985, S. 113 ff, in einprägsamer Formulierung.

⁴³ EuMRK = Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (BGBl. 1952 II S. 686, S. 953). Eine Ratifikationstabelle findet sich bei *Frowein/Peukert*, EMRK-Kommentar, 1985, Anhang C, S. 580 ff.

⁴⁴ IPbPR = Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBl. 1973 II S. 1534). Zu den weiteren Vertragsparteien s. BGBl, Fundstellennachweis B, abgeschlossen am 31. Dezember jedes Jahres.

bungsmitteldelinquenz, für notwendig hält, sollte sich auch zu der legislatorischen Kundgabe solchen Dafürhaltens bekennen.

b) Es ist zu begrüßen, daß der StVÄG-E 1988 in seinem § 163 k den Einsatz verdeckter Ermittler durchgängig an die Existenz eines bereits gegebenen Straftatverdachtens von erheblichem Gewicht (vgl. im einzelnen § 163 k I S. 1 Nr. 1–4, S. 2 sowie § 163 k II) bindet; jegliche Tatverdachtsmanipulation und damit erst recht jegliche Tatprovokation ist verdeckten Ermittlern verwehrt. Ferner ist beifallswürdig, daß der Entwurf an der Illegalität und Illegitimität strafatbestandsmäßigen Verhaltens auch in Form etwaig erbetener „Vertrauensbeweise“ festhält; lediglich soweit es für den Aufbau oder zur Aufrechterhaltung der dem verdeckten Ermittler verliehenen Legende (§ 163 l I) unerlässlich ist, gestattet § 163 l II urkundendeliktische Handlungen (vgl. § 163 l II S. 1 u. 2). Sodann verdient entschiedene Zustimmung, daß als verdeckte Ermittler gemäß § 163 l I nur Beamte des Polizeidienstes eingesetzt werden dürfen; die georgwöhnte Praxis, namentlich im Felde der Betäubungsmittelkriminalität würden Drogenkonsumenten und Kleindealer zu verdeckten Ermittlungsarbeiten herangezogen, hätte bei dieser Interpretation des § 163 l I i. V. m. § 163 k keine Grundlage. Und schließlich ist entgegen dem Deutschen Richterbund das Bemühen des Entwurfes zu unterstützen, den Einsatz von verdeckten Ermittlern an die vorherige Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§ 163 k IV S. 1) bzw. des Richters (§ 163 k V S. 1) zu binden und den bei Gefahr im Verzug nichtstaatsanwaltschaftlich bzw. nichtrichterlich angeordneten Einsatz der notwendigen Zustimmung binnen drei Tagen seitens der Staatsanwaltschaft bzw. des Richters zu unterwerfen (§ 163 k IV S. 2, V S. 2). Denn verdeckte Ermittlertätigkeit ist typischerweise mit einer durch die Nutzung der Legende verknüpften Täuschung (§ 163 m S. 1) sowie der Gefahr des Abgleitens in Subkultur verknüpft; beidem ist durch strikte staatsanwaltschaftliche bzw. richterliche Rechtskontrolle zu steuern, zumal nur so das Verbot der Deliktsbegehung (vgl. auch § 163 m) im Hinblick auf seine Erfüllung überwachbar wird. Den Preis, daß so manche Deliktsfelder nicht aufklärbar werden, zahlt ein materieller Rechtsstaat bereitwillig.

Freilich ist auch mancherlei Kritik angebracht. So ist zu fordern, daß die in § 163 k I S. 1 Nr. 1–4 genannten Kriminalitätsbereiche nicht nur durch das Erfordernis des Verdachtens einer Straftat von erheblicher Bedeutung eingeengt werden. Allzu diffus ist trotz der Voraussetzung bestimmter Tatsachen auch die in § 163 k I S. 2 eröffnete, deliktsfeldsprengende Möglichkeit, bei Gefahr der Wiederholung eines Verbrechens verdeckte Ermittler einzusetzen, zumal so das Tor zur präventiven Tätigkeit geöffnet wird; nicht minder vage ist das in § 163 k II genannte

Merkmal der „besonderen Bedeutung der Tat“. Die Erlaubnis, in einem Strafverfahren die wahre Identität des verdeckten Ermittlers selbst gegenüber der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht geheimzuhalten (§ 163 I III S. 2), erschwert die sachgerechte Beweiswürdigung erlangter Informationen in diesem Verfahren zu Lasten der Verteidigungsbelange des dort Angeklagten und der gerichtlichen Wahrheitsermittlungspflicht, selbst wenn die den Einsatz des verdeckten Ermittlers angeordnet habende Staatsanwaltschaft die Identität des „undercover agent“ kennt. Und schließlich wäre § 163 n III, der die nachträgliche Informierung Betroffener vorschreibt, wegen der typischerweise fehlenden Gegenwehrchance, dem Recht auf ungestörte Sozialisation durch Rechtsbehelf vollzugshindernd zu begegnen, durch die explizite Gestattung nachträglicher richterlicher Feststellung etwaiger Rechtswidrigkeit zu ergänzen.

B. Strafrechtsrelevante Einschränkungen der Pflicht zur Verdachtsaufklärung?

I. Einschreitenspflicht und private Gegenbelange

a) Während verdeckte und computergestützte Methoden polizeilicher Informationsgewinnung bedenken lassen, ob und wann sie legal einen abstrakten oder gegen einen bestimmten Tatzuständigen gerichteten Anfangsverdacht hervorbringen, verlangt die private Kenntnisnahme von Tatsachen, die auf eine etwaig verübte Straftat hindeuten, nur darüber nachzusinnen, ob auch sie nach dem Legalitätsprinzip des § 163 StPO zu einer durch § 258 a StGB strafbewehrten Aufklärungspflicht führte. Denn jede Grübeleien darüber, ob der Polizist bei privater Kenntnisnahme befugt sei, nach § 163 StPO einzuschreiten, ist müßig; der Polizist darf wie jedermann auch außerhalb von Dienststelle und Dienstzeit formlos Anzeige erstatten und sich so „offiziöse“ Verdachtskenntnis verschaffen.

Der Meinungschor zu der gestellten Pflichtfrage klingt vielstimmig: Eine ältere Ansicht obligiert den Polizisten auch dann zur Strafverfolgung, wenn er außerhalb seiner Diensttätigkeit als Privatmann Verdachtskenntnis erhält⁴⁵. Namhafte Autoren verneinen jede strafbewehrte Pflicht, bei außerdienstlicher Kenntnisnahme tatermittelnd tätig

⁴⁵ So zuletzt *Geerds*, Tatverdacht und Verfolgungspflicht, in: Gedächtnisschr. f. Schröder, 1978, S. 384 ff, S. 393 ff, S. 399 f m. Nachw. in Anm. 11, S. 393.

zu werden⁴⁶. Vereinzelt wird der „privat“ wahrnehmende Polizist nur beim Verdacht einer nach den §§ 153 ff StPO nicht einstellungsfähigen Tat als strafrechtlich nach den §§ 13, 258 a StGB, 163 I StPO haftender Garant der Pflicht ersten Zugriffs angesehen⁴⁷. Die h. M. differenziert danach, ob an der Aufklärung des privat erfahrenen Tatverdachts ein öffentliches Interesse besteht, das das Interesse des Amtsträgers am Erhalt seiner Privatsphäre überwiegt. Der Katalog der in § 138 StGB genannten Straftaten indiziere nur regelmäßig ein überwiegendes öffentliches Interesse; eine strafbewehrte Pflicht, ermittelnd einzuschreiten, könne bei Angehörigen unzumutbar sein⁴⁸.

Die erstgenannte Auffassung übersieht, daß das verdachtskonstituierende Merkmal „zureichender“ tatsächlicher Umstände wertender Relativierung zugänglich ist; die grundrechtliche Dignität des Sozialisationsanspruchs, den auch ein Beamter genießt, verbietet, ihn wider den Wertgehalt der Art. 2 I, 6 I GG zur dissozialisierenden Autodestruktion seines sozialen Nahraumes oder gar seiner Familie zu zwingen, etwa dann, wenn der Sohn dem Vater eine Straftat gesteht. Dieser Einwand trifft auch gegenüber den vermittelnden Ansichten zu, unterstellt man, daß das Geständnis eine nicht einstellungsfähige oder besonders schwere Straftat offenbart; die Ungewißheit, ob eine Tat einstellungsfähig ist, sowie die Diffusität überwiegenden öffentlichen Strafverfolgungsinteresses sind evident und in ihrer Unbestimmtheit zumindest als Strafbarkeitskriterien untauglich. Daher sollte die Strafprozeßrechtslehre der tradierten Vorstellung abschwören, daß Amtsträger stets im Dienst und daher allüberall einschreitungspflichtig sind. Als „zureichende“ tatsächliche Anhaltspunkte, die zum strafprozessualen Agieren strafbewehrt verpflichten, darf sie nur solche tatsächlichen Umstände einstufen, die der Polizist in Ausübung seines Amtes erfährt; die Befugnis jedes Kenntnisinhabers, als Bürger sich oder einem anderen zuständigen Strafverfolgungsorgan Anzeige zu erstatten und im ersten Fall, quasi nach einer logischen Sekunde, einzuschreiten, bleibt davon unberührt.

⁴⁶ Hinweise bei *Anterist*, Anzeigepflicht und Privatsphäre des Staatsanwalts, 1968, S. 20 Anm. 7; *Krause*, Erfüllt die Nichtverfolgung durch den Staatsanwalt bei privat erlangter Kenntnis einer strafbaren Handlung den Tatbestand des § 346 StGB?, in: GA 1964, S. 110 ff, S. 118 Anm. 10, *Samson/SK*, StPO, September 1986, § 258 a Rdn. 14.

⁴⁷ *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG I, 2. Aufl., 1964, Rdn. 398, S. 226 f sowie II, 1967, § 160 Rdn. 7.

⁴⁸ Vgl. RGSt. 70, S. 251 ff, S. 252; BGHSt. 5, S. 225 ff, S. 229; 12, S. 280 f, OLG Köln NJW 1981, S. 1794 f; *Lackner*, StGB, 18. Aufl., 1989 § 258 a Anm. 3; *Dreher/Tröndle*, StGB, 44. Aufl., 1988, § 258 a Rdn. 4; *Maurach/Schroeder*, Strafrecht BT, 6. Aufl., 1981, S. 327 f, *Wagner*, Die Rechtsprechung zu den Straftaten im Amt seit 1975 – Teil 3, in: JZ 1987, S. 205 ff, S. 211.

II. Einschreitenspflicht und öffentliche Belange

1. Ist ein nicht offensichtlich unbegründeter Anfangsverdacht gegeben, so hat der sachlich und örtlich⁴⁹ zuständige Polizeibeamte bei angemessener Zeit zum sachgerechten Überlegen unverzüglich verdachtsaufklärend und beweisichernd einzuschreiten, ohne seiner Zugriffspflicht durch unangemessenes Zuwarten zuwiderzulaufen. Selbst unverschuldete Arbeitsüberlastung befugt den Polizeibeamten nicht dazu, willkürlich eigenmächtig über seine Kapazitäten zu disponieren und die verdachtsadäquate Aufklärung zu verzögern⁵⁰. Statt die Verdachtsaufklärung zu verschleppen, ist es z. B. bei mehrpersonaler Deliktsbegehung geboten, gegen jeden, bei dem dieselbe Verdachtsintensität besteht, deliktsverfolgend einzuschreiten⁵¹. Ferner ist es nicht Sache des Polizeibeamten, bei bloßen Zweifeln an der Richtigkeit einer Strafanzeige jedes Tätigwerden abzulehnen. Und obschon die Gestaltung und Ausweitung der Ermittlungsmaßnahmen zunächst Sache der Polizei ist, darf sie abgeleitete Notkompetenzen nicht bis zu einer „Gefahr im Verzuge“ erwarten⁵², sondern hat den vorrangig Zuständigen die Wahrnehmung ihrer originären Befugnisse zu ermöglichen.

2. Fragil wird die Pflicht zum ersten Zugriff, wenn der polizeiliche Repressionsauftrag mit präventivpolizeilichen Belangen der Gefahrenabwehr und der Deliktsverhütung konfligiert⁵³.

⁴⁹ Entgegen h. M. (vgl. BayObLG, JZ 1961, S. 453; *Lackner*, StGB, 18. Aufl., 1989, § 258 a, 2) ist für eine Strafbarkeit nach § 258 a StGB stets auch die örtliche Zuständigkeit erforderlich. Denn anderfalls würde beim Unterlassen eine nicht bestehende Handlungspflicht sanktioniert, vgl. *Samson/SK*, StPO, September 1986, § 258 a Rdn. 6.

⁵⁰ Vgl. BGHSt. 15, S. 18 ff. Allerdings ist pflichtwidriges Unterlassen unverzüglichen ersten Zugriffs nur dann als vollendete Strafreitelung im Amte strafbar, wenn das Zuwarten zu einer nach rechtlichen Kriterien faßbaren Vereitelung des sofortigen staatlichen Straftatverfolgungsanspruchs führt, etwa zum Verlust eines Beweismittels. Ansonsten ist nur Versuch gegeben, vgl. *Samson/SK*, StPO, September 1986, § 258 a Rdn. 10 in Kritik der abweichenden Rechtsprechung.

⁵¹ Vgl. BVerfG, NStZ 1982, S. 430.

⁵² Vgl. zur Realität *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahme-Kompetenzen in der StPO, 1980, insb. S. 246 ff.

⁵³ Vgl. allg. zu Konfliktsituationen der Gefahrenabwehr und der Strafverfolgung *Dölling*, Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip, 1987, S. 285 ff; *Görgen*, Strafverfolgungs- und Sicherheitsauftrag der Polizei, in: ZRP 1976, S. 59 ff; *Rieß*, Legalitätsprinzip-Interessenabwägung-Verhältnismäßigkeit, in: Festschr. f. Dünnebieber, 1982, S. 149 ff; *Ulrich*, Die Durchsetzung des Legalitätsprinzips und des Grundrechts der Gleichheit aller vor dem Gesetz in der Praxis der Staatsanwaltschaften, in: ZRP 1982, S. 169 ff.

a) Derartige Gemengekonflikte sind z. B. bei einer Entführung gegeben, wenn sofortige Straftatverfolgung in Gestalt der Festnahme eines mehrerer Geiselnahmer Leib und Leben der Opfer der Rache der übrigen Entführer aussetzen und so massiv gefährden würde. Daß hier Raum für Maßnahmen der Gefahrenabwehr ist, in dem Verzicht auf sofortige Repression möglich wird, sollte außer Streit stehen⁵⁴; wer die sofortige Verfolgung jedes Tatverdächtigen den vitalen Interessen Unschuldiger vorordnete, stürzte die Wertordnung des Grundgesetzes, die alle staatliche Machtausübung in den Dienst an der Freiheit des einzelnen stellt, von den Füßen auf den Kopf und müßte, stünde er im Konfliktsfalle unter Entscheidungszwang, der Ohnmacht seines kritischen Wortes durch wohlätiges Aufschieben der Strafverfolgung Tribut zollen.

Wer solche Argumentation billigt, darf aus dem Vorrang der polizeilichen Präventivaufgabe auch den Schluß ziehen, die sachkundig(st)en Verwalter dieser Aufgabe, d. h. die Polizeibehörden und ihre Leiter, seien jedenfalls in unaufschiebbaren Eilfällen legitimiert, bei fehlendem Einvernehmen mit der Staatsanwaltschaft sowohl über das Vorliegen einer zugunsten der sicherheitsrechtlichen Schutzaufgabe zu lösenden Kollision als auch über Art und Weise ihrer konkreten Erfüllung zu befinden — bis hin zum Einsatz finalen Rettungs- und Tötungsschusses. § 152 GVG steht solcher Befugung nicht entgegen, da er, an § 161 S. 2 StPO anknüpfend, die Kollision präventiv mit repressiv polizeilichen Pflichten ungeregelt läßt⁵⁵; den de lege lata gelassenen Freiraum füllen die „Gemeinsame(n) Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren des Bundes und der Länder über die Anwendung unmittelbaren Zwanges durch Polizeibeamte auf Anordnung der Staatsanwaltschaft“⁵⁶ unter prinzipieller Anerkennung der Weisungsfreiheit im Raum polizeilicher Gefahrenabwehr und der besonderen polizeilichen Sachkunde⁵⁷ aus, ohne freilich durchgängig zu beachten, daß die Ausübung präventiv polizeirechtlicher Befugnisse auch aus Gesichtspunkten des Sachzusammenhanges in

⁵⁴ Zur Polizeiarbeit bei Entführungen vgl. *Samper*, Kommentar zum bayerischen Polizeiaufgabengesetz — PAG —, 17. Aufl., 1987, Art. 43 Rdn. 11.

⁵⁵ Vgl. *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, S. 73 Fn. 196 m. Nachw. zum Streitstand.

⁵⁶ Abgedruckt bei *Kleinknecht|Meyer*, StPO, 39. Aufl., 1989, als Anlage A der RiStBV, S. 1740 ff.

⁵⁷ Vgl. Anlage A RiStBV, A. 2. Abs. B II a. E.; vgl. dazu *Schäfer|Löwe|Rosenberg*, StPO, 23. Aufl., 1979, § 152 GVG Rdn. 13 ff.

Konfliktlagen nicht der Sachleitungsherrschaft der Staatsanwaltschaft unterwerfbar ist⁵⁸.

b) Nicht minder kollisionsträchtig als spektakuläre Geiselfälle sind teils erst drohende, teils schon realisierte massenhafte Deliktsbegehungen im Rahmen von Großdemonstrationen. Einerseits ist die Polizei auch bei öffentlichen Krawallen gehalten, Strafverfolgung nicht zu verschleppen sondern unverzüglich einzuleiten. Andererseits kann der Zugriff auf einzelne deliktische Randalierer die Eskalation von Gewalttaten entzünden; „sotto voce“ sei hinzugefügt, daß nicht stets die physisch-technische Durchsetzbarkeit polizeilichen Zugriffs ohne erhebliche, unzumutbare Eigenrisiken gesichert ist. Aus dieser Kalamität hat die Polizei nicht die Neufassung des Landfriedensbruches, gültig seit dem 26. 07. 1985, mit der Kriminalisierung des Verbleibens passiv Bewaffneter oder Vermummter in einer gewalttätigen Menschenmenge befreit; auch die Rekriminalisierung des Nichtentfernens trotz polizeilicher Aufforderung „besserte“ insoweit nichts⁵⁹.

Um so wichtiger ist die Einsicht, daß die Aufstufung ordnungswidrigkeitsrechtlichen zu strafrechtlichem Verhalten die Polizei in Kollisionslagen nicht dazu — *sit venia verbo* — „verdammte“, ohne Rücksicht auf eigene und fremde Verluste sogleich repressiv tätig zu werden; sie darf in Konfliktsituationen präventivtaktischen Aspekten und Nöten Augenmerk und Gehorsam schenken und ihre Delikts- und Täterverfolgung angemessen aufschieben, ohne des illegitimen Verstoßes gegen das Legalitätsprinzip geziehen zu werden. Nach den Vorgaben juristischer Interpretationslehre ist solch restriktive teleologische Deutung des § 163 I StPO zulässig⁶⁰; das Gesetz, das den Zeitpunkt der Ermittlungsaufgabe nicht *expressis verbis* regelt, überschärft nicht wertblind das Recht und die Pflicht des ersten Zugriffs zur Pflicht sofortiger Festnahmen und repressiven Furors sondern läßt wohlbedachten Aufschub zu.

3. Trotz der Geschmeidigkeit, die das Legalitätsprinzip zugunsten präventivpolizeilicher Zwänge und höherwertiger Rechtsgüter in Konfliktsituationen beweist, weicht es nicht zugunsten eines verfolgungspflichtlosen „rechtsfreien Raumes“ zurück, in dem polizeiliche De-

⁵⁸ Vgl. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 21. Aufl., 1989, § 10 B I 2 C, S. 53; *Rüping*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, S. 90.

⁵⁹ Vgl. dazu *Baumann*, Ein neues ad hoc-Gesetz zu § 125 StGB?, in: *StrV* 1988, S. 37 ff; *Hamm*, Vermummung als Straftatbestand?, in: *StrV* 1988, S. 40 ff; *Schreiber*, Vom ewigen Landfrieden, in: *Kriminalistik* 1988, S. 2 ff.

⁶⁰ Zur teleologischen Interpretation und Reduktion vgl. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Aufl., 1983, S. 319 ff, S. 381 ff.

liktsverfolgung aufs Geratewohl eine Kreuzfahrt ins Beliebig-Ungefähre anträte. Zwar unterstehen die Polizeien der Länder im Bereich öffentlicher Sicherheit und Ordnung der Fach- und Dienstaufsicht der jeweiligen Innenverwaltungen und damit letztlich auch politischer Kontrolle. Wenn es aber richtig ist, daß Bewußtseinswandel im Wort vorbereitet wird, so ist erstens darauf zu beharren, daß es im Bereich sozial relevanten Verhaltens de lege et constitutione lata keinen rechtsfreien Raum gibt⁶¹, sowie zweitens an die Trivialität zu erinnern, daß die gesetzliche Geltungskraft des Legalitätsprinzips nur durch Normen gleicher Dignität derogiert werden kann; politische Desiderate eines laissez faire schaffen keinen strafrechtsfreien Raum, mögen sie verständlich sein oder mißbilligenswert dünken, Grenzübergänge blockierende LKW-Fahrer, Hausbesetzer oder Parteispender⁶² betreffen.

C. Ausblick de lege ferenda

Spätestens das Zusammentreffen von Aufgaben der Gefahrenabwehr mit solchen der Strafverfolgung lenkt erneut auf kontroverse Reformwünsche hin, die sich in ihren Tendenzen und Inhalten gegenseitig ausschließen.

I. Die Reformvorschläge

1. Der „Vorentwurf eines Gesetzes zum Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei“ von 1979⁶³, der die von 1975 stammenden „Leitsätze über die Neugestaltung des Verhältnisses Polizei — Staatsanwaltschaft“⁶⁴ in einen Gesetzesvorschlag umzusetzen versuchte, beaufgabte die Polizei durch seine §§ 163, 163 a VE, auch ohne Eilkompetenz aus eigenem Recht Straftatverdachte im Bereich der Bagatelldelinquenz selbständig zu erforschen, ohne die Staatsanwaltschaft vor dem Ablauf

⁶¹ Vgl. zur grundsätzlichen Problematik *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 31.

⁶² Zur strafrechtlichen Problematik der Parteispenderaffäre vgl. *De Boor|Pfeiffer|Schünemann* (Hrsg.), Parteispenderproblematik, 1986 (zugleich mit umfassender Bibliographie S. 185).

⁶³ Teilweise abgedruckt bei *Häring*, Zukünftige rechtliche Ausgestaltung des Verhältnisses Staatsanwaltschaft — Polizei — aus der Sicht der Polizei, in: *Kriminalistik* 1979, S. 26 ff.

⁶⁴ Abgedruckt bei *Kuhlmann*, Gedanken zum Bericht über das Verhältnis „Staatsanwaltschaft und Polizei“, in *DRiZ* 1976, S. 265 ff, S. 265 Fn. 7. Der Gesamtbericht der Gemeinsamen Kommission der Justiz- und Innenministerkonferenz ist abgedruckt in: *Polizei und Justiz*, BKA-Vortragsreihe, Bd. 23, 1977, S. 147 ff.

von 10 Wochen durch Übersendung der Ermittlungsvorgänge unterrichten zu müssen; grundsätzlich sollte die Polizei erst nach Abschluß der Ermittlungen verpflichtet sein, die Staatsanwaltschaft von sich aus zu informieren.

Der Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder von 1977⁶⁵ räumte der Polizei zu präventiven Zwecken Befugnisse ein, die z. T. denen in der StPO ähneln, jedoch an minder strenge Voraussetzungen gebunden sind. So begründete § 9 II S. 2 und 3 MEPolG die Möglichkeit, eine Person, die bei einer an einem abstrakt gefährlichen oder gefährdeten Ort durchgeführten Razzia angetroffen wird, festzuhalten und sie sowie ihre mitgeführten Sachen zu durchsuchen, wenn ihre „Identität auf andere Weise nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann“. § 163 b I S. 2 u. 3 StPO fordern demgegenüber, daß die festgehaltene und durchsuchte Person einer Straftat konkret verdächtig ist. Nichtverdächtige haben gem. § 163 b II S. 2 StPO das Recht, die Durchsuchung ihrer mitgeführten Sache hindernd zu verbieten. In Gemengelage repressiver und präventiver Tätigkeit läuft dies auf die Extension polizeilicher Autonomie gegenüber staatsanwaltlicher Kontrolle unterworfenen Deliktsverfolgung hinaus⁶⁶.

2. Statt die Unabhängigkeit der Polizei von der Staatsanwaltschaft im Bereich der Bagatelldelinquenz und in aufgabenkomplexen Situationen gesetzlich festzuschreiben und zu fördern, tendiert das „wissenschaftliche“ Schrifttum dahin, die Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft zu erhalten oder sogar die staatsanwaltschaftliche Ermittlungskapazität zu stärken, ohne auch nur Konsens über die divergierenden Organisationsmodelle — Einordnung der Staatsanwaltschaft in die Polizei, Zuordnung von Polizeiteilen in die Staatsanwaltschaft — im grundsätzlichen erreicht zu haben⁶⁷.

⁶⁵ ME; abgedruckt samt amtlicher Begründung in: *Heise/Riegel* Entwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes, 2. Aufl., 1978.

⁶⁶ Weitere Beispiele in kritischer Betrachtung bei *Denninger*, Strafverfahren und Polizeibefugnisse, in: *Denninger/Lüderssen* (Hrsg.), Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 300 ff; *Fexer*, Strafprozeßrecht I, 1986, S. 38 f, Fall 2 Rdn. 92.

⁶⁷ Vgl. *Denninger*, Strafverfahren und Polizeibefugnisse, in: *Denninger/Lüderssen* (Hrsg.), Polizei und Strafprozeß im demokratischen Rechtsstaat, 1978, S. 300 ff; *Dölling*, Polizeiliche Ermittlungstätigkeit und Legalitätsprinzip, 1987, S. 298 ff; *Görgen*, Die organisationsrechtliche Stellung der Staatsanwaltschaft zu ihren Hilfsbeamten und zur Polizei, Jur. Diss. Bonn 1973; *Gössel*, Überlegungen über die Stellung der StA im rechtsstaatlichen Strafverfahren und über ihr Verhältnis zur Polizei; in: GA 1980, S. 325 ff; *Kuhlmann*, Gedanken zum Bericht über das Verhältnis „Staatsanwaltschaft und Polizei“, in: DRiZ 1976, S. 265 ff; *Riegel*, Neue Aspekte des polizeilichen Befugnisrechts zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung, in: JR 1981, S. 229 ff; *Rüping*, Das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Polizei, in: ZStW 95 (1983), S. 894 ff;

II. Stellungnahme

Die Gegensätzlichkeit der rechtspolitisch verschriebenen Rezepte läßt anraten, mit dem geltenden Recht und dessen Praktizierung zumindest mittelfristig weiterhin in „denkendem Gehorsam“ zu leben, statt nicht in all ihren Konsequenzen ausbedachte Reformen zu fordern.

So ist z. B. bei hinreichender Sensibilität für sozialwissenschaftlich erhellte psychische Mechanismen durchaus bestreitbar, daß die Staatsanwaltschaft — sei es durch Einbindung in die Polizei, sei es durch eigene Polizeiabteilungen — die Richtigkeit, Fairness und Rechtsstaatlichkeit des Gesamtverfahrens dadurch steigerte, daß sie über die Rechtskontrolle und allgemeine Fachaufsicht hinausgehend generell, auch bei Alltagskriminalität, eigene Ermittlungsarbeit betriebe oder sich in die polizeiliche Tatverdachtsaufklärung verstärkt einschaltete. Denn es läßt sich nach der Inertia-Effekt⁶⁸ sowie der Dissonanztheorie⁶⁹ kognitionspsychologisch plausibel behaupten, daß eigene Ermittlungsarbeit oder die verstärkte Einbindung der Staatsanwaltschaft in die polizeiliche Tatverfolgung dem Staatsanwalt, der bei Abschluß des Ermittlungsverfahrens darüber zu entscheiden hat, ob die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Anklageerhebung bieten, das Finden einer objektiven, unparteilichen Antwort erschwert: Wer Verdachten nachgeht, ist dazu gedrängt, in seinem Selbst, heuristisch sinnvoll, zunächst die notwendige Probabilitätshypothese zu etablieren und sodann Informationen, die ihr entsprechen, verstärkt zu registrieren, hingegen ihr widersprechende Daten in ihrer Wichtigkeit zu unterschätzen.

Zudem ist zu befürchten, daß die Einbindung der Staatsanwaltschaft in den Alltag polizeilicher Ermittlungspraxis Tendenzen zum „Schulterschluß“ wecken würde⁷⁰, die der Verpflichtung der Staatsanwälte zur Objektivität, strikten Justizförmigkeit und zur willkürfreien Selektion

Schultz-Leppin, Staatsanwaltschaft contra Polizei?, in: JURA 1981, S. 521 ff; *Seebode*, Strafverfolgung nach Polizeirecht?, in: MDR 1976, S. 537 ff; siehe auch *Feyer*, Strafprozeßrecht I, 1986, S. 38 f, Fall 2 Rdn. 87 ff.

⁶⁸ Vgl. zum sog. „Inertia-Effekt“ *Kozielecki*, The Mechanism of Self-Confirmation of Hypothesis in a Probabilistic Situation. International Congress of Psychology, Symposium 25: Heuristic Process of Thinking, Moscow, 1966; *Ditz/Downing/Reinhold*, Sequential Effects in the Revision of Subjective Probabilities, in: *Canad. Journ. Psychol.* 21 (1967), S. 381 ff.

⁶⁹ Vgl. zur Dissonanztheorie *Festinger*, Theorie der kognitiven Dissonanz, 1978; *Festinger*, A Theory of Cognitive Dissonance, Stanford Univ. Press, 1952.

⁷⁰ Zum „Superschulterschluß“ zwischen Staatsanwaltschaft, Richter und Verteidiger vgl. *Schünemann*, Die Verteidigung im Strafprozeß — Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?, in: NJW 1989, S. 1895 ff, S. 1901.

tion abträglich wären; gerade weil die Staatsanwaltschaft anders als die Polizei zum Herausfiltern der weiterer Verfolgung bedürftigen Straftaten und zur Einstellung verdachtsschwacher oder sanktionsunbedürftiger Straftaten durch die §§ 170 II, 153 ff StPO verpflichtet ist, muß ihr Repräsentant auch funktionspsychologisch dazu begabt sein und bleiben, sich möglichst unabhängig von eigenen Vorfestlegungen oder institutionellen Verklammerungen für sachgerechte Selektion zu entscheiden. Und schließlich ist von fachkundiger Seite⁷¹ besorgt auf das „Vakuum“ hingewiesen worden, das „in bezug auf die Kontrolle des Ermittlungsverfahrens“ durch die Beseitigung der gerichtlichen Voruntersuchung entstanden „und dessen Ausfüllung eine dringlichere der Staatsanwaltschaft zuzuweisende Aufgabe wäre, als das Bemühen sie in die eigentliche ermittelnde Tätigkeit zu integrieren“⁷².

Daher sollte die Staatsanwaltschaft im Regelfall nur in besonderen Verfahrenslagen eigenständige Ermittlungen durchführen oder sich in polizeiliche Ermittlungen durch konkrete Einzelfallweisungen einschalten. Sie kann so auch besser als die Polizei glaubwürdiger Ansprechpartner eines Tatverdächtigen sein, der die Erhebung entlastender Beweise begehrt, oder eines Zeugen, der ihr – und nicht der Polizei! – gemäß § 161 a StPO Rede und Antwort zu stehen hat.

Fazit

Um die Ergebnisse in wenigen Sätzen zu sammeln: Nimmt man alles zusammen, so hat sich das in den §§ 163 II, 152 II, StPO definierte Legalitätsprinzip in seiner Interpretation und Handhabung durch die Praxis weithin bewährt. Die hier entwickelte Deutung geltenden Rechts und geübter Rechtspraxis zeichnet zwar nicht das Bild ungetrübter Harmonie. Sie kehrt aber mit der integrationspräventiven Funktion der polizeilichen Pflicht, allen Straftatverdachten willkürfrei nachzugehen, ihre tragfähige strafrechtstheoretische Basis heraus. Zugleich schält sie mit der staatsanwaltschaftlichen Kontroll- und Selektionsaufgabe den apokryph in der faktischen Dominanz polizeilicher Ermittlungsarbeit gegenüber bagatellkriminellen Tatverdachten verborgenen legitimieren-

⁷¹ Vgl. *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Festschr. für Schäfer, 1980, S. 155 ff, S. 196; vgl. auch *Wolter*, Strafverfahrensrecht und Strafprozeßreform, in: GA 1985, S. 49 ff, S. 49: „Der beste Kenner der Materie, Peter Rieß“.

⁷² *Rieß*, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrechts, in: Festschr. für Schäfer, 1980, S. 155 ff, S. 196.

den Grund hervor, der durch das Stereotyp überlasteter Staatsanwälte⁷³ verhüllt wird. An den Kompetenzen, die das geltende Recht Polizei und Staatsanwaltschaft zuweist, hält sie ebenso fest wie grundsätzlich an den Pflichten, einschließlich der unverzüglichen staatsanwaltlichen Information durch die Polizei; die legislatorische Bestimmung eines Zeitpunktes, in dem spätestens ein Zwischenbericht geliefert werden müßte, um der Staatsanwaltschaft die Bestimmung des Ermittlungsgegenstandes und das Ansichziehen ihres Einschreitens bedürftiger Sachen zu ermöglichen, wäre zu erwägen. Grundrechtseingriffe, die mit herkömmlichen oder modernen Fahndungsmethoden geläuterter Rechtseinsicht nach verknüpft sind, sind vordringlich auf formalgesetzliche, verfassungskonforme Ermächtigungsgrundlagen zu stellen. Ein so ergänztes Ermittlungsrecht trüge zu einem Verfahren bei, das strafprozessualer Fairness durchgängig beachtet und durch strikt rechts-treues Agieren die allgemeine Rechtstreue stärkt; ein solches Unternehmen ist jede Anstrengung wert.

⁷³ Es darf vermutet werden, daß bereits die Staatsanwaltschaft im Jahre 1877 außerstande gewesen wäre, umfassend eigene Ermittlungsarbeit zu leisten.

Die Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial und die Ausforschung der Verteidigung

HANS DAHS

Die wachsende Anerkennung und Praktizierung des Rechts der Verteidigung auf eigene Ermittlungen¹ einerseits und die zunehmende Praxis der Ermittlungsbehörden, Durchsuchungen und Beschlagnahmen beim Beschuldigten mehrfach² vorzunehmen³ andererseits, hat dem Problem der Beschlagnahme von Verteidigerkorrespondenz und Verteidigungsmaterialien besondere Aktualität verliehen. Bei derartigen Maßnahmen, die sich üblicherweise auf Geschäftsräume, Privatwohnung, Kraftfahrzeuge und Person des oder der Beschuldigten erstrecken (§ 102 StPO), gewinnen die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten nicht selten Zugang zur Korrespondenz zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger einschließlich ihrer Anlagen, Aufzeichnungen des Beschuldigten im Rahmen seiner Verteidigung (insbesondere Entwurf der Einlassung), Korrespondenz mit Dritten, z. B. (potentiellen) Zeugen, Sachverständigen, Behörden und anderen Stellen, bei denen entweder Informationen eingeholt oder die als Gutachter oder amtliche Auskunftsstelle angesprochen werden; ferner gesammelte Publikationen technischer oder wissenschaftlicher Art, Informationsberichte von Beweispersonen, privat eingeholte Gutachten sowie Gegenstände wie Modelle, Materialproben, Vergleichsstücke usw. entsprechender Zweckbestimmung. Insgesamt sind als Verteidigungsmaterialien alle Urkunden und Gegenstände anzusehen, die nach der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, entstanden oder beschafft worden sind, sich im Gewahrsam des Beschuldigten oder eines anderen (potentiell) Verfahrensbeteiligten befinden und zum Zeitpunkt ihrer Auffindung durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zu deren Kenntnis bestimmt sind⁴.

¹ Dazu *Dahs*, NJW 1985, 1113 m. N.

² Von Verteidigern salopp „zweiter Durchgang“ genannt.

³ Vgl. z. B. den Sachverhalt AG Frankfurt, StrVert 1988, 482.

⁴ *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 410.

I.

Es ist Zeit für den Versuch, ein Modell für den umfassenden Schutz des Verteidigungsmaterials vor Beschlagnahme und der Verteidigung vor prozessualer Ausforschung zu entwerfen. Die Erörterung dieses bisher selten und nur punktuell untersuchten Problemkreises soll in folgende Fragenbereiche gegliedert werden:

- Sind Urkunden und Gegenstände, die im Rahmen der Verteidigung erstellt oder beschafft worden sind und sich im Gewahrsam des Beschuldigten oder in die Verteidigung einbezogener Dritter befinden, beschlagnahmefrei?
- Dürfen Beweispersonen, die Kenntnisse über beschlagnahmefreies Verteidigungsmaterial haben, darüber als Zeugen vernommen werden?
- Unterliegen die aus Verteidigungsmaterial unzulässig gewonnenen Erkenntnisse einem Verwertungsverbot?

Die hier aufgeworfenen Fragen führen in zwei kontrovers diskutierte Bereiche des Strafprozeßrechts, den besonderen Schutz der Geheimsphäre der Verteidigung und die Beschlagnahmeverbote. Die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsunterlagen ist in § 97 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO nur fragmentarisch geregelt. Diese Normierung erklärt schriftliche Mitteilungen zwischen Verteidiger und Beschuldigtem sowie Aufzeichnungen über Mitteilungen des Beschuldigten an den Verteidiger sowie die dem Verteidiger vom Beschuldigten oder einem Dritten übergebenen Gegenstände für beschlagnahmefrei⁵. Der gesetzliche Rechtsschutz ist nicht nur hinsichtlich des Schutzgegenstandes eingeschränkt, sondern auch im Hinblick auf den Schutzbereich, weil die geschützten Gegenstände nur dann beschlagnahmefrei sein sollen, wenn sie sich im Gewahrsam eines Zeugnisverweigerungsberechtigten i. S. des § 53 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 a befinden, also insbesondere des Verteidigers. Das bedeutet, daß nach dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung z. B. ein Schreiben des Verteidigers an seinen Mandanten nur solange beschlagnahmefrei sein soll, als es noch im Gewahrsam des Verteidigers ist, während es beim Mandanten der Beschlagnahme unterliegt. Dies müßte auch dann gelten, wenn der Verteidiger dem Beschuldigten Unterlagen zur Durchsicht und Überprüfung überläßt, die später vom Mandanten zurückgegeben werden sollen. Der prozessuale Schutz des § 97 StPO lebt erst wieder auf, wenn die Schriftstücke vom Mandanten dem Verteidiger wieder übergeben worden sind⁶. Der

⁵ Vgl. *Kleinknecht/Meyer*, § 97 Rdn. 36.

⁶ Vgl. *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 412.

strafprozessuale Schutz des Schriftverkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem vor Beschlagnahme hat also auf dem Weg der Schriftstücke zwischen Verteidiger und Mandant eine Lücke, in die die Staatsanwaltschaft mit einer Beschlagnahme stoßen könnte. Diese Lücke wird von Rechtsprechung und Lehre durch Auslegung dahin geschlossen, daß die gesetzliche Einschränkung der aus § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO folgenden Beschlagnahmefreiheit nicht für das besondere Verhältnis zwischen Verteidiger und dem Beschuldigten gelten soll⁷. Diese Vertrauensbeziehung unterscheidet sich wegen der besonderen Stellung des Verteidigers zum Beschuldigten von der der anderen in § 53 Abs. 1 Nr. 1–3 a aufgeführten Zeugnisverweigerungsberechtigten und habe durch die Vorschrift des § 148 StPO — der als *lex posterior* und *specialis* dem § 97 StPO vorgehe⁸ — eine besondere gesetzliche Ausgestaltung erfahren⁹ mit der Folge, daß der in dieser Norm verankerte Grundsatz des freien Verkehrs zwischen beiden eine Beschlagnahme in aller Regel auch dann verbiete, wenn das betreffende Schriftstück in der Hand des Beschuldigten ist¹⁰. Zwar zielt der Wortlaut des § 148 StPO — vordergründig betrachtet — nur auf den Verkehr des Verteidigers mit seinem inhaftierten Mandanten; es verstehe sich aber von selbst, daß die Garantie des unüberwachten schriftlichen und mündlichen Verkehrs zwischen Verteidigung und Mandanten erst recht für den in Freiheit befindlichen Beschuldigten gilt¹¹, was zudem durch die Formulierung „*auch* wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet“ deutlich werde¹². Die Rechtslage stellt sich damit zunächst so dar, daß der strafprozessuale Schutz von Schriftstücken und anderen Gegenständen der Verteidigung sowohl dann gewährleistet ist, wenn sie sich in der Hand des Vertei-

⁷ BGH, NJW 1973, 2035 = JZ 1974, 422; BGH, NJW 1982, 2508; BGH, Beschl. v. 12. 4. 1978 — StB 92/78 —; BGH, Beschl. v. 21. 6. 1978 — StB 114/78 —; BGH, Beschl. v. 4. 5. 1988 — StB 15/88 — = StrVert. 1988, 468 (LS); LG Mainz, NStZ 1986, 473; *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 417; *ders.*, JZ 1974, 430 ff; *Rudolphi*, Schaffstein-Festschrift, S. 441; *Löwe/Rosenberg/Schäfer*, § 97 Rdn. 57; *KK-Laufhütte*, § 97 Rdn. 15; *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 210; *KMR-Müller*, § 97 Rdn. 13; *Kleinknecht/Meyer*, § 97 Rdn. 37.

⁸ *Beulke*, S. 210; *Specht*, NJW 1974, S. 65; *Roxin*, JR 1974, 117; *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 417; *ders.*, JZ 1974, 424; *Schmidt*, StrVert. 1989, 421.

⁹ LG Mainz, NStZ 1986, 473.

¹⁰ BGH, NJW 1973, 2035 = JZ 1974, 422; Ausnahmen sind allerdings nach BGH dann möglich, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür sprechen, daß der Verteidiger sich an der Tat beteiligt hat, die dem Beschuldigten zur Last gelegt wird; anderer Auffassung: *Löwe/Rosenberg/Schäfer*, § 97 Rdn. 58.

¹¹ BGH, NJW 1986, 1183, 1184; LG Mainz, NStZ 1986, 473; AG Frankfurt/Main, StrVert. 1988, 482; *Kleinknecht/Meyer*, § 97 Rdn. 37; *Rieß*, JR 1987, 77.

¹² *Schmidt*, StrVert. 1989, 421 f; dies scheinen aber nicht alle Staatsanwaltschaften so zu sehen: Vgl. Sachverhalt bei AG Frankfurt, StrVert. 1988, 482 u. LG Mainz, NStZ 1986, 473.

digers befinden, als auch wenn sie der Beschuldigte in Gewahrsam hat oder sie auf dem Beförderungsweg zwischen beiden sind¹³.

Der Kreis der beschlagnahmefreien Verteidigungsunterlagen ist allerdings eingeschränkt:

Der BGH hat zunächst im Jahre 1973 entschieden, daß ein Schriftstück in der Hand des Beschuldigten nur dann beschlagnahmefrei sei, wenn es vom Verteidiger herrühre¹⁴. Daraus könnte gefolgert werden, daß Unterlagen, die sich der Beschuldigte für seine Verteidigung selbst – und nicht über seinen Verteidiger – erstellt oder beschafft hat, z. B. Sachverständigengutachten, Zeugenaussagen, Behördenauskünfte, fachspezifische Publikationen usw. der Beschlagnahme unterliegen. Die Formulierung des BGH „vom Verteidiger herrührende Schriftstücke“ läßt indes offen, ob damit nur Unterlagen gemeint sind, die der Verteidiger selbst bearbeitet hat, oder auch solche, die er quasi als Mittler für die Verteidigung des Beschuldigten angefordert und an den Mandanten weitergegeben hat, ohne diese einer eigenen „Bearbeitung“ zu unterziehen.

Eine Konkretisierung dieser Frage hat das Landgericht Mainz im Jahre 1986 versucht: Es hat die Auffassung vertreten, der Beschlagnahmeschutz erfasse lediglich die Korrespondenz zwischen Beschuldigten und Verteidiger sowie die im Schriftwechsel in Bezug genommenen und als Anlage beigefügten Schriftstücke, soweit sie sich unmittelbar mit den Vorwürfen befassen; darüber hinaus die handschriftlichen Aufzeichnungen des Beschuldigten, die unmittelbar und erkennbar seiner eigenen Verteidigung dienen¹⁵. Als entscheidendes Kriterium für die Begrenzung der Beschlagnahmefreiheit wird allein das Vertrauensverhältnis zwischen Klient und Verteidiger herangezogen und gefolgert, außerhalb dieses Vertrauensverhältnisses entstandene Urkunden unterlägen der Beschlagnahme¹⁶. Dementsprechend würden Urkunden, die bereits vor Begründung des Verteidigungsverhältnisses oder vor Einleitung des Verfahrens entstanden sind wie auch die Korrespondenz des Beschuldigten mit dritten Personen, mit denen er in keinem geschützten Verhältnis i. S. des § 53 Abs. 1 Nr. 1 – 3a steht, selbst dann der Beschlagnahme unterfallen, wenn sie einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Verteidigungskorrespondenz aufweisen¹⁷. Auch die Verteidigerkorrespondenz im engeren Sinne soll dann beschlagnahmefähig

¹³ *Rudolphi*, Schaffstein-Festschrift, S. 441; *Kleinknecht/Meyer*, § 97 Rdn. 37; *Löwe/Rosenberg/Schäfer*, § 97 Rdn. 57.

¹⁴ BGH, NJW 1973, 2035 = JZ 1974, 421, 422.

¹⁵ LG Mainz, NStZ 1986, 473 f; im Ergebnis auch *Löwe/Rosenberg/Schäfer*, § 97 Rdn. 57.

¹⁶ LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

¹⁷ LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

sein, wenn sie sich im Gewahrsam eines Dritten, z. B. eines technischen Sachverständigen oder eines Detektivs, befindet. Entscheidende Kriterien für die Beschlagnahmefreiheit sind danach zum einen die geistige Urheberschaft und zum anderen der Gewahrsamsinhaber. Damit Schriftstücke beschlagnahmefrei sind, müssen geistiger Urheber entweder der Beschuldigte oder sein Verteidiger sein¹⁸ und sie sich im Gewahrsam eines von ihnen befinden. Die Ausdehnung des Beschlagnahmeverbotes auf andere Urkunden und Gegenstände würde zu einer vom Gesetz nicht beabsichtigten Aushöhlung der generellen Beschlagnahmefähigkeit aller Beweismittel führen und damit in unlösbarem Widerspruch zu dem Wahrheitsermittlungsgrundsatz stehen¹⁹. Die damit umrissene Rechtsfrage, die für die freie und effektive Verteidigung größte Bedeutung hat, muß immer wieder neu durchdacht und beantwortet werden. Auszugehen ist von der richtungweisenden Feststellung des BGH, nach der die Strafprozeßordnung keinen Grundsatz kennt, daß die Wahrheit um jeden Preis erforscht werden müßte²⁰. Das hat hier zur Folge, daß die Durchsetzung des Wahrheitsermittlungsgrundsatzes an Geltungskraft einbüßt zugunsten der Beistandsfunktion des Verteidigers und der dadurch bedingten prozessualen Schutzwürdigkeit der zugehörigen Geheimnissphäre. Nach Auffassung des BGH war und ist die „völlig freie Verteidigung“ Anliegen des § 148 StPO²¹ mit der Konsequenz, daß die Verteidigung von jeder Behinderung und Erschwerung freigestellt und der Anwalt wegen seiner Integrität jeder Beschränkung enthoben sein soll²², gleichgültig ob sich sein Mandant auf freiem Fuß oder in Haft befindet.

Wenn nun Kriterien aufgezeigt werden sollen, wann bei der Abwägung zwischen Wahrheitsermittlungsgrundsatz und Schutz der Geheimnissphäre zwischen Verteidiger und Beschuldigten Verteidigungsunterlagen im Gewahrsam des Beschuldigten beschlagnahmt werden dürfen, so stellt sich zunächst die Frage, ob das Gewahrsamsmoment, dem das Gesetz bei allen Kategorien der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen unterschiedslos ein „starkes Gewicht“²³ beilegt, auch hier eine sinnvolle Abgrenzung schutzwürdiger und nicht schutzwürdiger Kon-

¹⁸ LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

¹⁹ LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

²⁰ BGHSt. 14, 358, 365; BGHSt. 31, 304, 309; übernommen von: *Löwe/Rosenberg/Schäfer*, Einl. Kap. 14, Rdn. 1; *KK-Pfeiffer*, Einl. VIII, Rdn. 117; *Peters*, Gutachten zum 46. Deutschen Juristentag, Bd. I, Teil 3 A, S. 93; *Grünwald*, JZ 1966, 489; *Kleinknecht*, NJW 1966, 1537; *Otto*, Kleinknecht Festschrift, S. 319; *Dünnebiel*, MDR 1964, 968.

²¹ BGH, NJW 1973, 2035, 2036 = JZ 1974, 421, 422.

²² BGH, NJW 1973, 2035, 2036 = JZ 1974, 421, 422 unter Berufung auf: *Dabs sen.*, NJW 1965, 84; *Creifelds*, JR 1965, 3.

²³ BGHSt. 19, 374.

stellationen erlaubt²⁴. Es ist zu fragen, ob die Schutzwürdigkeit der Verteidigung des Beschuldigten deshalb gemindert ist, weil nicht sein Verteidiger, sondern er selbst den Gewahrsam hat. Dies kann keinen Unterschied machen, da beide Gewahrsamsinhaber – Verteidiger oder Beschuldigter – zu dem kleinen Kreis gehören, deren Vertrauensverhältnis und Geheimnisssphäre durch die Strafprozeßordnung geschützt werden soll. Wenn also das Verteidigungsverhältnis i. S. der erweiternden Auslegung des § 148 umfassend geschützt werden soll, so kann es nicht zulässig sein, auf dem Umweg der Gewahrsamsinhaberschaft an Verteidigungsunterlagen doch noch in den geschützten Bereich einzufallen²⁵. Sonst müßte der Beschuldigte Schriftstücke, die er von seinem Verteidiger erhalten oder sich selber zusammengestellt hat, vernichten, um sie vor einer Beschlagnahme in Sicherheit zu bringen; der Verteidiger müßte besorgen, durch die Übersendung von Unterlagen an seinen Mandanten oder mit der Bitte, bestimmte Beweise und Beweismittel selbst zusammenzutragen, diesem zu schaden, weil sie beschlagnahmt werden könnten. Das wäre mit dem Prinzip der freien Verteidigung unvereinbar. Auch das mit Verfassungsrang ausgestattete²⁶ nemo tenetur-Prinzip²⁷ begründet den Schutz vor Beschlagnahme für Verteidigungsmaterial im Gewahrsam des Beschuldigten.

Die Notwendigkeit, für eine effektive Verteidigung Unterlagen zu erstellen und zu sammeln, steht außer Frage. Würden diese Materialien von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmt, so wäre der Beschuldigte nicht mehr Herr seiner Aussagefreiheit²⁸. Er würde gezwungen, eigenes, ihn möglicherweise belastendes Wissen gegen seinen Willen den Strafverfolgungsbehörden preiszugeben. Gerade das soll aber durch das Verbot des Zwanges zur Selbstbelastung verhindert werden. Die substantiell freie Verteidigung mit der Wirkung, daß der Verteidiger in dieser seiner Eigenschaft und in Wahrnehmung dieser Aufgabe als Verteidiger des mündlichen und schriftlichen Verkehrs mit dem Beschuldigten bedarf – wie es der BGH postuliert –²⁹, kann nicht über das in diesem Bereich nicht begründbare und in seiner Bedeutung nicht

²⁴ Vgl. *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 413 ff; *ders.*, JZ 1974, 424 f.

²⁵ *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 418 f; *ders.*, JZ 1974, 424.

²⁶ BGH, NJW 1973, 2035, 2036 = JZ 1974, 421, 422.

²⁷ Vgl. BVerfGE 56, 37 ff; 65, 1; zutreffend stellt *Rogall* (Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 59 f) die Mitwirkungsfreiheit als prozessualen Schutz vor unfreiwilliger Selbstbelastung besonders heraus. Dieser Gedanke trägt auch den Anspruch auf Rechtsschutz gegen die unfreiwillige Mitwirkung an der Beweisführung durch eigene Verteidigungsbemühungen; *Reiß*, Besteuerungsverfahren und Strafverfahren, 1987, 144 ff, 155 ff; *Schmidt*, StrVert. 1989, 421, 422.

²⁸ Vgl. *Schmidt*, StrVert. 1989, 421, 422.

²⁹ Vgl. *Schmidt*, StrVert. 1989, 421, 422; s. auch LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

entscheidende Argument der differenzierten Gewahrsamsinhaberschaft eingeschränkt werden. Vielmehr ist aus der dargelegten Funktion des § 148 StPO, letztlich die Sicherung einer wirksamen und ungehinderten Strafverteidigung zu garantieren, die wiederum ihre Grundlage in dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2 Abs. 2 GG findet, zu folgern, daß Verteidigungsmaterial auch im Gewahrsam des Beschuldigten nicht beschlagnahmt werden darf. Die Garantie der freien Verteidigung besteht nicht nur in der formalen Gewährung eines Verteidigers, sondern auch darin, daß der Betroffene davor geschützt wird, daß die Ermittlungsbehörde seine Entlastungsbemühungen durch regelmäßige oder unregelmäßige Durchsuchungen und Beschlagnahmen des von ihm erarbeiteten oder beschafften Verteidigungsmaterials durchkreuzt³⁰.

Der Einwand einer Überdehnung und Überinterpretation der Wirkungsweite der spezialgesetzlichen Norm des § 148 StPO greift nicht durch. Bei der Auslegung des § 148 StPO muß auf den Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung abgehoben werden³¹, also die Freistellung der Verteidigung von jeder Behinderung oder Erschwerung, d. h. mit den Worten des BGH die „völlig freie Verteidigung“³². Die Vorschrift des § 148 StPO ist somit Ausdruck einer allgemeinen Rechtsgarantie des unüberwachten Verkehrs zwischen Verteidiger und Beschuldigtem³³. Sie folgt aus dem rechtsstaatlichen Gebot (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 3 b MRK), dem Beschuldigten jederzeit die Möglichkeit einer geordneten und effektiven Verteidigung zu gewährleisten, und zwar auch unter Vermeidung jeden auch nur mittelbaren Zwangs zur Selbstbelastung³⁴. Mithin beinhaltet das Verbot inhaltlicher Kontrolle i. S. des § 148 StPO auch die Anerkennung der umfassenden Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit der Vertrauensbeziehung zwischen Verteidiger und Beschuldigtem vor strafprozessualer Ausforschung³⁵. § 148 StPO konkretisiert damit den aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 2, 3 GG resultierenden Schutz einer effektiven Verteidigung und eines fairen Verfahrens für den Beschuldigten. Darüber hinaus schützt § 148 SPO das Recht des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen. Bei der Frage des Umfangs

³⁰ *Dabs*, Verwertungsverbote bei unzulässiger Beschlagnahme von Tagebuchaufzeichnungen, Verteidigungsunterlagen sowie bei unzulässiger Gesprächsaufzeichnung und Blutprobe in: *Wahrheitsfindung und ihre Schranken*, Schriftenreihe der Arbeitsgemeinschaft des DAV, 1989, S. 122, 137.

³¹ BGH, NJW 1973, 2035, 2036 = JZ 1974, 421, 422.

³² s. Fn. 21, 22.

³³ AG Frankfurt, StrVert. 1988, 482; *Schmidt*, StrVert. 1989, 421.

³⁴ *SK (StPO) Rudolphi*, § 97 Rdn. 49; *Rogall*, aaO.

³⁵ *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 417.

beschlagnahmefreier Verteidigungsunterlagen erscheint die Eingrenzung des Landgerichts Mainz, wonach nur solche Unterlagen beim Beschuldigten beschlagnahmefrei sind, deren geistiger Urheber entweder der Verteidiger oder der Beschuldigte ist und die während des Verteidigungsverhältnisses entstanden sind³⁶, vor dem Hintergrund der hier vertretenen Ausdeutung des § 148 als zu eng. Auch der BGH hat den Kreis der beschlagnahmefreien Unterlagen weiter gezogen. In einem unveröffentlichten Beschluß aus dem Jahre 1978³⁷ hat er alle Schriften, die der Vorbereitung eines Verteidigungskonzeptes eines Beschuldigten dienen, als beschlagnahmefrei angesehen. Die Entscheidung läßt darüber hinaus erkennen, daß der BGH dazu neigt, im Zweifel zugunsten der Beschlagnahmefreiheit zu entscheiden, wobei er durchaus der vom Beschuldigten den Urkunden gegebenen Zweckbestimmung erhebliche Bedeutung beimißt. Danach unterliegt es ausschließlich der Entscheidung des Betroffenen, ob er Anlaß sieht, sich zur Vorbereitung seiner Verteidigung mit bestimmten, anderweitig erstellten und von anderen Autoren herrührenden Urkunden auseinanderzusetzen, was zur Beschlagnahmefreiheit seiner diesbezüglichen Aufzeichnungen führt. In gleicher Weise hat der BGH auch hinsichtlich technischer Unterlagen entschieden, die der Angeklagte von einem Rechtsanwalt erhalten und gesammelt hatte³⁸. Schließlich hat der BGH 1988³⁹ nach der wiederholten Feststellung, daß Aufzeichnungen, die sich ein Beschuldigter zum Zwecke der Verteidigung gemacht hat, von der Beschlagnahme ausgeschlossen sind, dies näher dahin konkretisiert, daß zum Kreis dieser beschlagnahmefreien Unterlagen auch Notizen gehören, die Namen und Ortshinweise von Personen enthalten, die als Entlastungszeugen gekennzeichnet sind. Zwar betraf diese Rechtsprechung jeweils Angeklagte in Untersuchungshaft, aber — wie gezeigt — muß das, was für einen inhaftierten Beschuldigten gilt, erst recht für den nicht inhaftierten gelten. Auch ihm obliegt also bei der Bestimmung seiner Verteidigungsziele die Disposition, welche Schriftstücke und anderen Beweisgegenstände er — in der Regel in Abstimmung mit seinem Verteidiger — zur Vorbereitung oder im Rahmen seiner Verteidigung einsetzt⁴⁰.

Die für die Beschlagnahmefreiheit postulierte „Anbindung“ der Ermittlungs- und sonstigen Verteidigungsaktivitäten darf indes nicht zu eng gefaßt werden, weil sonst den verfassungsrechtlich-prozessualen

³⁶ LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474.

³⁷ BGH, Beschl. v. 12. 4. 1978 — 1 StE 2/77 — StB 92/78 —.

³⁸ BGH, Beschl. v. 21. 6. 1978 — 1 BJs 23/77 — 1 StB 114/78 —.

³⁹ BGH, Beschl. v. 4. 5. 1988 — StB 15/88 —; StrVert. 1988, 468 (LS).

⁴⁰ Dahs, aaO, S. 136.

Prinzipien und den zu schützenden Erfordernissen der Praxis nicht Rechnung getragen wird. Dabei ist davon auszugehen, daß der Beschuldigte das Recht hat, die Konzeption seiner Verteidigung souverän zu bestimmen. Hat er einen Verteidiger gewählt oder ist ihm ein Verteidiger von Amts wegen beigeordnet worden, so werden in aller Regel beide gemeinsam die Richtlinien der Verteidigung festlegen wie auch verteidigungsstrategische oder -taktische Ziele bestimmen. In dem so abgesteckten Rahmen wird jeder von beiden die Einzelaufgabe übernehmen, die seiner jeweiligen fachlichen Kompetenz entsprechen oder die aus Zweckmäßigkeitgründen ihm zugewiesen werden. Das hat zur Folge, daß sowohl der Verteidiger Informationen einholt, z. B. Zeugen befragt, mit Sachverständigen korrespondiert, Auskünfte einholt usw., wie auch der Mandant in gleicher Weise aktiv wird. Nicht selten ist überhaupt nur der Beschuldigte allein in der Lage, aufgrund seines speziellen Wissens auf speziellen Fachgebieten, z. B. Technik, Naturwissenschaft oder Medizin, die für die Verteidigung benötigten Informationen und fachlichen Erkenntnisse zu beschaffen und sachgerecht aufzuarbeiten, um dem erhobenen Vorwurf kompetent und kritisch überzeugend entgegenzutreten zu können. Dazu wird hier die Auffassung vertreten, daß auch derart von dem Mandanten – freilich unter dem Dach seiner Verteidigung – erarbeitetes oder beschafftes Verteidigungsmaterial – seien es Urkunden oder andere Gegenstände – beschlagnahmefrei sein muß. Es kann auch nicht darauf ankommen, ob z. B. ein Zeuge dem Beschuldigten seinen Wissensstand durch ein von ihm selbst verfaßtes Schriftstück mitteilt – dann wäre geistiger Urheber die Beweisperson und die Urkunde könnte beschlagnahmt werden – oder der Zeuge dem Beschuldigten gegenüber einen mündlichen Bericht gibt, den dieser in einer eigenen schriftlichen Aufzeichnung zusammenfaßt – deren geistiger Urheber somit der Beschuldigte selbst wäre mit der Folge der Beschlagnahmefreiheit! Es kann auch nicht darauf ankommen, ob der Beschuldigte Fotografien von einer Unfallstelle durch einen Fotografen oder zur Rekonstruktion eines Betriebsunfalles ein Maschinenmodell durch einen Modellbauer herstellen läßt oder dies, in der Regel wohl in schlechterer Qualität, selbst ausführt. Die Frage der Beschlagnahmefreiheit darf nicht davon abhängen, ob eine bestimmte Ermittlungstätigkeit des Beschuldigten auf Einzelweisung des Verteidigers und unter seiner ständigen Überwachung durchgeführt wird oder er seinem Mandanten im Rahmen der festgelegten Verteidigungskonzeption einen gewissen Gestaltungsfreiraum zur eigenen Initiative zuweist oder überläßt. An die Stelle des Postulats der geistigen Urheberschaft sollte daher als alleiniges Kriterium der Bezug zum Gegenstand der Verteidigung treten. Damit wäre begriffsnotwendig auch als zeitliche Grenze die Beendigung des den

Gegenstand des Verfahrens bildenden Verhaltens festgelegt und ausgeschlossen, daß ein Beschuldigter durch die Bezeichnung genuine Beweismaterials als „Verteidigungsmaterial“ die Wahrheitsfindung hindern könnte.

Für die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsmaterial, das der Beschuldigte vor Beauftragung oder Bestellung eines Verteidigers erarbeitet oder beschafft hat, kann auf die Vorschriften der §§ 97 Abs. 1, 148 StPO nicht zurückgegriffen werden. Es ist indes nicht zu bestreiten, daß die Garantie einer freien, von den Strafverfolgungsbehörden unbehinderten Verteidigung inkomplett wäre, wenn bei dem (noch) nicht verteidigten Beschuldigten – und das ist die große Mehrheit – jederzeit unbegrenzt beschlagnahmt und damit seine Verteidigungsanstrengungen durchkreuzt werden könnten. Insoweit muß das Postulat der Beschlagnahmefreiheit unmittelbar auf Art. 20 Abs. 3, Art. 2, 3 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 3 MRK und den nemo-tenetur-Grundsatz gestützt werden.⁴¹ Diese Prinzipien würden dann umgangen, wenn den Strafverfolgungsbehörden beim nichtverteidigten Beschuldigten ein ungehinderter Zugang zu sämtlichem Verteidigungsmaterial gestattet würde. Es ist also anzuerkennen, daß alle Gegenstände, insbesondere Urkunden und Schriftstücke, die erkennbar den Zwecken der Verteidigung zu dienen bestimmt sind, sowohl beim Verteidiger als auch beim Beschuldigten beschlagnahmefrei sind und zwar unabhängig davon, zu welchem Zeitpunkt nach Beendigung der Tat und von wem sie erstellt oder beschafft worden sind.

Wie allen Rechten und Freiheiten sind auch dem Recht auf Verteidigung und hier speziell der Freiheit vor Beschlagnahme von Verteidigungsmaterial Grenzen des Mißbrauchs und des Übermaßes gesetzt. So gilt auch hier, daß der Beschuldigte nicht willkürlich sämtliche Gegenstände, die von der Strafverfolgungsbehörde beschlagnahmt werden sollen, als Verteidigungsmaterial deklarieren und damit eine Beschlagnahme verhindern kann⁴². Wie bereits oben erwähnt, müssen die Materialien „erkennbar“ geeignet sein, den Zwecken der Verteidigung zu dienen. Diese Erkennbarkeit kann einmal aus der Natur der Sache folgen, z. B. der Aufzeichnung über Aussagen eines Zeugen oder Sachverständigen zum Verfahrensgegenstand, den Fotos der Unfallstelle, Rekonstruktionszeichnungen und -modellen usw. Kennzeichen für die Verteidigungsbestimmung kann aber auch der sachliche oder enge

⁴¹ Dem liegt der vom BVerfG im Zusammenhang mit der Zeugnispflicht entwickelte Rechtssatz zugrunde, daß im Ausnahmefall eine Begrenzung des Zeugniszwanges unmittelbar aus der Verfassung folgt, vgl. BVerfGE 33, 367, 374 f; auch LG Hamburg, NStZ 1983, 182 m. Anm. *Dabs; Rogall, aaO.*

⁴² Vgl. KG, NJW 1975, 354, 355; LG Mainz, NStZ 1986, 473, 474; *Kleinknecht|Meyer*, § 97 Rz. 37.

örtliche Zusammenhang mit Verfahrensunterlagen, z. B. Anklage und Verteidigerkorrespondenz, sein.

Dabei wird nicht verkannt, daß auch genuines Beweismaterial, z. B. Buchhaltungs- und Bankunterlagen, die erkennbar mit dem strafrechtlichen Vorwurf in Zusammenhang stehen, für die Verteidigung wichtig sein können. Das Interesse, über derartiges Material jederzeit im Original zu verfügen, kann allerdings die Beschlagnahmefreiheit nicht begründen; insoweit kommt vielmehr den Strafverfolgungsinteressen und dem Gebot der gerichtlichen Wahrheitsfindung schon nach der Struktur des Strafprozesses Vorrang zu. Auch kann „Verteidigung“ im richtig verstandenen Sinne erst einsetzen, wenn der strafrechtlich relevante Vorgang abgeschlossen ist. Der „Rückgriff“ auf früher entstandenes Beweismaterial ist dem Beschuldigten deshalb nicht verwehrt; er ist lediglich auf die gesetzliche Möglichkeit der Besichtigung der Beweisstücke entweder über seinen Verteidiger gem. § 147 Abs. 1 oder durch von der Strafjustiz gestattete eigene Augenscheinseinnahme beschränkt. Soweit er von genuinem Beweismaterial Fotos, Skizzen oder Kopien zur Auswertung im Rahmen seiner Verteidigung hergestellt hat, sind diese jedenfalls dann beschlagnahmefrei, wenn der Strafverfolgungsbehörde die Originale zur Verfügung stehen⁴³. Der Schutzbereich umfaßt daher nicht nur das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem, sondern den Gesamtbereich der Verteidigung.

Von dieser Erkenntnis ausgehend muß nun noch die Frage nach der Beschlagnahmefähigkeit von Verteidigungsmaterial beantwortet werden, das sich weder im Gewahrsam des Verteidigers noch des Beschuldigten, sondern im Gewahrsam eines Dritten befindet. Handelt es sich bei diesem Dritten um eine Person, der das berufliche Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Nr. 1–3 a zur Seite steht, also zu. B. wie in der Praxis nicht selten einen Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, vereidigten Buchprüfer und Steuerberater, den der Beschuldigte oder sein Verteidiger als Hilfsperson oder Gutachter herangezogen hat, so kann die Beschlagnahmefreiheit aus § 97 Abs. 1 Nr. 1–3 abgeleitet werden. Da der Kreis der Berechtigten durch § 97 Abs. 1 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 1–3 a abschließend bestimmt ist, müßte also sämtliches Verteidigungsmaterial beschlagnahmefähig sein, das sich bei anderen Personen, z. B. einem Kfz.-Sachverständigen, technischen Sachverständigen, Detektiv oder Zeugen befindet. Eine Möglichkeit, diese Lücke im Beschlagnahmeschutz zu schließen, könnte in einer erweiternden Auslegung des § 53 a StPO gesehen werden d. h. es müßten z. B. Sachverständige sowie Beweis- oder Auskunftspersonen als Hilfspersonen des

⁴³ *Dahs*, aaO, S. 137.

Verteidigers qualifiziert werden können. Dies ist für Zeugen und Informationspersonen, insbesondere amtlicher Funktion, schon aus systematischen Gründen ausgeschlossen. Aber auch für Sachverständige, Detektive, Mitarbeiter von Datenbanken u. ä. kommt eine entsprechende Anwendung des § 53 a StPO nicht in Betracht, weil Personen, die für den Verteidiger nur einzelne Aufträge erledigen, damit nicht zu Hilfskräften i. S. des § 53 a werden⁴⁴. Man mag es als ein Gebot verfahrensrechtlicher Fairneß ansehen, derartige Personen nicht mit der Autorität der Strafverfolgungsbehörde über die Verteidigungsbemühungen des Beschuldigten „auszuquetschen“, dem steht jedoch das Argument entgegen, daß unter dem Aspekt des umfassenden Ermittlungsauftrages des § 160 auf keine Erkenntnisquelle verzichtet werden darf. Der Strafverteidiger wird hier den Standpunkt zu vertreten haben, daß aus dem oben behandelten Prinzip der Gewährleistung einer substantiell freien und effektiven Verteidigung die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigungsmaterial auch auf diesen Bereich ausgedehnt werden muß⁴⁵, zumal die Inanspruchnahme dritter Personen zur Erreichung des Zieles einer sachlich schlüssigen und fachlich kompetenten Verteidigungslinie oftmals unerläßlich ist. Demgegenüber ist kein Verfassungs- oder Verfahrensprinzip ersichtlich, das es den Strafverfolgungsbehörden gebieten würde, Beweismaterial gerade aus den Verteidigungsbemühungen des Beschuldigten zu gewinnen. Ein dahingehendes Recht, das stets mit einer entsprechenden Pflicht korrespondieren würde, erschiene auch unter dem Aspekt der Objektivität von Staatsanwaltschaft und Gericht mehr als problematisch!

II.

Mit dem umfassenden Schutz des Verteidigungsmaterials ist der prozessuale Verteidigungsring in bezug auf die gegenständliche Fixierung der Verteidigungsüberlegungen in Schriftstücken, Urkunden und anderen Gegenständen vollständig geschlossen. Das Gesamtproblem des Schutzes des Beschuldigten vor Ausspähung seines Verteidigungskonzeptes durch die Staatsanwaltschaft ist damit allerdings noch nicht gelöst. Die Beschlagnahmefreiheit auch der Verteidigungsunterlagen, die von Dritten (Sachverständigen, Zeugen, Auskunftspersonen usw.)

⁴⁴ *KK-Pelchen*, § 53 a Rdn. 3; *Löwe/Rosenberg/Dabs*, § 53 a Rdn. 3; *Kleinknecht/Meyer*, § 53 a Rdn. 2; anderer Auffassung für einen Detektiv, der in einer besonders engen Beziehung zur Berufstätigkeit des Verteidigers steht: LG Frankfurt, NJW 1959, 589; zust. *KMR-Paulus*, § 53 a Rdn. 4.

⁴⁵ Vgl. Fn. 41.

für den Beschuldigten erstellt oder zusammengetragen wurden, kann nämlich dann umgangen und entwertet werden, wenn die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeit haben, den betreffenden Dritten als Zeugen über den Inhalt des für den Beschuldigten bestimmten Verteidigungsmaterials zu befragen. Um dies zu verhindern, müßte dem nicht schweigepflichtigen und an sich zeugnispflichtigen Dritten ein partielles Zeugnisverweigerungsrecht zugestanden werden, wenn von ihm Auskunft über den Inhalt der beschlagnahmefreien, von ihm erstellten Unterlagen verlangt wird⁴⁶. Ein solches Zeugnisverweigerungsrecht des Dritten ist eine konsequente Folge des Rechts auf „völlig freie Verteidigung“, wie es hier vertreten wird. Es ist nicht nur aus sachlichen Gründen, sondern auch deshalb notwendig, um den Sinn des § 148 StPO, den Schutz der Geheimsphäre innerhalb des Verteidigungsverhältnisses tatsächlich zu realisieren. Denn was nützt ein Beschlagnahmeverbot, z. B. für ein Sachverständigengutachten, wenn der Sachverständige über den Inhalt seiner schriftlichen Ausführungen vor den Strafverfolgungsbehörden aussagen muß? Für den Beschuldigten darf es keine Gefahr darstellen, wenn er, um seine Verteidigungsziele zu verwirklichen, Dritte beauftragt, für seine Verteidigung wichtige Fragen, die er mangels Fachkenntnis nicht selbst beantworten kann, aufzuklären. Wenn der Beschuldigte fürchten muß, daß diese Dritten über ihre Erkenntnisse befragt werden, so ist der Verteidigung faktisch die Möglichkeit genommen, Verteidigungsziele mit Hilfe sachkundiger Dritter zu verfolgen. Damit wäre eine effektive Verteidigung unzulässig eingeengt. Man müßte auch einen Verstoß gegen das *nemo-tenetur*-Prinzip annehmen, wenn durch die Befragung Dritter, die legal in das Verteidigungsverhältnis einbezogen wurden, um bestimmte Fragen des Verteidigungskonzeptes zu klären, Einzelheiten, die der Beschuldigte den Strafverfolgungsbehörden nicht zugänglich machen wollte, diesen dann doch bekannt würden. Mit Recht weist *Welp* draufhin, daß jede Erforschung der Geheimsphäre zwischen Verteidiger und Beschuldigten nicht nur das persönlichkeitsrechtliche Geheimhaltungsinteresse des Beschuldigten beeinträchtigt, sondern zugleich seine prozessuale Position, die durch die Garantie wirksamer Verteidigung und den Schutz seiner Aussagefreiheit bestimmt ist⁴⁷. Demnach muß das Prinzip freier und effektiver Verteidigung als verletzt angesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft sich Informationen aus dem Verteidigungsverhältnis verschafft, die der Beschuldigte nicht herausgeben wollte.

Die hier postulierte „Sperre“ greift für die Vernehmung eines Sachverständigen indes nicht schon dann Platz, wenn dieser lediglich von

⁴⁶ Vgl. *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 415.

⁴⁷ *Welp*, Gallas-Festschrift, S. 416.