

Das partizipatorische Ermittlungsverfahren im deutschen Strafprozess

Theoretische Grundlagen und praktische Ausgestaltung*

Von Staatsanwalt Priv.-Doz. Dr. **Matthias Jahn**, Frankfurt a. M.

Nicht erst seit dem Eckpunktepapier des Bundesjustizministeriums der Justiz und dem „Alternativentwurf Ermittlungsverfahren“ steht die Forderung nach einem partizipatorischen Ermittlungsverfahren weit oben auf der Agenda der Strafprozessreform. Um so erstaunlicher ist es, dass zwar der Begriff Konjunktur hat, aber weder sein Inhalt noch seine Grundlagen auch nur ansatzweise geklärt sind. Eine einleitende Analyse unter Auswertung der rechtsphilosophischen und gesellschaftswissenschaftlichen Diskussion um Mitwirkungsrechte des Bürgers holt dies nach und versucht, eine für die zukünftige Strafprozessreform tragfähige Definition des Partizipationsbegriffs zu liefern. Im Anschluss daran werden die geforderten Änderungen bei den einzelnen Partizipationsrechten besprochen. Dies führt zu dem Ergebnis, dass ein Großteil der heutigen Reformforderungen in den informellen Programmen der Praxis des Strafverfahrens längst umgesetzt ist. Das der Reform zugrunde liegende Konzept nachholender Strafprozessgesetzgebung ist deshalb nicht nur in seinen praktischen Auswirkungen für die Verständigung der Verfahrensbeteiligten problematisch, sondern letztlich auch theoretisch widerspruchsvoll, weil partizipatorische Konzepte gerade auf Selbstregulierung durch die Beteiligten, nicht aber auf hoheitliche Regelungen setzen.

I. Programme

Die „Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens“ aus dem Bundesministerium der Justiz¹, auf deren Grundlage ein umfassender Referentenentwurf in Aussicht gestellt wurde², und der „Alternativentwurf Ermittlungsverfahrens“

* Ergänzte und mit Anmerkungen versehene akademische Antrittsvorlesung vom 16. Juli 2003 an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt a. M. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

¹ StV 2001, 314 mit erläuternden Anmerkungen zur Reform des Ermittlungsverfahrens von *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359, 361.

² Siehe *Stünker*, BT-Prot. 15/43 vom 8.5.2003, S. 3514f. Dazu und zur Entstehungs-

ren“ (AE-EV) eines Arbeitskreises deutschsprachiger Strafrechtslehrer³ sind die beiden jüngsten Zwischenbilanzen zu einer möglichen Zukunft des Ermittlungsverfahrens im deutschen Strafprozess. Ob und wie weit ihre Konzeption, die über weite Strecken erstaunlich parallel verläuft, tatsächlich einmal geltendes Recht werden wird, kann heute kaum sicher prognostiziert werden. Immerhin wurde den Landesjustizverwaltungen Ende Juli 2003 der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Verletzten im Strafverfahren (Opferrechtsreformgesetz) zugeleitet. Durch die dort vorgesehenen Neuregelungen in den §§ 160a und 202a StPO soll nunmehr zunächst, wie es in der Entwurfsbegründung heißt, ein Rechts- und Kooperationsgespräch zur Förderung eines offeneren Verhandlungsstils sowohl im Vor- als auch im Zwischenverfahren installiert werden. Sicher ist zudem, dass zukünftige Gesetzgeber an den Leitlinien der nun vorliegenden Entwürfe jedenfalls nicht achtlos vorbeigehen können. Im Zentrum steht dabei der zum Fixpunkt der normativen Orientierung erhobene Begriff des partizipatorischen Ermittlungsverfahrens. Obwohl bei dieser Materiallage die Urheberschaft für den Begriff häufig im politischen Berlin vermutet wird, beginnt seine Karriere bereits mit einem Papier des Deutschen Anwaltvereins zur Justizreform aus dem Mai 2000⁴. Erst einige Monate später wird der Topos dann vom Eckpunktepapier, das in seiner ersten Fassung auf den 25.9.2000 datiert, aufgegriffen. *Salditt*⁵, der für den DAV-Ausschuss »Justizreform – StPO« als erster Berichterstatter zeichnet, gibt zur Etymologie nur denkbar knapp an, es handle sich um einen bürgerrechtlichen Begriff. Werfen wir also einen etwas genaueren Blick auf diese Herkunftsbezeichnung.

1. Der gesellschaftswissenschaftliche Bezugsrahmen

Partizipatorische Konzepte wurden im Rechtskontext bislang vor allem im staatsrechtlichen Zusammenhang der Demokratietheorie erörtert. Allerdings hat man es dabei mit einem äußerst heteronomen Phänomen zu tun.

geschichte des Papiers genauer *Jahn*, GA 2004, Heft 5. An die dort vorgestellten Überlegungen zu den konsensualen Erledigungsformen im Stadium der Hauptverhandlung soll hier für das Ermittlungsverfahren angeknüpft werden.

³ *Bannenber* u. a., Alternativ-Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens (AE-EV), 2001. Erläuterungen bei *Schöch*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 29, 30ff., und *Heghmanns*, JA 2002, 985, 989ff.

⁴ *Salditt* u. a., AnwBl. 2001, 31, 40.

⁵ *Salditt*, StV 2001, 311 Fn. 3.

Der gemeinsame Nenner ist letztlich nur, dass mit der Stärkung von Anhörungs-, Beteiligungs- und Mitentscheidungsrechten der Bürger die Hoffnung verbunden wird, Entscheidungen würden ein höheres Maß an Rationalität gewinnen.

a) *Partizipatorische Modelle in der Gesamtrechtsordnung*

Ansprüche auf Mitwirkung werden an alle drei Staatsgewalten formuliert. Ausführlicher erörtert wird dieses Konzept für den Bereich der Legislative vor allem über die Einführung direktdemokratischer Elemente in das Grundgesetz⁶. Auf europäischer Ebene wurden partizipatorisch-substaatliche Vorstellungen bislang vor allem unter dem Oberbegriff „Europa der Regionen“ gehandelt⁷. Der am 18.7.2003 vorgelegte Entwurf einer EU-Verfassung bekennt sich in Art. 46 sogar umfassend zum Grundsatz partizipativer Demokratie sowie zum modischen Begriff der »Zivilgesellschaft«. Für die Verwaltungstätigkeit wird Partizipation bereits seit einigen Jahrzehnten als Garant bürgernaher Selbstverwaltung auf gemeindlicher Ebene ausgelobt⁸.

So führt der Verfassungsgerichtshof des Landes Thüringen⁹ aus: „Leitbild der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie ist eine bürgerschaftliche Mitwirkung, die sich auch in einem politischen Gestaltungswillen niederschlägt. Diese Grundsätze können durch Eingemeindungen und Zusammenlegungen von Gemeinden anlässlich kommunaler Gebietsreformen negativ berührt werden, weil damit auch ein Verlust an partizipatorischen Möglichkeiten einhergeht.“ Im Bereich der Exekutivtätigkeit werden zudem auch die Chancen auf Partizipation nichtstaatlicher Akteure an komplexen Planungsentscheidungen im Umweltrecht abgehandelt. Allerdings ist dem allgemeinen Verwaltungsverfahren- und dem Verwaltungsprozessrecht der Begriff »Mitwirkungsrecht« bis heute fremd geblieben. Der Sache nach werden solche Rechtspositionen aber bereits, etwa im jüngst novellierten Recht der Verbandsklage des Bundesnaturschutzgesetzes, bis hin zur „Partizipationserzwingungsklage“¹⁰ anerkannt¹¹.

⁶ Vgl. *Thaysen*, RuP 1993, 190, 199f.; *Karpen*, Auslegung und Anwendung des Grundgesetzes, 1987, S. 104f.

⁷ Dazu *Ruge*, Blätter für deutsche und internationale Politik 2001, 719, 723f.

⁸ Zur Diskussion *Peine*, NVwZ 1985, 641, 642; *Ebsen*, DVBl. 1984, 1107, 1113.

⁹ ThürVerfGH NVwZ-RR 1997, 639, 640.

¹⁰ *C. Callies*, NJW 2003, 97, 102.

¹¹ §§ 58–61 BNatSchG i. d. F. v. 25. 3. 2002 (BGBl. I, S. 1193). Zur Diskussion ausführlicher *Bodanowitz*, NVwZ 1996, 670, 671, und *Lässig*, NVwZ 1989, 97, 99.

Zuletzt werden für den Bereich der Judikative partizipatorische Konzepte zur Rechtfertigung der Bürgerbeteiligung in der (Verfassungs-)Gerichtbarkeit herangezogen¹². Außerhalb des öffentlichen Rechts ist im kollektiven Arbeitsrecht an die jahrzehntelange Diskussion um die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer zu erinnern¹³. Im strafrechtlichen Zusammenhang werden in europäischen Nachbarstaaten heute schon Programme partizipatorischer Kriminalpolitik erörtert. Stellvertretend dafür steht der Gedanke der informellen Regulierung von Kleinkriminalität durch die „Häuser der Justiz und des Rechts“ in Frankreich¹⁴. Hier scheint die Entwicklung in der Bundesrepublik nicht ganz Schritt gehalten zu haben. Ausführlicher dokumentiert ist lediglich im Bereich des Jugendstrafvollzugs das „Just Community“-Projekt in Adelsheim. Es hat versucht, Elemente partizipatorischer Demokratie für die Zwecke der Resozialisierung delinquenter Jugendlicher nutzbar zu machen¹⁵. Ganz zuletzt ist für den Sektor Justizverwaltung noch die Einrichtung von Service-Einheiten und Sekretariaten anstelle der früheren Kanzleien und Geschäftsstellen zu nennen. Durch solche Strukturveränderungen werden Produktivitätssteigerungen durch Partizipation im *team-based management* versprochen¹⁶.

b) Rechtsphilosophischer Kommunitarismus und „starke Demokratie“

Nur undeutlich zeichnet sich hinter diesen einzelnen Feldern so etwas wie eine gemeinsame theoretische Grundlage ab. Unter der Bezeichnung partizipatorische Demokratie werden dabei Strömungen zusammengefasst, deren gemeinsames Element immer eine Kritik am Prinzip der Repräsentation ist. Das partizipatorische Modell beteiligt daher Kleingruppen von Betroffenen und Interessierten sowie den Einzelnen an der Willensbildung¹⁷. Seit der Initialzündung durch *Rawls'* Theorie der Gerechtigkeit wird für diese gleichermaßen normativistisch wie deontologisch orientierte Liberalismuskritik heute der Sammelbegriff des Kommunitarismus reserviert. Der Terminus selbst wird 1982 in *Michael Sandels* Buch „Liberalism and the limits of justice“ eingeführt¹⁸. Er leitet sich letztlich aus dem lateinischen *communitas*

¹² Vgl. *Wassermann*, NdsVwBl. 1996, 131, 132.

¹³ Unter Effizienz Gesichtspunkten dazu *Kreutz*, NZA 2001, 472, 476f.

¹⁴ Zu dieser Entwicklung *Henion*, MschrKrim. 2002, 171, 178.

¹⁵ *Joachim Walter*, DVJJ-Journal 161 (1988), S. 236, 237.

¹⁶ Dazu *Hendrickson*, Journal for quality and participation 1997, 88f.

¹⁷ *Karpen* (Anm. 6), S. 27.

¹⁸ *Reese-Schäfer*, Kommunitarismus, 3. Aufl. 2001, S. 15f. Eine kontinentaleuropäische

ab. Die Betonung des Wertes intakter Gemeinschaften ist daher Charakteristikum aller Autoren, die dieser philosophischen Strömung zugerechnet werden können. Mit jener Gemeinsamkeit hat es allerdings auch schon sein Bewenden. Ein ausgearbeitetes philosophisches oder gar spezifisch rechtsphilosophisches Programm der Kommunitaristen existiert bis heute nicht. Sie haben sich bislang weniger daran interessiert gezeigt, eine eigenständige Gesellschaftstheorie zu entwickeln, als vielmehr Einwände gegen das liberale Gesellschaftsmodell zu formulieren. Innerhalb dieses Sammelbeckens wiederum vielgestaltiger Ansätze hat sich neben Rortys postmoderner Version des Liberalismus vor allem die Theorie der *strong democracy* einigen Einfluss verschaffen können. Dem klassischen Liberalismus wird von ihr der Vorwurf gemacht, durch die Überbetonung des Individualismus und die bloß kontraktualistische Begründung sozialer Beziehungen für die Zerstörung der „guten Gemeinschaft“ verantwortlich zu sein. Das verschaffe totalitären Konzepten erst den geeigneten Nährboden. Der amerikanische Politikwissenschaftler *Benjamin Barber* entwirft dazu bereits Mitte der 1980er Jahre in seiner Monographie „Strong democracy: Participatory politics for a new age“¹⁹ die konzeptionelle Idee einer Zivilgesellschaft, in der Politik nicht mehr länger durch gesellschaftliche *Ingroups* privatistisch verwaltet wird. Die Festsetzung der politischen Tagesordnung soll in diesem Entwurf vielmehr den Bürgern selbst überlassen werden²⁰. Das Konzept beruht dabei auf dem Gedanken einer sich selbst regierenden Gemeinschaft, die weniger durch einheitliche Interessen als durch staatsbürgerliche Erziehung vereint ist²¹. Die erwünschte Beteiligung des Bürgers soll dabei nicht nur ein abstrakter Gemeinschaftswert, sondern ein Teil des individuellen Lebensweges werden (*politics as a way of living*). Der Bürger ist in diesem Modell weder Bruder noch Rechtsperson, sondern Nachbar. *Barber* versucht, dieses philosophische Programm im 7. Kapitel von „Strong Demo-

Version lässt sich bei *Brugger*, Liberalismus, Pluralismus, Kommunitarismus, 1999, S. 328 ff., studieren.

¹⁹ Berkeley 1984 (hier zitiert nach der deutschen Ausgabe „Starke Demokratie: Über die Teilhabe am Politischen“, 1994).

²⁰ *Barber* (Anm. 19), S. 179.

²¹ Siehe *Barber* (Anm. 19), S. 99. Der *Habermas*-Schüler *Rainer Forst* (in: Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften, 1993, S. 181 ff.) reserviert für diese Variante den Begriff partizipatorisch-republikanischer Kommunitarismus und stellt sie dem substantialistischen Kommunitarismus gegenüber, der vor allem die kulturell-ethische Grundlage gesellschaftlicher Einheit betont. Der in *Aristoteles*’ „Politik“ als natürlich begriffene Drang des Menschen, staatliche Gemeinschaften zu bilden, ist aber natürlich auch in *Barbers* Modell unverzichtbar.

cracy“ auch für das Justizsystem zu konkretisieren. Dort soll sich der erstrebte Wandel über umfassende Entkriminalisierung, flankiert durch die Etablierung informeller örtlicher Laienjustiz einstellen. Die Interaktion in geregelten Verfahren dürfe vor allem nicht mehr einseitig durch isolationistisch und strategisch handelnde Akteure geprägt sein.

Soweit der Kommunitarismus die Sozialbezogenheit menschlicher Existenz betont, dürfte dem wenig entgegenzusetzen sein. Doch in dieser unbezweifelbar richtigen, wenn auch noch banalen Abgrenzung zu einer autistischen Subjektkonzeption erschöpft sich der partizipatorische Kommunitarismus offensichtlich nicht. Es liegt vielmehr auf der Hand, dass der Ansatz von einem emphatischen Bild des politisch-tugendhaften Bürgers als *citoyen* ausgehen muss, der partikulare Interessen im Kollisionsfall stets und immer dem Gemeinwillen unterstellt. Rechtsperson und ethische Person werden so im Weltanschauungsstaat des Kommunitarismus identisch. Die Vorstellung von einer Einheit der Gemeinschaft, die der antiken Demokratietheorie der *polis* noch angemessen gewesen sein mag, war zudem wohl bereits im Genf *Rousseaus* kaum mehr realisierbar. Von der Realität moderner Massengesellschaften hat sie sich jedenfalls weit entfernt. Man hat *Barber* daher vorgeworfen, mit der Idee einer „Graswurzeldemokratie“²² sei in der Realität kein Staat zu machen. Angesichts dieser Widersprüche hat der philosophische Kommunitarismus in den Vereinigten Staaten in den 1990er Jahren eher die Funktion eines Stichwortlieferanten für die politische Debatte gehabt. Für die rechtspolitische Diskussion in der Bundesrepublik scheint der Kommunitarismus nunmehr eine vergleichbare Stellung zu übernehmen. Die Herkunft des Grundgedankens aus der kommunitaristischen Liberalismuskritik mag zudem erhellen, warum eine partizipatorische Neuausrichtung des strafprozessualen Ermittlungsverfahrens gerade unter einer rot-grünen Koalition in Angriff genommen werden soll. Denn in der Politikwissenschaft ist unstrittig, dass grün-alternative Parteien eine historisch gewachsene Affinität zu der normativen Zielbestimmung basisdemokratischer Partizipation besitzen²³.

²² *Gutmann*, ARSP 83 (1997), S. 37. Eine gründliche Kritik aus Sicht der Verwaltungslehre findet sich bei *Budäus/Grüning*, *Kommunitarismus – eine Reformperspektive?*, 1997, S. 82 ff.

²³ Dies reflektiert sich auch in der partizipatorischen Parteiorganisation (Beteiligung einfacher Mitglieder an den politischen Entscheidungen, freier Zugang zu den Parteigremien, keine Ämterhäufung, kollektive Führung); vgl. *Poguntke*, ZParl 1987, 368, 374.

2. Zum Begriff des partizipatorischen Ermittlungsverfahrens

a) Defizite in der bisherigen Diskussion

Wie hat man sich nun die Umsetzung des eben skizzierten Programms im strafprozessualen Ermittlungsverfahren vorzustellen? Die Verfasser des Eckpunktepapiers kommen hier über die Formulierung von abstrakten Programmsätzen nicht hinaus. Das Ermittlungsverfahren, so heißt es dort²⁴, solle offener gestaltet werden. Ziel sei es, dass alle Beteiligten auf der Basis des gleichen Informationsstandes eine möglichst von allen akzeptierte Lösung finden könnten. Die Autoren verzichten allerdings vollständig auf eine Definition des zentralen Begriffes. Nichts anderes gilt auch für die Begründung des „Alternativentwurfs Ermittlungsverfahren“. Zwar zielt auch er ausdrücklich „auf eine Stärkung der partizipatorischen Elemente im Ermittlungsverfahren“²⁵. Die inhaltliche Frage nach der gemeinsamen Struktur der verwendeten Bausteine bleibt jedoch auch hier unbeantwortet. Nun dürfte dieses Vorgehen für ein rechtspolitisches Programmpapier oder einen Gesetzentwurf zulässig und sogar sinnvoll sein. Wissenschaftlichen Standards genügt es nicht. Das hat den Verfassern des Eckpunktepapiers bereits die Kritik eingetragen, das Schlagwort von der Partizipation werfe mehr Fragen auf, als es Klarheit zu schaffen vermöge und zeichne sich durch eine etwas hochgestochene Redeweise aus²⁶. Neben diesem eher konziliannten Tadel gibt es allerdings aus der Justizpraxis Wortmeldungen, die sich ganz grundsätzlich gegen das Programm wenden. In der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes heißt es apodiktisch: „Die Forderung nach einem partizipatorischen Strafprozess ist bereits im Ansatz verfehlt“²⁷. Der Hallenser Oberstaatsanwalt *Bittmann*²⁸ sekundiert: „Ein ‚partizipatorisches‘ Ermittlungsverfahren auf der Basis des ‚Eckpunktepapiers‘ wäre das Ende des bisherigen Vorverfahrens. Es wäre komplizierter, länger und diene weniger als

²⁴ Eckpunktepapier, StV 2001, 314. Eine nur leicht abweichende Formulierung findet sich auf der Homepage des rechtspolitischen Sprechers der Fraktion der Grünen, *Volker Beck* (www.volker-beck.de/justizreform.de): „Das Ermittlungsverfahren sollte für alle Beteiligten möglichst transparent und auf Verständigung ausgerichtet gestaltet werden“.

²⁵ *Bannenber* u. a. (Anm. 3), S. 124.

²⁶ So *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 39, und *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 23.

²⁷ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes zum Eckpunkte-Papier der Bundesregierung zur Reform des Strafverfahrens, Juni 2001 (www.drb.de/pages/html/stellung/st-eckpunkte.html).

²⁸ *Bittmann*, ZRP 2001, 441, 442f.

bisher der Aufklärung“. Aufgabe des Ermittlungsverfahrens könne es aber nicht sein, eine möglichst von allen akzeptierte Lösung zu finden, sondern entweder den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen oder eine Verfahrenseinstellung nach Opportunitätsgrundsätzen herbeizuführen. Und so resümiert *Hinz*²⁹, Amtsrichter in Pinneberg: „Jede Veränderung der geltenden Rechtslage im Sinne des Eckpunktepapiers verbietet sich geradezu.“ Soweit einer Analyse zugänglich, scheint diesen kritischen Äußerungen vor allem die Grundüberzeugung gemeinsam, dass das Ermittlungsverfahren die alleinige Domäne der Staatsanwaltschaft bleiben müsse. Befürchtet wird offenbar, dass das Regime der Herrin des Ermittlungsverfahrens in Zukunft demokratisiert werden könnte. Doch dabei bleibt die Kritik ebenso wolkig wie ihr Gegenstand.

b) Einräumung von Mitwirkungsrechten als Ausdruck des status activus processualis

Ausgangspunkt für ein neues Verständnis der Rollenverteilung der Beteiligten am Ermittlungsverfahren muss demgegenüber seine gewandelte Funktion innerhalb der Struktur des deutschen Strafprozesses sein, denn für das Projekt Strafprozessreform ist nicht nur die Kenntnis der Rechtslage elementar, sondern auch die Kenntnis der Realität³⁰. In den allgemeinen Vorbemerkungen des Berichts der Kommission zur Vorberatung der Reichsjustizgesetze³¹ wird das Ermittlungsverfahren noch als ausschließlich geheimes und schriftliches Stoffsammlungsverfahren dargestellt. Deshalb enthält die Reichsstrafprozessordnung des Jahres 1877 nur den Titel „Vorbereitung der öffentlichen Klage“. Sie kennt den Begriff Ermittlungsverfahren nicht. An dieser gesetzlichen Konzeption hat sich bis heute kaum etwas geändert. Sie wird allerdings, was unbestritten sein dürfte, der Rechtswirklichkeit nicht mehr gerecht. Bereits in der Phase staatsanwaltlicher und polizeilicher Ermittlungstätigkeit werden, wie es in *Peters'* grundlegender Untersuchung zu den Fehlerquellen im Strafprozess heißt, „die Weichen auf das richtige oder falsche Urteil hin gestellt“³². In der Strafprozesswissenschaft³³ ist daher

²⁹ *Hinz*, SchlHA 2001, 245, 246.

³⁰ *Rieß*, Festschrift für Schäfer, 1980, S. 155, 176.

³¹ Vgl. *Hahn*, Die gesammten Materialien zur Strafprozessordnung, Bd. III/2, 2. Aufl. 1886, S. 1533 ff. Zur historischen Entwicklung ausführlicher *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 38; *Egon Müller*, AnwBl. 1986, 50 f.; *Danckert*, BlnAnwBl. 1995, 215.

³² Bezeichnenderweise leitet *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd. II, 1972, S. 299, mit dieser Feststellung den abschließenden, der Strafprozessreform gewidmeten Ab-

heute sogar eine Sichtweise etabliert, die nicht mehr das Haupt-, sondern das Ermittlungsverfahren als Kernstück und Höhepunkt des Strafprozesses versteht. Ob diese Betrachtungsweise, zu der sich auch die Verfasser des Alternativentwurfs³⁴ bekennen, tatsächlich dem Programm des deutschen Strafprozesses gerecht wird, soll hier offen bleiben³⁵. Viele Argumente sprechen allerdings dafür, Haupt- und Ermittlungsverfahren als gleichberechtigte Teile einer aufeinander bezogenen Sinneinheit zu interpretieren³⁶. In der Rechtswirklichkeit hat sich das Verfahren jedenfalls von dem Projekt geheimer Stoffsammlung zunächst vor allem unter dem Einfluss des Grundgesetzes, danach auch wegen der neben die Strafprozessordnung gleichberechtigt tretenden Europäischen Menschenrechtskonvention längst emanzipiert. Heute werden im Ermittlungsverfahren möglichst alle *von* den Beteiligten für relevant gehaltenen Daten *durch* die Beteiligten gesammelt, geordnet und vorläufig oder – mit Blick auf die Einstellungspraxis der Staatsanwaltschaften – sogar schon abschließend bewertet. Durch diese Einräumung von Beteiligungsmöglichkeiten wird in verfassungsrechtlicher Perspektive der von *Häberle*³⁷ in Fortentwicklung der *Jellinekschen* Statuslehre³⁸ so genannte *status activus processualis* der nichtstaatlichen Verfahrensbeteiligten akzentuiert. Versucht man, diese Entwicklung auf den Begriff zu bringen, so kann man unter dem partizipatorischen Ermittlungsverfahren daher eine Struktur verstehen, die die gestalterische und kommunikative Kompetenz des Beschuldigten und seines Verteidigers durch die Einräumung von erweiterten

schnitt ein. Im gleichen Sinne betonen *Dabs*, NJW 1985, 1113, 1118, und *Beulke*, in: *Schreiber* (Hrsg.), Strafprozeß und Reform, 1979, S. 30, 46, die urteilprägende Kraft des Ermittlungsverfahrensrechts.

³³ *Rieß*, in: *Löwe/Rosenberg*, StPO, 25. Aufl., Einl. E Rdn. 190; *ders.*, Festschrift für Schäfer, 1980, S. 155, 207f.; *Beckemper*, NSTZ 1999, 221, 222; *Egon Müller*, NJW 1981, 1801, 1806; *Richter II*, StV 1985, 382, 383; *Müller-Dietz*, ZStW 93 (1981), S. 1177, 1227f.; *Wolter*, Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007, 1991, S. 35, 54.

³⁴ *Bannenberg* u. a. (Anm. 3), S. 27, 31f.

³⁵ Gegen die Vorgenannten etwa *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar StPO, Bd. II, 1957, vor § 226 StPO Rdn. 1; BVerfGE 74, 358, 372. Apodiktisch BVerfGE 39, 156, 167f.: „Die Hauptverhandlung stellt – als alleinige Erkenntnisgrundlage der Urteilsfindung – das Kernstück des Strafverfahrens dar. Alle vorhergehenden Verfahrensabschnitte sind ihr gegenüber von untergeordneter Bedeutung“.

³⁶ Vermittelnd auch *Jung*, GA 2002, 65, 68f.; *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 22; *Krause*, StV 1984, 169, 174f.; *Schöch*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 29; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 42 Rdn. 1.

³⁷ *Häberle*, VVDStRL 30 (1972), S. 43, 80f.

³⁸ *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1922, S. 418ff.; zur Rezeption *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 243ff.

Teilhaberechten (insbesondere Informations-, Anwesenheits-, Erklärungs-, Frage- und Beanstandungsrechten) für das Verfahrensziel zu nutzen versucht. Der hier vorgeschlagene Partizipationsbegriff verzichtet damit auf alle emphatischen Konnotationen des kommunitaristischen Partizipationsmodells. Partizipation wird nicht als ethisch überhöhter Eigenwert, sondern als notwendige – aber nicht hinreichende – Voraussetzung für die Erreichung des Verfahrensziels verstanden. In diesem Sinn kann Partizipation durchaus als ein strafprozessuales Prinzip verstanden werden.

3. Fragwürdigkeit nachholender Strafprozessgesetzgebung

Nicht nur inhaltlich problematisch, sondern angesichts der Bezugnahmen auf kommunitaristisches Denken geradezu widersinnig ist es jedoch, wenn der Gesetzgeber in diese Interaktion der Verfahrensbeteiligten nunmehr nachträglich regelnd einzugreifen versucht. Meine nachfolgend an einzelnen Reformvorschlägen zu belegenden These ist, dass der angestrebte Inhalt der Reform des Strafprozessrechts zu einem Großteil längst zu den etablierten informellen Programmen gehört. Zum Stichwort „kooperatives Ermittlungsverfahren“ lesen wir schon anlässlich des 43. Deutschen Anwalttages 1985 bei *Dabs*³⁹: „Die ausgesprochene oder unausgesprochene Kooperation zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft ist in einer Vielzahl von Fällen alltägliche Praxis“. Dieser Trend hat sich seither eher noch verstärkt. So hat etwa der ehemalige hessische Generalstaatsanwalt *Schaefer*⁴⁰ im Einklang mit den Ergebnissen einer Interberuflichen Arbeitsgruppe Strafverfahren⁴¹, zusammengesetzt aus Vertretern der hessischen Justizpraxis, Ministerialverwaltung und Anwaltschaft, offensiv dazu aufgefordert, die Reformforderungen der Anwaltschaft schon heute in das praktische Verhalten der Dezernenten der Staatsanwaltschaften einzubringen. Diese und vergleichbare Ermunterungen sind im Tagesgeschäft nicht folgenlos geblieben. Auch *Lilie*⁴² hat diese Beobachtung in seinem Gutachten für den 63. Deutschen Juristentag 2000 grundsätzlich bestätigt. Dabei beschränkt sich die Kooperation nicht nur auf Rechtsgespräche oder Vereinbarungen über den weiteren Verfahrensverlauf. In der gesteigerten Form der Kooperation durch Partizipation werden, solange und soweit gesetzliche Verbote nicht

³⁹ *Dabs*, NJW 1985, 1113, 1117.

⁴⁰ *Schaefer*, AnwBl. 1998, 67, 68.

⁴¹ Interberufliche Arbeitsgruppe Strafverfahren, StV 1998, 104, 106 f.

⁴² *Lilie*, Gutachten D für den 63. DJT, 2000, D 105 f.

entgegenstehen, wechselseitig Rechtspositionen eingeräumt, die die Prozessordnung nicht oder jedenfalls nicht ausdrücklich verleiht. Bei den vorliegenden Entwürfen für das Ermittlungsverfahren haben wir es daher zu einem großen Teil mit nachholender Gesetzgebung zu tun. Die Legislative agiert hier, indem sie eine bereits etablierte Praxis kodifiziert. Der Gesetzgeber ist dabei, wie *Schünemann*⁴³ die gegenwärtige Reformsituation treffend umschreibt, „mehr ein Getriebener denn ein Treibender“. Dieser Zustand ist in mehrfacher Hinsicht problematisch. Das gilt zunächst in verfassungsrechtlicher Perspektive. Es darf durchaus hinterfragt werden, ob eine Norm, die eine Praxis zu steuern vorgibt, welche sich bereits selbst reguliert, überhaupt erforderlich im Sinne der allgemeinen Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist⁴⁴. Selbst wenn man dieses Problem der weiten Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers unterstellen würde, kann man wohl kaum auf der einen Seite Normenflut und Überregulierung beklagen, auf der anderen Seite an diesem Projekt aber munter weiterarbeiten. Dies passt nicht in eine Landschaft, in der die Erneuerung, wie es der jüngst vorgestellte Entwurf eines Justizmodernisierungsgesetzes schon auf der ersten Seite der Begründung stolz verkündet, gerade durch die Abschaffung überholter prozessualer Formalien erreicht werden soll⁴⁵. Gleichzeitig bekommt die Verteidigung durch die Formalisierung nicht nur neue Rechte verliehen, sondern auch Pflichten auferlegt. Wer die Vorteile hat, muss eben auch die Lasten tragen. Die Folgen dieses Satzes, der bereits zum Digestenwissen gehörte⁴⁶, werden heute vor allem unter dem Stichwort „Notarfunktion des Verteidigers im Ermittlungsverfahren“ diskutiert. Die vom Eckpunktepapier propagierte „Einbindung der Verteidigung“⁴⁷ im Ermittlungsverfahren könnte so letztlich zur partiellen Lähmung ihrer Bewegungsfreiheit in der Hauptverhandlung führen. Die verfassungsrechtlich vorgegebene Gesetzesbindung der staatlichen Akteure zwingt zudem zur Exekution des Normprogramms auch dort, wo es bessere Alternativen gäbe. Hier ist, wie ich meine, in prozesstheoretischer Perspektive der Hauptkritikpunkt zu suchen. Die Partizipationstheorie von *Barber* setzt auf Selbstregulierung und Entstaatlichung von Entscheidungsprozessen. Die kommunitaristische Vorstellung von Partizipation – wie immer man zu ihr stehen mag – würde also gerade in einer

⁴³ *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1.

⁴⁴ Statt vieler *Jarass/Pieroth*, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 20 Rdn. 85.

⁴⁵ Gesetzentwurf eines Justizmodernisierungsgesetzes (JuMoG) v. 30.5.2003, BR-Drucks. 378/03 S. 1.

⁴⁶ Dig. 50, 17, 10; vgl. *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln, 1982, S. 172.

⁴⁷ Eckpunktepapier, StV 2001, 314.

Prozesswirklichkeit gelebt werden, in der die Beteiligten ihre Mitwirkungsrechte autonom regulieren. Dieser Widerspruch zu ihrer gesellschaftstheoretischen und philosophischen Fundierung mag wohl auch die Abstinenz der neueren Reformkonzepte im Bereich der begrifflichen Grundlagen erklären.

II. Inhalte

Eckpunktepapier und Alternativentwurf greifen vor allem die seit langem geäußerte Forderung nach mehr Informations- und Mitwirkungsrechten für Angeklagte und Verteidiger auf. Damit geht es um den „Dreh- und Angelpunkt“⁴⁸ der Reform des Ermittlungsverfahrens.

1. Ausgeklammertes: Akteneinsichtsrecht, Recht auf eigene Ermittlungen und Beweisantragsrecht im Ermittlungsverfahren

Ausgeklammert wird im Eckpunktepapier dabei allerdings der Komplex des Akteneinsichtsrechts. Zwar dient es ebenfalls der Herstellung einer Parität des Wissens zwischen Ermittlungsbehörden und Verteidigung⁴⁹. Es schafft dadurch auch erst die Voraussetzung für die sinnvolle Ausübung von Gehör-, Frage- und Anwesenheitsrechten. Allerdings wurde dieser Komplex bereits durch das Strafverfahrensänderungsgesetz (StVÄG) 1999 neu geregelt⁵⁰.

Hinter den weitergehenden Forderungen eines Teils der Literatur⁵¹ und des § 147 Abs. 7 AE-EV⁵² nach einem ungekürzten Akteneinsichtsrecht des

⁴⁸ *Richter II*, StV 1985, 382, 387. An älteren Reformkonzepten mit vergleichbarem Ansatz sind zu nennen *Salditt* u. a., AnwBl. 2001, 31, 40ff.; DAV-Forum Reform des Ermittlungsverfahrens, AnwBl. 1986, 55f.; Arbeitsgruppe 2 des 21. Strafverteidigertages, StV 1997, 386f.; Interberufliche Arbeitsgruppe Strafverfahren, StV 1998, 104, 106f.; Arbeitskreis Strafprozeßreform, Die Verteidigung, 1979, S. 87f., mit kritischer Besprechung von *Hanack*, ZStW 93 (1981), S. 559 sowie *Wassermann/Schreiber/Koller*, in: Gesamtreform des Strafverfahrens, 1987, S. 219, 220.

⁴⁹ *Welp*, Festgabe für Peters, 1984, S. 309; *Lüderssen*, in: *Löwe/Rosenberg*, 25. Aufl. 2002, § 147 Rdn. 4; *Dabs*, Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl. 1999, Rdn. 233; Arbeitskreis Strafprozeßreform (Anm. 48), S. 98 („Alles was der Verteidiger zu erfahren berechtigt ist, muß auch der Beschuldigte erfahren dürfen“).

⁵⁰ Zur Neuregelung *Schlothauer*, StV 2001, 192f.; *Gatzweiler*, StraFo 2001, 1; *Lüderssen*, in: *Löwe/Rosenberg*, § 147 Rdn. 6.

⁵¹ Kritisch daher *Freund*, GA 2002, 82, 87; *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 41f.; *Schlothauer*, StV 2001, 192, 196.

⁵² *Bannenberg* u. a. (Anm. 3), S. 54 f.

unverteidigten Beschuldigten ist die Neuregelung allerdings zurückgeblieben. Auch diese Forderung kuriert allerdings nur am Symptom. Der Ursache des Problems – unverteidigter Beschuldigter bei komplexem Tatvorwurf – hat sich nunmehr die Rechtsprechung angenommen. § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO i. V. m. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK kann danach den Staatsanwalt in die Pflicht nehmen, jedenfalls vor einer zentralen Beweiserhebung die Beiordnung eines Verteidigers zu beantragen. Durch diese Rechtsprechung des 1. Strafsenats⁵³ ist die Position der Strafverteidigung im Ermittlungsverfahren entscheidend gestärkt worden⁵⁴. Der 5. Senat⁵⁵ hat aber einschränkend klargestellt, dass bis zu dieser Pflichtverteidigerbestellung mit den Ermittlungen nicht zwingend innegehalten werden müsse. Diese Entscheidung wird vielmehr unter ausdrücklichem Hinweis auf das Eckpunktepapier dem Gesetzgeber vorbehalten. Der Entwurf eines Ersten Justizbeschleunigungsgesetzes vom 20. 5. 2003⁵⁶ macht daher nunmehr den durchaus konsequenten Vorschlag, dass die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Beschuldigten berechtigt sein solle, einen Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 141 Abs. 4 StPO-E). Wünschenswert wäre es jedoch, wenn den örtlichen Rechtsanwaltskammern aus dem Kreis der Fachanwälte für Strafrecht und der Rechtsanwälte mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Strafverteidigungen ein bedingtes Vorschlagsrecht eingeräumt würde.

Auch die Frage der Zulässigkeit eigener Ermittlungen des Verteidigers bleibt im Eckpunktepapier unbehandelt. Soweit hier die Annahme zugrunde liegt, dass dieses Recht nicht regelungsbedürftig sei, weil es heute allgemein⁵⁷ anerkannt ist, kann dem inhaltlich ohne weiteres zugestimmt werden. Dann ist aber unstimmg, warum andere Fragen, die die Praxis ebenfalls bereits für sich beantwortet hat, trotzdem einer hoheitlichen Regelung zugeführt werden sollen. Nicht aufgerollt wird vom Eckpunktepapier zuletzt auch das besonders umstrittene Feld des Beweisantragsrechts im Ermitt-

⁵³ BGHSt. 47, 172, 176 m. Anm. *Woblers*, JR 2002, 294, 295; BGHSt. 46, 93, 99, 101 mit insoweit zustimmenden Besprechungen von *Gleiß*, NJW 2001, 3606, *Kunert*, NStZ 2001, 217, und *Beulke*, Festschrift für Rieß, 2002, 3, 18f.

⁵⁴ Ebenso *Klemke*, StV 2003, 413, 414; *Franke*, GA 2002, 573, 574ff.; *Widmaier*, NJW G. Schäfer-Sonderheft 2002, 76.

⁵⁵ BGHSt. 47, 233, 237 m. abl. Anm. *Roxin*, JZ 2002, 898, 899f.

⁵⁶ Entwurf der CDU/CSU-Fraktion eines ersten Gesetzes von Verfahren zur Beschleunigung der Justiz, BT-Drucks. 15/999 S. 22f.

⁵⁷ In diesem Sinne BGHSt. 46, 1, 4; *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 48f.; *Dabs*, NJW 1985, 1113, 1116f.; *Egon Müller*, NJW 1981, 1801, 1806; *Lüderssen*, in: *Löwe/Rosenberg*, vor § 137 Rdn. 139.

lungsverfahren⁵⁸. Hier müsste man sich nämlich zu dem grundsätzlichen Problem verhalten, ob und inwieweit das Beweisrecht in das Ermittlungsverfahren verlagert werden soll. Dabei dürfte eine Weichenstellung für die Zukunft der Hauptverhandlung unvermeidlich sein. Dass das Reformpapier diese Positionierung scheut, ist rechtspolitisch unter dem Vorzeichen einer Gesamtreform in Teilschritten nachvollziehbar. Prozesstheoretisch ist auch dies inkonsequent.

2. Informationsrechte für den Beschuldigten

a) Zur Bedeutung des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK

Neu soll hingegen das Informationsrecht des Beschuldigten geregelt werden. Nach der heute geltenden Rechtslage kann ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, geführt und abgeschlossen werden, ohne dass der Beschuldigte davon jemals erfährt. Eine tragende Rolle für die Legitimation dieses Zustandes dürfte dabei spielen, dass die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens als zum allgemeinen Lebensrisiko gehörend empfunden wird⁵⁹. Dies ist jedenfalls eines der Argumente dafür, dass das Gesetz nach ganz vorherrschender Ansicht⁶⁰ keinen förmlichen Rechtsschutz gegen die Begründung der Beschuldigteneigenschaft vermittelt. Dieser Zustand konfliktiert mit dem freiheitlich-liberalen Verfahrensmodell des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, dem der Gerichtshof bei der Auslegung des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK präzise Konturen verliehen hat. Die Vorschrift gibt jeder angeklagten Person das Recht, innerhalb möglichst kurzer Frist in allen Einzelheiten über Art und Grund der gegen sie erhobenen Beschuldigungen unterrichtet zu werden. Da die Vorschrift allerdings in der deutschen Übersetzung bekanntlich nur den „Angeklagten“ erwähnt, ist auch heute noch nicht ausgemacht, ob sie auch für die Rechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren Geltung bean-

⁵⁸ Dazu *Salditt* u. a., AnwBl. 2001, 31, 41; *Jung*, JuS 1998, 1136, 1139; *Taschke*, NJ 1993, 198, 202; *Krekeler*, AnwBl. 1986, 62, 64; *Nelles*, StV 1986, 74, 78f.; *Richter II*, StV 1985, 382, 388; *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 24; *Beulke*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 3, 27f. Nachweise zur – ebenso streitigen – dogmatischen Einordnung des § 163a Abs. 2 StPO bei *Weigend*, ZStW 104 (1992), S. 486, 507 Fn. 78; *Krekeler*, NStZ 1991, 367, 369.

⁵⁹ Dazu bereits *Rieß*, in: *Schreiber* (Anm. 32), S. 150, 157.

⁶⁰ BVerfG (Vorprüfungsausschuß) NStZ 1982, 430; OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434, 435 m. zust. Anm. *Rieß*; *Meyer-Gofner*, StPO, 46. Aufl. 2003, § 23 EGGVG Rdn. 9. Anders *L. Schulz*, StraFo 2003, 295, 297; *Nagel*, StV 2001, 185, 192; *Eisenberg/Conen*, NJW 1998, 2241, 2249.

spricht⁶¹. Wegen dieser Unklarheit wird seit jeher die Einführung einer gesetzlichen Benachrichtigungspflicht über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gefordert⁶². Nicht nur die Verfasser des Alternativentwurfs haben diesen Appell der von ihnen vorgeschlagenen Neuformulierung des § 163a Abs. 1 AE-EV zugrunde gelegt⁶³. Auch das Eckpunktepapier geht von dem Grundsatz aus, dass ein modernes und gewandeltes Verständnis vom Stil eines Ermittlungsverfahrens zunächst dadurch zum Ausdruck gebracht werden müsse, dass der Beschuldigte so früh wie möglich über die Ermittlungen gegen ihn zu unterrichten sei. Die Grenze dieses Informationsrechts bildeten die Erfordernisse einer effektiven Strafverfolgung. Ermittlungseingriffe wie Durchsuchungen und Telefonüberwachungen müssten natürlich auch weiterhin erfolgversprechend möglich sein⁶⁴. Diese Rückausnahme ist insofern konsequent, als auch das Unverzögerlichkeitsgebot in Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK nach allgemeiner Auffassung⁶⁵ vor dem Hintergrund der Wahrung des Untersuchungszwecks auszulegen ist.

Spricht man sich für eine Regelung der Informationspflichten aus, so würde sich eine generalklauselartige Verfahrenssicherungsklausel nach dem Vorbild des § 147 Abs. 2 StPO anbieten⁶⁶. Das Vorliegen ihrer Voraussetzung wäre aktenkundig zu machen. In konsequenter Fortführung der Linie des StVÄG 1999 müsste sie aber auch mit der Möglichkeit eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung entsprechend § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO versehen werden.

b) Ungelöste Fragen

Die Forderung nach erweiterten Informationsrechten ist auf eine rechtspolitische Marschroute abgestimmt, die die rot-grüne Regierungskoalition auf Bundesebene schon in der 14. Wahlperiode verfolgt hat⁶⁷. Auf Länderebene

⁶¹ Zum Streitstand *Frister*, StV 1998, 159 m. w.N. in Fn. 9.

⁶² Dafür etwa *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 105; *Frister*, StV 1998, 159, 161; *Taschke*, NJ 1993, 198, 202; *Hamm*, AnwBl. 1986, 66, 68; *Egon Müller*, AnwBl. 1986, 50, 53; *ders.*, NJW 1981, 1801, 1806; *ders.*, NJW 1976, 1063, 1067; *Dabs*, NJW 1985, 1113, 1115; *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 24; *Wolter*, GA 1985, 49, 85.

⁶³ *Bannenber*g u. a. (Anm. 3), S. 124f.

⁶⁴ Eckpunktepapier, StV 2001, 314, 315.

⁶⁵ Siehe *Ambos*, ZStW 115 (2003), S. 583, 598; *Frister*, StV 1998, 159, 162; *Dabs*, NJW 1985, 1113, 1115; *Meyer-Göfner*, StPO, Art. 6 EMRK Rdn. 1.

⁶⁶ So auch *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359, 361; *Salditt*, StV 2001, 311, 312; Arbeitsgruppe 2 des 21. Strafverteidigertages, StV 1997, 386, 387.

⁶⁷ *Häfner/Gerlach*, ZRP 1998, 123, 127.

wurde sie bereits in einigen Informationsfreiheitsgesetzen realisiert⁶⁸. Tatsächlich klingt *freedom of information* auch für den Strafprozess zunächst wie eine jener innovativen Errungenschaften des anglo-amerikanischen Rechtskreises, denen man sich schlechterdings nicht verschließen kann. Ob allerdings die unverzügliche Information über ein gegen ihn laufendes Ermittlungsverfahren tatsächlich immer im Interesse des Beschuldigten liegt, wurde bereits in einer Stellungnahme des Arbeitskreises der Strafrechtslehrer⁶⁹ mit Fug bezweifelt. Nicht nur bei querulatorischen Strafanzeigen, die der Praxis⁷⁰ in den Abteilungen für allgemeine Strafsachen nicht wenige Probleme bereiten, sondern auch bei Beschuldigungen ohne Substanz, bei denen eine *ad hoc*-Einstellung nach § 152 Abs. 2 i. V. m. § 170 Abs. 2 StPO in Betracht kommt, würde mit einer sofortigen Benachrichtigung des Betroffenen gleichzeitig mit der automatisierten Aktenzeichenmitteilung an die Polizeibehörde das Kind mit dem Bade ausgeschüttet. Davon abgesehen wird der Beschuldigte in einer Vielzahl von Fällen ohnehin zeitnah über das Verfahren informiert, wenn ihm rechtliches Gehör gewährt wird.

Insbesondere wenn es Anlass dazu gibt, dem Beschuldigten die Vorlage von Urkunden oder andere Beweisangebote zu ermöglichen, nähert sich das Verfahren – selbstverständlich abgesehen von der fehlenden Mitwirkungspflicht des Beschuldigten im allgemeinen Strafverfahren – dem Steuerstrafverfahren an. Dort bestimmt § 397 Abs. 3 AO, dass die Einleitung eines Steuerstrafverfahrens dem Beschuldigten spätestens dann mitzuteilen ist, wenn er dazu aufgefordert wird, Tatsachen dar- oder Unterlagen vorzulegen, die im Zusammenhang mit der Straftat stehen, derer er verdächtig ist. Hieraus kann übrigens auch ein weiteres Argument für die Übernahme der Regelung in § 397 Abs. 1 AO zum Beginn der Beschuldigteneigenschaft in die Strafprozessordnung gewonnen werden, was mit § 157 Abs. 2 AE-EV zu Recht vorgeschlagen wird⁷¹.

Das bislang noch überhaupt nicht erörterte Hauptproblem der geplanten Regelung scheint mir aber bei der Frage zu liegen, wer Verpflichteter des Informationsanspruchs sein soll. Denn unklar ist, ob eine Benachrichtigung erst nach Abverfugung des Vorgangs durch die Polizei den Anforderungen

⁶⁸ Zum aktuellen Stand der landesrechtlichen Gesetzgebung *Partsch/Schurig*, DÖV 2003, 482f.

⁶⁹ *Freund*, GA 2002, 82, 87. Skeptisch auch *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 39f.

⁷⁰ *Kockel/Vossen-Kempkens*, NVwZ 2001, 178, 180.

⁷¹ Siehe auch BGHSt. 38, 214, 228. Zur inhaltlichen Forderung *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 24 sowie *Bannenber*g u. a. (Anm. 3), S. 97f.

an die vom Eckpunktepapier geforderte, „frühestmögliche“ Information des Beschuldigten genügt. Dann wäre im Vergleich zum geltenden Recht wenig gewonnen. Inakzeptabel wäre es jedoch andererseits, wenn die Polizei in eigener Verantwortung informieren dürfte. Wer weiß, mit welchen nicht selten abenteuerlichen rechtlichen Erwägungen polizeiliche Strafanzeigen aufwarten, entwickelt ein tieferes Verständnis dafür, warum der Gesetzgeber für die erste Vernehmung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes in § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO gerade nicht auf den ersten Satz des § 136 Abs. 1 StPO verweist. Das Gesetz geht also davon aus, dass die Festlegung des Tatvorwurfs und die Benennung der in Betracht kommenden Strafvorschriften allein Sache des Staatsanwalts ist. Hält man an diesem Grundsatz fest und interpretiert die Formulierung „so früh wie möglich“ als „unverzüglich“ i. S. v. Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, so müsste die Akte nach Eingang der Strafanzeige also erst einmal zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft hin und her versandt werden. Hält man, wie § 41a Abs. 1 StPO-E des geplanten Justizkommunikationsgesetzes⁷² für das Strafverfahren zudem an der Papierakte fest, so sind für diesen Vorgang ohne weiteres mehrere Wochen zu veranschlagen, in denen das Verfahren nicht gefördert werden dürfte. Dass dies nur selten im Beschuldigteninteresse liegen kann, versteht sich von selbst. Auch das denkbare Gegenargument, die Polizei könne den Zeitraum mit Ermittlungen anhand einer Duploakte überbrücken, trägt nicht. Erst nach der näheren Festlegung der zu verfolgenden Tat im prozessualen Sinne durch den Dezernenten ist für die Beamten des Polizeidienstes klar, worauf es bei den Ermittlungen tatsächlich ankommt. Die Einführung einer Vorschrift, die die Benachrichtigung des Beschuldigten zwingend vorschreibt, sollte also vor diesem kompetenzrechtlichen Hintergrund noch einmal überdacht werden.

3. Beteiligungsrechte der Verteidigung

a) *Benachrichtigungs- und Anwesenheitsrechte*

aa) *Polizeiliche Vernehmung des Beschuldigten*

Neben der Information des Beschuldigten bedeutet Teilhabe am Ermittlungsverfahren vor allem Anwesenheit bei Vernehmungen und Beweiserhebungen. Ein Recht auf Anwesenheit, das mehr als ein rechtsstaatliches De-

⁷² Referentenentwurf eines Gesetzes über die Verwendung elektronischer Kommunikationsformen in der Justiz (JKomG) (<http://www.bmj.bund.de/images/11602.pdf>).

kor sein will, beinhaltet zudem denknotwendig Fragerechte der Anwesenden⁷³.

Eines förmlichen Beanstandungsrechts bedarf es hingegen jedenfalls für die polizeiliche Vernehmung nicht zwingend. Legt der Verteidiger in der Hauptverhandlung nachvollziehbar dar, dass seine Beanstandung Substanz hatte, so wird das Gericht nicht umhin können, dem im Rahmen der Amtsaufklärungspflicht nachzugehen. Es stellen sich zudem auch hier wieder die eben angesprochenen Zuständigkeitsprobleme. Eine Entscheidungsbefugnis des vernehmenden Polizeibeamten analog § 238 Abs. 2 StPO wäre mit seiner – derzeit noch – gesetzlich fixierten prozessualen Rolle als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft nicht vereinbar⁷⁴. Ausreichend erscheint es hier, für die Vernehmung bei der Polizei ein unbedingtes Protokollierungsrecht der Beteiligten vorzusehen. Eine Analogie zu § 273 Abs. 3 Satz 2 StPO kommt aus dem eben erwähnten Grund auch hier nicht in Betracht.

aaa) Das geltende Recht

Nach der vorherrschenden Lesart⁷⁵ der gesetzlichen Regelung seit dem 1. StVRG 1975⁷⁶ soll aber der Verteidiger ein Anwesenheitsrecht im Ermittlungsverfahren nur bei der Vernehmung des Beschuldigten durch den Staatsanwalt oder den Richter haben. Bei der polizeilichen Vernehmung wird ihm dieses Recht im Umkehrschluss aus § 163a Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 168c Abs. 1 und 5 StPO versagt. Doch dass diese Spezialvorschriften tatsächlich eine verfassungsrechtlich aufgeladene Interpretation der Generalklausel des § 137 StPO, der das Recht auf Verteidigung in *jeder* Verfahrenslage garantiert, gänzlich verdrängen, ist keinesfalls zwingend. Die Gegenauffassung, die auch bei der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers generell⁷⁷ oder jedenfalls dann befürwortet, wenn der Beschuldigte sich nicht auf freiem Fuß befindet⁷⁸, bleibt damit zumindest diskutabel. Andererseits ist es problematisch, aus dem Verb „bedienen“ in § 137

⁷³ Ebenso *Ambos*, ZStW 115 (2003), S. 583, 623; *Danckert*, BlnAnwBl. 1995, 215, 219, 223; *Taschke*, NJ 1993, 198, 202; *Richter II*, StV 1985, 382, 388; *Wolter* (Anm. 33), S. 86.

⁷⁴ Anders wohl *Thomas*, AnwBl. 1986, 56, 58.

⁷⁵ *Meyer-Gößner*, StPO, § 163 Rdn. 16; ausführlich – mit zahlreichen Nachweisen – *Krause*, StV 1984, 169, 173 f.

⁷⁶ Erstes Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts v. 9.12.1974 (BGBl. I, S. 3393, 3533).

⁷⁷ Dafür *Thomas*, AnwBl. 1986, 56, 57; *Gössel*, ZStW 94 (1982), S. 5, 35; *Schaefer*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 491, 498; *Wolter* (Anm. 33), S. 83.

⁷⁸ So *Lüderssen*, in: *Löwe/Rosenberg*, § 137 Rdn. 73.

Abs. 1 Satz 1 StPO eine derart weit reichende Rechtsfolge abzuleiten. Vor dem Hintergrund dieser nicht ganz eindeutigen Lage wird die Forderung des Eckpunktepapiers verständlich, dem Verteidiger auch bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen ein Anwesenheitsrecht zuzugestehen⁷⁹. Der Grundtendenz dieser Reformforderung kann daher zugestimmt werden. Sie stimmt auch mit der in § 168f Abs. 1 AE-EV vorgeschlagenen Regelung überein⁸⁰.

bbb) Die heutige Praxis

Allerdings ist auch nie streitig gewesen, dass dem Verteidiger die Anwesenheit informell gestattet werden kann. Es ist den Schöpfern des Eckpunktepapiers natürlich bekannt⁸¹ und gehört auch zum gesicherten Wissensbestand der Praktikerliteratur⁸², dass der Beschuldigte die Anwesenheit des Verteidigers faktisch dadurch erzwingen kann, dass er anderenfalls keine Angaben zur Sache macht. Schon deshalb empfiehlt es sich, dem Verteidiger die Anwesenheit stets zu gestatten. Was daran unwürdig und „in einem Rechtsstaat schlichtweg inakzeptabel“ sein soll, wie es in einer jüngst erschienenen Dissertation⁸³ zur Reform des Ermittlungsverfahrens heißt, erschließt sich mir nicht. Auch der noch Ende der 1970er Jahre vom Arbeitskreis Strafprozessreform⁸⁴ gegen diese informelle Praxis erhobene Einwand, der rechtlich unerfahrene Beschuldigte wisse nicht um diese Möglichkeit und setze sich dem Verdacht aus, er habe etwas zu verbergen, ist heute nicht mehr überzeugend. Die Ubiquität der Rechtsberatung auch auf dem Gebiet des Strafrechts, aber auch ein in den letzten zwanzig Jahren durch zahlreiche öffentliche Diskussionen geschärftes Bewusstsein für die Tätigkeit des Strafverteidigers dürfte solche Fehlvorstellungen mittlerweile beseitigt haben. Gerade deshalb ist die Gestattung der Anwesenheit des Verteidigers in der Praxis derart etabliert, dass die Beamten zu dieser Frage nicht einmal Rücksprache mit dem Dezenten der Staatsanwaltschaft halten. Wenn diese Praxis nunmehr Gesetz

⁷⁹ Eckpunktepapier, StV 2001, 314, 315.

⁸⁰ *Bannenber* u. a. (Anm. 3), S. 133. Kommentierung bei *Schöch*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 29, 32; kritisch dazu *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 42f. und *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, S. 15, 24.

⁸¹ *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359, 361.

⁸² *Dabs* (Anm. 49), Rdn. 270; *Bockemühl*, in: HdBFAStr, 2000, Kap. 1 Rdn. 156; *Weibrauch*, Verteidigung im Ermittlungsverfahren, 1997, Rdn. 144. Einschränkend *Richter II*, StV 1985, 382, 387; *Krause*, StV 1984, 169, 174.

⁸³ *Krebl*, Neuregelung des Ermittlungsverfahrens, Diss. Kiel 2002, S. 109.

⁸⁴ Arbeitskreis Strafprozessreform (Anm. 48), S. 88.

werden soll, ist gegen eine solche Änderung des § 168c Abs. 1 StPO – abgesehen von den bereits oben erhobenen grundsätzlichen Bedenken gegen diese Art der Gesetzgebung – nichts einzuwenden.

ccc) Gegenstimmen

Demgegenüber haben sich einige Stimmen⁸⁵ ganz grundsätzlich gegen die Erweiterung der Anwesenheitsrechte des Verteidigers ausgesprochen. Sie berufen sich auf eine Gefährdung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege. Effizienzüberlegungen werden dabei freilich verabsolutiert. Sie sind in der Konkurrenz zum Verteidigungsinteresse jedoch keine *per se* vorrangigen Werte⁸⁶. Auch das eher ins Praktische gewendete Gegenargument, nach dem die polizeilichen Vernehmungsbeamten angesichts des überlegenen Wissens der anwaltlichen Volljuristen demoralisiert würden, kann – seine empirische Richtigkeit außerhalb großstädtischer Fachkommisariate einmal unterstellt – nur als Auftrag an die Fortbildungseinrichtungen begriffen werden⁸⁷. Ein Polizeibeamter, der in dieser Situation keine ausreichende Handlungskompetenz beweist, dürfte es auch sonst im Rahmen seiner Ermittlungstätigkeit schwer haben. Ein Recht auf die „Bequemlichkeit ungestörter Vernehmungen“⁸⁸ kennt die Strafprozessordnung jedenfalls nicht. Als dritter und letzter Einwand wird vorgebracht, dass bereits die notwendigen Terminsabstimmungen mit dem Verteidiger zu erheblichen Verzögerungen führen könnten⁸⁹. Ob etwa geltend gemachte Terminkollisionen nur vorgeschoben seien, könne kaum überprüft werden. Hinzu trete, dass Staatsanwälte künftig im Interesse der Waffengleichheit in weitaus stärkerem Maße als bislang bei polizeilichen Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren anwesend sein bzw. diese selbst leiten müssten. Damit käme auf die Staatsanwaltschaften eine erhebliche Mehrbelastung zu⁹⁰.

Gegen solche Einwände ist zunächst einmal an einen gänzlich unoriginellen Sachverhalt zu erinnern: Vermehrte Partizipation erfordert erhöhten

⁸⁵ *Bittmann*, DRiZ 2001, 112, 120; *ders.*, ZRP 2001, 441, 443; *Hinz*, SchlHA 2001, 245, 246; *Ernesti*, JR 1982, 221, 222; *Heinitz*, JR 1961, 241, 244.

⁸⁶ *Hassemer*, StV 1982, 275, 277; *Jahn*, »Konfliktverteidigung« und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 190f.

⁸⁷ Konkrete und begrüßenswerte Vorschläge dazu bei *Artkämper*, KR 2002, 146, 151.

⁸⁸ So treffend *Wolter* (Anm. 33), S. 86 Fn. 304.

⁸⁹ So etwa *Bittmann*, ZRP 2001, 441, 443; *Hinz*, SchlHA 2001, 245, 246; *Dieckmann*, Vortrag vor der RAK Köln am 13.3.2002 (www.pressservice.nrw.de/pub/docs/reden/2002/20020315_1.html).

⁹⁰ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (Anm. 27).

Zeitaufwand. Wenn sich das Reformkonzept hier für einen Vorrang von Fairness vor Schnelligkeit entscheidet, hält sich das innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Zudem hat die erweiterte Teilnahme der Staatsanwaltschaft bei polizeilichen Vernehmungen auch eine wichtige Signalwirkung im Hinblick auf das – wie es *Rieß*⁹¹ jüngst in vornehmer Zurückhaltung formuliert hat – „etwas prekäre“ Verhältnis zur Polizei. Hier wird jedenfalls für den Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität kaum noch bestritten, dass nach einem in der Polizeipraxis verbreiteten Selbstverständnis der Dezentern als Hilfsbeamter angesehen wird, den es nur dann zu überzeugen gilt, wenn ein Beschluss zu erwirken ist⁹². Echte Teilhabe der Staatsanwälte am Ermittlungsverfahren, wie sie heute häufig nur noch in der Zusammenarbeit mit Fachkommissariaten praktiziert wird, könnte auch hier die Regelung des § 152 Abs. 1 GVG wieder etwas mehr der Rechtswirklichkeit annähern. Natürlich kann es dann im Einzelfall vorkommen, dass mit einer Beschuldigtenvernehmung nicht sogleich begonnen werden darf, weil der Verteidiger noch nicht eingetroffen ist. Doch ist wegen § 137 Abs. 1 StPO auch schon heute mit der Vernehmung zuzuwarten bzw. die laufende Vernehmung zu unterbrechen, wenn der Beschuldigte ausdrücklich die Mitwirkung eines Verteidigers wünscht⁹³. Andererseits besteht kein darüber hinausgehender Anspruch auf Terminsverlegung (§§ 168c Abs. 5 Satz 3, 213 StPO). Damit würde der Verteidiger also in die Pflicht genommen, angebotene Termine auch tatsächlich wahrzunehmen⁹⁴. Zudem besteht selbst im Bereich der Pflichtverteidigung für ihn stets die Möglichkeit, bei vorübergehender Verhinderung einen Vertreter zu entsenden⁹⁵.

⁹¹ *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 21.

⁹² Statt vieler *Lilie*, NStZ 2003, 568; *Schaefer*, NJW 1994, 2876, 2877; *Schoreit*, ZRP 1982, 288, 289f.; *Wolter* (Anm. 33), S. 54ff. Zu dem mit § 161 Abs. 4 AE-EV vorgeschlagenen Mittelweg *Schöch*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, S. 29, 35.

⁹³ BGHSt. 47, 233, 234f.; 42, 15, 19 (m. zust. Anm. *Beulke*, NStZ 1996, 257; *Hamm*, NJW 1996, 2185). Einschränkung ursprünglich BGHSt. 42, 170, 172f., mit zutreffender Kritik bei *Herrmann*, NStZ 1997, 209, 210ff., und *Schwaben*, NStZ 2002, 288, 290f. Auf der Linie des 5. Senats nunmehr aber BGHSt. 47, 172, 174f., m. Anm. *Wohlens*, JR 2002, 294.

⁹⁴ Zu den denkbaren Ausnahmen *Beulke*, Festschrift für *Rieß*, 2002, S. 3, 22.

⁹⁵ *Dabs* (Anm. 49), Rdn. 121; *Lüderssen*, in: *Löwe/Rosenberg*, § 142 Rdn. 36; *Meyer-Gößner*, § 142 Rdn. 15.

ddd) Konsequenzen für das Beweisrecht der Hauptverhandlung

Letztlich macht sich der mit der Anwesenheit des Verteidigers verbundene Mehraufwand regelmäßig dadurch bezahlt, dass eine auf das Wesentliche konzentrierte Einlassung erfolgt, weil der Beschuldigte die Vernehmungssituation besser bewältigt. Vernehmungsprotokollen, die in Anwesenheit des Verteidigers entstanden sind, wird in einer späteren Hauptverhandlung außerdem die Vermutung größerer Authentizität kaum abzuspochen sein. Zwar verbietet § 254 StPO insoweit eigentlich den Urkundsbeweis, weil er nach seinem klaren Wortlaut nur die richterlichen Protokolle privilegiert. Daraus wird im Umkehrschluss ein Verwertungsverbot für polizeiliche Protokolle abgeleitet⁹⁶. Doch besteht auch hier bei richtiger Anwendung des geltenden Rechts kein zwingender Änderungsbedarf. Es wurde nämlich bereits überzeugend dargelegt, dass dieses Verwertungsverbot beim Vorliegen des Einverständnisses des Angeklagten nicht eingreift⁹⁷. Nur dann, wenn man diese Auslegung des § 254 StPO nicht mitträgt, erscheint eine Änderung im Beweisrecht der Hauptverhandlung angezeigt. Zwei Möglichkeiten kommen in Betracht. Entsprechend § 251 Abs. 2 Satz 1 StPO läge eine Verlesungsmöglichkeit mit dem Einverständnis des Verteidigers – und natürlich des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft – nahe⁹⁸. Dies würde der auch von Seiten der Verteidiger⁹⁹ beschworenen Gefahr des schrankenlosen Beweistransfers vom Ermittlungsverfahren in die Hauptverhandlung vorbeugen. Die etwas weniger verteidigerfreundliche Alternative wäre, bei grundsätzlich identischem Regelungsmechanismus das Einverständnis durch einen zu begründenden Gerichtsbeschluss zu ersetzen, wenn – entsprechend § 244 Abs. 5 und 6 StPO – eine erneute Vernehmung des Beschuldigten in der Hauptverhandlung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht mehr erforderlich ist¹⁰⁰. Die rechtsfehlerhafte Ersetzung des Einverständnisses unter Verkennung der Reichweite der Amtsaufklärungspflicht würde dann die Revision begründen. Beide Varianten dürften das Unmittelbarkeitsprinzip in vertretbarem Rahmen lockern.

⁹⁶ BGHSt. 1, 337, 339; 14, 310, 311; *Meyer-Göfner*, § 254 Rdn. 6.

⁹⁷ *Boblander*, NStZ 1998, 396, 397.

⁹⁸ In diesem Sinne auch *Beulke*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 3, 22.

⁹⁹ *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 106, 108; *Salditt*, StV 2001, 311, 312; *Galen/Wattenberg*, ZRP 2001, 445, 446; *Dombeck*, BRAK-Mitt. 2001, 149; *Danckert*, BlnAnwBl. 1995, 215, 220.

¹⁰⁰ Dies dürfte der Sache nach mit der Formulierung „kein Anlaß zu einer ergänzenden Befragung“ bei *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359, 361, gemeint sein.

eee) Konsequenzen für das Gebührenrecht

Der Ausschuss „Justizreform“ des DAV¹⁰¹ hat vorgeschlagen, das partizipatorische Ermittlungsverfahren in einer Erprobungsphase zunächst auf die Vorwürfe zu begrenzen, bei denen voraussichtlich das Schöffengericht oder die Strafkammer zuständig sind und eine Erledigung im Strafbefehlsverfahren durch die Staatsanwaltschaft nicht in Betracht gezogen werden könne. Dieser Vorschlag leuchtet ein. In jenen Verfahren wird ein Interesse der Verteidiger, Vernehmungen und Ermittlungshandlungen beizuwohnen, in der Regel größer sein als im schnell bis zur Entscheidungsreife ausermittelten Durchschnittsverfahren. Und gerade hier hat die im Eckpunktepapier anvisierte Reform auch die deutlichsten Auswirkungen. Ein gewisses Desinteresse der Verteidiger, das in der Aussprache über das Eckpunktepapier auf dem 26. Strafverteidigertag 2002 in Mainz spürbar war¹⁰², ist damit allerdings noch nicht vollständig überwunden. Verständlich ist das insoweit, als einer der Hauptgründe für diese Reserve noch immer nicht beseitigt ist. Denn es ist nicht davon die Rede, dass das partizipatorische Ermittlungsverfahren Folgeänderungen im anwaltlichen Gebührenrecht nach sich ziehen wird. Die Realisierung von Teilhaberechten droht so zu einer Frage der Vermögenssituation des Beschuldigten zu werden¹⁰³.

Die Krux liegt hier für den Bereich der Pflichtverteidigung bislang in der Pauschgebührenregelung des § 87 Satz 1 BRAGO. Mit der Gebühr nach den §§ 83, 84 BRAGO ist im Ermittlungsverfahren stets die gesamte Verteidigertätigkeit abgedeckt, einerlei, ob der Beschuldigte unter Anwesenheit des Verteidigers insgesamt drei Mal jeweils einen ganzen Vormittag lang bei der Polizei vernommen wurde oder gar nicht. Hier muss also dringend nachgebessert werden. In Anlehnung an § 83 Abs. 3 BRAGO ließe sich etwa für besondere Verteidigeraktivitäten im Ermittlungsverfahren an die Anhebung des Gebührenrahmens um 25–50 v. H. denken.

bb) Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten

Neben der Forderung nach einem Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der polizeilichen Vernehmung des Beschuldigten soll nach der Konzeption

¹⁰¹ Salditt u. a., AnwBl. 2001, 31, 40.

¹⁰² Siehe dazu den Tagungsbericht von *Kramm/Noske*, ZRP 2002, 174, 176.

¹⁰³ Ebenso *Freund*, GA 2002, 82, 89; *Wrege*, SchlHA 2001, 249; *Danckert*, BlnAnwBl. 1995, 215, 220; *Rieß*, Gedächtnisschrift für Schlüchter, 2002, S. 15, 25; Arbeitsgruppe 2 des 21. Strafverteidigertages, StV 1997, 386, 387.

des Eckpunktepapiers¹⁰⁴ auch bei von Verteidigerseite beantragten Beweiserhebungen und bei der richterlichen bzw. staatsanwaltschaftlichen Vernehmung eines Mitbeschuldigten ein Anwesenheitsrecht zugestanden werden. Zudem „soll“ der Verteidiger bei polizeilichen Vernehmungen von Zeugen und Mitbeschuldigten hinzugezogen werden.

aaa) Das geltende Recht

Bei Vernehmungen des Mitbeschuldigten durch die Polizei darf dem Verteidiger heute unstreitig die Anwesenheit verwehrt werden. Doch auch für die richterliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmung des Mitbeschuldigten ist die Frage des Anwesenheitsrechts für die Praxis seit BGHSt. 42, 391 geklärt¹⁰⁵. Das Bundesverfassungsgericht¹⁰⁶ hat diese Rechtsprechung für unbedenklich erklärt. Aus dem in Artikel 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantierten Fragerecht an den Belastungszeugen ergibt sich nichts anderes.

Zwar kann wegen der autonomen Auslegung der Konventionsrechte grundsätzlich auch der Mitbeschuldigte Belastungszeuge sein¹⁰⁷. Aus ihrer systematischen Stellung heraus ist die Vorschrift aber erkennbar auf das Hauptverfahren bezogen. Sie verleiht also nur das Recht, irgendwann bis zum Schluss der Beweisaufnahme das Fragerecht auszuüben, nicht notwendig aber im Ermittlungsverfahren.

Die mit dem Angebot einer Analogie zu § 168c Abs. 2 StPO aufwartende Gegenauffassung im Schrifttum¹⁰⁸, für die das OLG Karlsruhe¹⁰⁹ *obiter dictu* eine gewisse Sympathie hatte erkennen lassen, ist seither in eine aussichtslos erscheinende Defensive geraten. Gerade mit Rücksicht auf den mit dem Eckpunktepapier gezeigten Regelungswillen dürfte zudem spätestens seit dem Jahr 2001 nicht mehr von einer planwidrigen Regelungslücke geredet werden können. Auch was Zeugen und Sachverständige anlangt, entfällt *de lege lata* ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei der nichtrichter-

¹⁰⁴ Eckpunktepapier, StV 2001, 314, 315. Einen erschöpfenden Überblick über die Anwesenheitsrechte bei Verfahrenshandlungen verschafft Krause, StV 1984, 169, 171.

¹⁰⁵ BGHSt. 42, 391, 393 m. krit. Anm. Rieß, NStZ 1997, 353, 354. Diese Entscheidung wird bestätigt durch OLG Düsseldorf StV 2003, 488, 489 und BGH bei J.-P. Becker, NStZ-RR 2002, 65, 67f., dort allerdings mit der Rückausnahme der missbräuchlichen Belassung des Zeugen in der Rolle des Mitbeschuldigten.

¹⁰⁶ BVerfGE 96, 68, 96.

¹⁰⁷ So auch Kinzig, StV 1997, 3, 5; Meyer-Göfner, Art. 6 EMRK Rdn. 22.

¹⁰⁸ Schwaben, NStZ 2002, 288, 292; Krause, StV 1984, 169, 171; von Dellingshausen, Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 685, 703; Roxin (Anm. 36), § 37 Rdn. 24a.

¹⁰⁹ OLG Karlsruhe StV 1996, 302, 303 m. zust. Anm. Rieß.

lichen Vernehmung. Deshalb wird seit langem die Einführung einer Beteiligtenöffentlichkeit mit weitreichenden Konsequenzen auch für die Benachrichtigungspflichten eingefordert¹¹⁰. Dies ist auch das Regelungsziel in § 163f. Abs. 2 AE-EV¹¹¹.

bbb) Die heutige Praxis

Zu dieser Reformforderung gilt das bereits zur polizeilichen Beschuldigtenvernehmung Gesagte entsprechend. Auch hier hat es der Verteidiger in der Hand, die Benennung eines der Staatsanwaltschaft bislang nicht bekannten Zeugen an die Bedingung zu knüpfen, dass er bei dessen nichtrichterlicher Vernehmung anwesend sein darf. Folgt der Staatsanwalt diesem Vorschlag nicht, ist er wiederum häufig schlecht beraten. Der Verteidiger wird dann den Zeugen erst in der Hauptverhandlung präsentieren, was im Einzelfall ein problematisches Licht auf die Ermittlungstätigkeit des Dezernenten werfen kann, in jedem Fall aber die Hauptverhandlung verlängert¹¹². Nicht nur dies ist ein Grund dafür, dass der Praxis die Beteiligung des Verteidigers bei der Vernehmung zentraler Tatzeugen in bedeutsamen Ermittlungsverfahren durchaus geläufig ist. So können in einer frühen Phase der Ermittlungen Fehler verhindert werden, die in der Hauptverhandlung aufgrund der nachlassenden Erinnerung des Zeugen kaum mehr reparabel sind. Sie werden vor allem durch den formlosen Vorhalt als Vernehmungsbehelf perpetuiert. Es gibt wohl keinen Praktiker, der nicht schon bei den berühmten Worten „wenn ich es so bei der Polizei gesagt habe, dann wird es auch so gewesen sein“ das Gefühl hatte, dass Scham oder Eitelkeit die Reaktion auf den Vorhalt viel mehr bestimmen als die Erinnerung des Zeugen¹¹³. Für die Vernehmung des Mitbeschuldigten, der nicht der Wahrheitspflicht unterliegt, andererseits aber ein erhebliches Eigeninteresse haben kann, den Mandanten des Verteidigers zu belasten, stellt sich das Problem der Unzuverlässigkeit noch in weitaus größerem Ausmaß. Insofern ist eine gesetzliche Regelung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei der Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten auf den ersten Blick sinn-

¹¹⁰ Dafür *Nelles*, StV 1986, 74, 75f.; *Thomas*, AnwBl. 1986, 56, 59; *Krause*, StV 1984, 169, 174f.; *Müller-Dietz*, ZStW 93 (1981), S. 1177, 1231f.; *Wolter* (Anm. 33), S. 85ff.; zweifelnd *Lüderssen*, AnwBl. 1986, 76, 77f., 80.

¹¹¹ *Bannenber* u. a. (Anm. 3), S. 27, 133.

¹¹² Überzeugend dazu Interberufliche Arbeitsgruppe Strafverfahren, StV 1998, 104, 106.

¹¹³ Ausführlicher dazu *Schünemann*, Festschrift für Meyer-Goßner, 2001, S. 404; *ders.*, Festschrift für Pfeiffer, 1988, S. 461, 478.

voll. Sie bedarf aber sachgerechter Einschränkungen unter dem Aspekt des Opferschutzes einerseits und des Schutzes aussagebereiter Mitbeschuldigter andererseits. Eine unbeschränkte Beteiligtenöffentlichkeit, wie sie namentlich von *Wolter*¹¹⁴ befürwortet wird, ist in bestimmten Verfahrenstypen, etwa im Bereich organisierter Kriminalität, nicht hinnehmbar. Zeugenaussagen von Aufklärungsgehilfen wären unter dieser Voraussetzung kaum mehr zu erlangen¹¹⁵. Deshalb ist das Anwesenheitsrecht bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten zu Recht als bloße „Soll“-Bestimmung ausgestaltet. Insoweit wird differenziert werden müssen. Insbesondere bei Opfern ist die Anwesenheit zu gestatten, wenn die schonende Ausübung des Fragerechts durch den Verteidiger sichergestellt ist (vgl. Nr. 19a Abs. 2 Satz 2 RiStBV). Hier dürfte also das Rechtsfolgenermessen in der Regel im Sinne eines „Muss“ auszuüben sein. Anders ist es beim geständnisbereiten Mitbeschuldigten. Hier kommt der zusätzliche Gesichtspunkt seiner Eigengefährdung zum Tragen. Dass diese Differenzierung vom Eckpunktepapier nicht ausdrücklich aufgegriffen wird, kann nur so gedeutet werden, dass der Regelungsgehalt des § 168c Abs. 3 Satz 2 StPO auch auf den Verteidiger erstreckt werden soll. Angesichts des Konfrontationsrechts in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK ist jedoch stets eine *konkrete* Gefährdung des Untersuchungszwecks durch die Anwesenheit des Verteidigers zu fordern¹¹⁶.

Die Anwendung der Bild-Ton-Träger-Aufzeichnung im Rahmen des § 58a Satz 2 Nr. 2 StPO kann in diesen Fällen im Übrigen einen gewissen Ausgleich für die Einschränkungen des Anwesenheitsrechts schaffen¹¹⁷. Ist der Verteidiger bei der Vernehmung ausgeschlossen, so wird zu erwägen sein, das ohnehin schon beschränkte richterliche Ermessen zur Anordnung einer Video-Aufzeichnung auf Null geschrumpft zu sehen.

¹¹⁴ *Wolter* (Anm. 33), S. 86.

¹¹⁵ Insoweit zutreffend *Bittmann*, ZRP 2001, 441 (444). Kritisch jedoch AG Strafrecht des DAV, Stellungnahme zu den Eckpunkten einer Reform des Strafverfahrens Nr. 24/2001 vom Juni 2001 (www.ag-strafrecht.de/stellunggepunkte2.htm) unter II.: „Dies würde der Staatsanwaltschaft den derzeitigen Spielraum belassen und die unbefriedigende Praxis nicht verändern“.

¹¹⁶ In diesem Sinne auch *Heghmanns*, JA 2002, 985, 988; *Beulke*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 3, 22; *Danckert*, BlnAnwBl. 1995, 215, 218; Arbeitsgruppe 2 des 21. Strafverteidigtages, StV 1997, 386, 387. In der Formulierung daher erwägenswert § 168f. Abs. 3 Satz 1 AE-Ermittlungsverfahren; vgl. *Bannenber* u. a. (Anm. 3), S. 132.

¹¹⁷ Zum erweiterten Einsatz der Videotechnologie ebenfalls befürwortend *Schünemann*, ZStW 114 (2002), S. 1, 46f.; *Heghmanns*, JA 2002, 985, 988f.; *Däubler-Gmelin*, StV 2001, 359, 361; *Beulke*, Festschrift für Rieß, 2002, S. 3, 24f.; Interberufliche Arbeitsgruppe Strafverfahren, StV 1998, 104, 106.

b) *Auswahl des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren*

Einer seit langem geäußerten Reformforderung¹¹⁸ folgend wollen die Entwurfsverfasser der Verteidigung in Zukunft auch kraft Gesetzes ein Beteiligungsrecht bei der Auswahl des Sachverständigen einräumen. Die bereits in der Verwaltungsvorschrift des Nr. 70 Abs. 1 RiStBV enthaltene Regelung soll zu diesem Zweck in die Strafprozessordnung übergeleitet werden. Wenn der Verteidiger Gelegenheit zur Stellungnahme hatte, soll er aber mit bestimmten Einwänden gegen die Auswahl des Sachverständigen entsprechend § 25 Abs. 2 StPO präkludiert sein¹¹⁹. Soweit ersichtlich, wird diese Regelung allseits begrüßt¹²⁰. Das ist verständlich. Nr. 70 Abs. 1 RiStBV enthält eine Vorschrift, die dazu dient, die Hauptverhandlung von Streitigkeiten um die Sachkunde des Sachverständigen und die eventuelle Beantragung von Obergutachten von vornherein zu entlasten. Kein vernünftiger Dezernent wird dieses Recht auf Stellungnahme bewusst leer laufen lassen. Er wird vielmehr in der Regel drauf bedacht sein, mit dem Verteidiger Einvernehmen nicht nur über die Person des Sachverständigen, sondern gegebenenfalls auch über den an diesen zu übersendenden Fragenkatalog zu erzielen. So kann zusätzlich einer zeitraubenden späteren Ergänzung des Gutachtens vorgebeugt werden. Offen ist bislang freilich, was passieren soll, wenn eine einvernehmliche Auswahl des Sachverständigen scheitert. Der Vorschlag¹²¹, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, soweit keine Gefährdung des Untersuchungszwecks durch die zeitliche Verzögerung zu besorgen ist, erscheint plausibel. Für ihn spricht, dass nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StPO die Auswahl des Sachverständigen in der Hauptverhandlung ohnehin Sache des Richters ist. In Anlehnung an das System der §§ 161a Abs. 3 Satz 2, 147 Abs. 5 Satz 2 StPO sollte auch in diesem Fall nicht der Ermittlungsrichter, sondern grundsätzlich die Strafkammer entscheiden.

¹¹⁸ So bereits *Jung*, JuS 1998, 1136, 1139f.; *Weigend*, ZStW 104 (1992), S. 486, 508; *Egon Müller*, NJW 1976, 1063, 1067; Interberufliche Arbeitsgruppe Strafverfahren, StV 1998, 104, 106; Arbeitskreis Strafprozeßreform (Anm. 48), S. 92; *Wolter* (Anm. 3), S. 89.

¹¹⁹ Eckpunkt Papier, StV 2001, 314, 315.

¹²⁰ Zustimmend *Barton*, StV 2003, 537, 539f.; *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 106; *Hinz*, SchlHA 2001, 245, 246; Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (Anm. 27).

¹²¹ *Jung*, JuS 1998, 1136, 1139; *Krekeler*, AnwBl. 1986, 62, 64; ebenso bereits Arbeitskreis Strafprozeßreform (Anm. 48), S. 92.

4. Gehörsrechte der Verteidigung

„Zur Offenheit gehört, daß der Verteidiger seine Ziele darlegen kann und von dieser Möglichkeit Gebrauch macht“, hieß es in einer gemeinsamen Erklärung¹²² des Deutschen Richterbundes und Deutschen Anwaltvereins zur Streitkultur im Strafverfahren schon vor einigen Jahren. Das Eckpunktepapier versucht deshalb zuletzt, die neuen Informations- und Anwesenheitsrechte durch erweiterte Gehörsrechte für den Verteidiger zu flankieren. Ein Rechts- oder Kooperationsgespräch im Ermittlungsverfahren solle in formloser, aber doch institutionalisierter Form möglichst früh verfahrensstrukturierende Gespräche ermöglichen. Gerade bei komplexen Verfahren könne eine frühzeitige Besprechung des Sachverhalts und der Beweislage entbehrliche Ermittlungshandlungen vermeiden helfen. Durch den Referentenentwurf eines Opferrechtsreformgesetzes wird dieser Vorschlag aufgenommen. Sowohl im Ermittlungs- als auch im Zwischenverfahren soll den Beteiligten Gelegenheit zu einer mündlichen Anhörung gegeben werden, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern (§§ 160a, 202a StPO-E)¹²³.

Der Gesetzgeber ginge damit über das verfassungsrechtlich zwingend vorgeschriebene Maß an Gehörsrechten im Ermittlungsverfahren hinaus. Aus der Formulierung, dass jedermann „vor Gericht“ Anspruch auf rechtliches Gehör hat, wird im Anschluss an eine ältere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts¹²⁴ im Umkehrschluss gefolgert¹²⁵, dass dieses grundrechtsgleiche Recht im Ermittlungsverfahren gegenüber der Staatsanwaltschaft weder unmittelbar noch analog zur Geltung komme. Ob diese wortlautselige Ableitung bei der gewandelten Funktion des Ermittlungsverfahrens heute noch überzeugen kann, mag dahinstehen. Aus Art. 103 Abs. 1 GG fließen jedenfalls nur drei Basisgewährleistungen: Informationspflichten, die Pflicht, Gelegenheit zur Äußerung zu geben und zuletzt die Pflicht, das Geäußerte zu berücksichtigen. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Rechtsgespräch mit der Staatsanwaltschaft lässt sich aus der Vorschrift also in keinem Fall ableiten¹²⁶.

¹²² Gemeinsame Erklärung von DRB/DAV, DRiZ 1997, 491, 492.

¹²³ Referentenentwurf v. 31.7.2003 (RB2-4131/4-R5 358/2003), S. 9ff. Siehe bereits Eckpunktepapier, StV 2001, 314, 315.

¹²⁴ BVerfGE 27, 88, 103.

¹²⁵ Baur, AcP 153 (1954), S. 393, 404; Jarass/Pieroth, GG, Art. 103 Rdn. 5.

¹²⁶ Ebenso BVerfGE 54, 100, 116; 31, 364, 367; Frohn, GA 1984, 554, 556f.; Rüping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 157.

Im Ermittlungsverfahren soll also, von der Warte der Hauptverhandlung aus betrachtet, nunmehr eine Art *pre-opening statement* institutionalisiert werden. Insbesondere zur Frage des Zeitpunktes für dieses Gespräch ist das Eckpunktepapier aber äußerst vage. Mit der Formulierung „möglichst früh“ dürfte letztlich nur eine Negativabgrenzung zum Schlussgehör des alten Rechts gemeint sein. Als dessen Hauptmangel darf angesehen werden, dass es am Ende des Ermittlungsverfahrens schlicht zu spät kam, um noch effektiv korrigierend wirken zu können¹²⁷. Auch deshalb war diese Episode bereits ein Jahrzehnt nach der kleinen Strafprozessreform mit dem StPÄG 1964¹²⁸ schon wieder Strafprozessgeschichte. *Dieckmann*¹²⁹, früher Justizminister in Nordrhein-Westfalen, hat diesen Teil des Eckpunktepapiers daher nur „als programmatischen Ansatz“ gelesen, „nach Möglichkeit frühzeitig und in jedem Verfahrensstadium Rechts- und Kooperationsgespräche zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung zu fördern“. Er befürwortet die Festschreibung in einer bloßen Ermessensvorschrift, die – mit der eher praxisfernen Ausnahme der Ermessensreduktion auf Null – für die Staatsanwaltschaft im Haupt- und Rechtsmittelverfahren sanktionslos bleiben sollte. Auch in der Stellungnahme des Deutschen Richterbundes¹³⁰ heißt es, dass Gespräche der Beteiligten mit den im Eckpunktepapier genannten Zielsetzungen schon immer selbstverständliche Praxis gewesen seien. Dem Beschuldigten einen Anspruch auf solche Gespräche zu gewähren, sei jedoch verfehlt. Es könne nicht Aufgabe der Staatsanwaltschaften sein, zur Schaffung eines Ausgleichs mit dem Beschuldigten in Verhandlungen eintreten zu müssen. Der Referentenentwurf des Opferrechtsreformgesetzes wählt eine weitere Variante, indem er zwar das Rechts- und Kooperationsgespräch zum Regelfall erklärt („soll“). Gleichzeitig wird aber dem Staatsanwalt über den unbestimmten Rechtsbegriff der Eignung zur Verfahrensförderung ein gerichtlich nicht operationalisierbarer Beurteilungsspielraum einräumt, der zudem nicht einmal an eine aktenmäßige Dokumentationspflicht geknüpft wird.

¹²⁷ Ebenso *Fezer*, Gedächtnisschrift für Schröder, 1978, S. 407, 416; *Wolter* (Anm. 33), S. 81, 91. Aufgeschlossener gegenüber einer Neuauflage des § 169b StPO a. F. hingegen *Thomas*, AnwBl. 1986, 56, 58f.; Arbeitsgruppe 2 des 21. Strafverteidigertages, StV 1997, 386, 387.

¹²⁸ Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG (StPÄG) v. 19. 12. 1964 (BGBl. I, S. 921). Speziell zur Einführung des Schlussgehörs *Dabs*, NJW 1965, 716, 718, und – bereits sehr skeptisch – *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar, Nachtrag Bd. II, 1967, § 169a-c Rdn. 20.

¹²⁹ *Dieckmann* (Anm. 89).

¹³⁰ Stellungnahme des Deutschen Richterbundes (Anm. 27); insoweit übereinstimmend *Ignor/Matt*, StV 2002, 102, 107.

In der Tat scheint mir ein genereller Anspruch auf ein „Schlussgespräch“ (§ 169b AE-EV¹³¹) oder – wie *Wolter*¹³² es nennt – das informelle Verdachtsinterlokut an der Grenze zum Widerspruch in sich zu liegen. Die Formalisierung des wesensmäßig Informellen ist dem Ziel solcher Gespräche schon im Grundsatz abträglich. In dafür geeigneten Fällen werden sie ohnehin geführt. Als Pflichtübung auf dem Weg zur Anklageerhebung werden sich solche Termine hingegen in der Praxis ebenso wenig bewähren wie die vor einigen Jahren eingeführte, verpflichtende Güteverhandlung im Zivilprozess. Würde man aber, wie in § 278 Abs. 2 Satz 1 ZPO n. F.¹³³, eine Generalklausel einfügen, nach welcher der Termin bei erkennbarer Aussichtslosigkeit entfallen kann, dürfte damit der Wert des gesamten Unterfangens in Zweifel gezogen sein. Genau dieser Weg soll nun aber mit den §§ 160a, 202a StPO in der Fassung des Referentenentwurfs zum Opferrechtsreformgesetz beschriftet werden. Auch hier ist es sinnvoller, die Anberaumung solcher Gesprächstermine ganz alltagspraktisch durch die Entlastung der staatsanwaltlichen Dezernate einerseits und gebührenrechtliche Anreize für die Strafverteidiger andererseits zu fördern. Dieser Vorschlag hat allerdings aus Sicht der Ministerialbürokratie einen ganz entscheidenden Nachteil: Er kostet Geld.

¹³¹ *Bannenber*g u. a. (Anm. 3), S. 135. Dazu auch *Jahn*, GA 2004, Heft 5.

¹³² *Wolter* (Anm. 33), S. 90f.

¹³³ Zur Auslegung der Vorschrift *Hartmann*, NJW 2001, 2577, 2581.