

PETER KETTNER

Der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren

Untersuchung anhand des Akteneinsichtsrechts und des Verhältnisses zur Öffentlichkeit

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 7



TENEA

Die Arbeit befaßt sich mit der Informationsbehandlung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren. Sie klärt zunächst allgemeine Fragen des Komplexes und stellt anhand dieser generellen Ansatzpunkte einige Lösungsansätze vor, die dann im Rahmen der schwierigen und charakteristischen Verhältnisse der Staatsanwaltschaft zu Beschuldigten und Verteidigung sowie der Öffentlichkeit erörtert werden. Auf diese Weise wird das Informationsmanagement der Staatsanwaltschaft in diesem entscheidenden Bereich des Strafverfahrens als systematisch erfaßbar dargestellt.

Peter Kettner, geboren 1974 in Remscheid, dort Schule und Zivildienst. Jurastudium in Passau und Nantes/Frankreich. Wissenschaftlicher Mitarbeiter in Passau. Seit Juni 2001 Attaché im Auswärtigen Dienst.

TENEA

TENEA

Juristische Reihe **TENEA** / www.jurawelt.com Bd. 7



Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit [...]
Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly*. Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

PETER KETTNER

Der Informationsvorsprung der
Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren
*Untersuchung anhand des Akteneinsichtsrechts und des
Verhältnisses zur Öffentlichkeit*

TENEA



Peter Kettner:
Der Informationsvorsprung der
Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren
*Untersuchung anhand des Akteneinsichtsrechts
und des Verhältnisses zur Öffentlichkeit*
(Juristische Reihe Tenea /www.jurawelt.com; Bd. 7)

Zugleich Universität Passau
Dissertation 2002

© TЕНEA Verlag für Medien
Berlin 2002
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
docupoint GmbH · 39112 Magdeburg
Umschlaggestaltung: nach Roland Angst, München
TЕНEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2002

ISBN 3-936582-16-5

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Januar 2002 als Dissertation an der Juristischen Fakultät der Universität Passau eingereicht und im Juni 2002 angenommen. Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Werner Beulke, danke ich ganz herzlich für die gewährte Unterstützung in vielerlei Hinsicht und eine sehr schöne und interessante Zeit an seinem Lehrstuhl.

Herrn Prof. Dr. Bernhard Haffke gilt mein besonderer Dank für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ansonsten gibt es viele Menschen, die zu dieser Arbeit beigetragen haben und ohne die all das nicht machbar gewesen wäre. Danke Euch allen!

Bonn, im Juni 2002

Peter Kettner

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| <u>Einleitung</u> | <u>1</u> |
| <u>Teil 1: Begriffsklärungen und Grundüberlegungen</u> | <u>5</u> |
| <u>A. Das Ermittlungsverfahren</u> | <u>5</u> |
| I. <u>Begriffsklärung</u> | <u>5</u> |
| II. <u>Geschichte und Bedeutung des Ermittlungsverfahrens</u> | <u>5</u> |
| III. <u>Untersuchung des präparatorischen Charakters</u> | <u>7</u> |
| <u>B. Die Staatsanwaltschaft</u> | <u>13</u> |
| I. <u>Die gesetzgeberische Konzeption von der Staatsanwaltschaft</u> | <u>13</u> |
| II. <u>Tatsächliche Lage in Recht und Praxis</u> | <u>14</u> |
| III. <u>Staatsanwaltschaft als Teil der Judikativen?</u> | <u>16</u> |
| IV. <u>Die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren</u> | <u>20</u> |
| 1. Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in der Konzeption der StPO | 20 |
| 2. Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in der Praxis | 21 |
| a. Bestehen einer Diskrepanz von rechtlicher Konzeption und tatsächlicher Lage | 21 |
| b. Konsequenzen aus dieser Diskrepanz für das Thema der Arbeit | 23 |
| V. <u>Ergebnis B.</u> | <u>24</u> |
| <u>C. Information</u> | <u>24</u> |
| I. <u>Der Begriff der Information</u> | <u>24</u> |
| II. <u>Die Bedeutung der Information</u> | <u>25</u> |
| 1. Die Bedeutung von Information im allgemeinen | 25 |
| 2. Bedeutung von Information im Ermittlungsverfahren | 31 |
| a. Der Ermittlungsanspruch des Staates | 31 |
| b. Der Teilhabeanspruch des Einzelnen am Informationsfundus der Staatsanwaltschaft | 33 |
| c. Der Teilhabeanspruch der Öffentlichkeit | 35 |
| III. <u>Versuch einer Einteilung</u> | <u>35</u> |

| | |
|---|-----------|
| <u>Teil 2: Untersuchung an konkreten Fällen</u> | <u>37</u> |
| <u>A. Das Verhältnis Staatsanwaltschaft – Beschuldiger/Verteidigung anhand des Beispiels des Akteneinsichtsrechts</u> | <u>37</u> |
| <u>I. Die Ausübung des Akteneinsichtsrechts</u> | <u>38</u> |
| 1. Die Regelung des § 147 StPO | 39 |
| a. Die Bindung des Akteneinsichtsrechts an den Verteidiger | 39 |
| aa. Die Aktenintegrität | 41 |
| bb. Der Schutz des Untersuchungszwecks | 42 |
| (1) Die „Filterfunktion“ des Verteidigers im Ermittlungsverfahren | 43 |
| (2) Konsequenzen für die Schutzfunktion der Bindung an den Verteidiger | 52 |
| cc. Ergebnis zu a. | 53 |
| b. Ergebnis zu 1. | 54 |
| 2. Art. 6 III c) EMRK | 54 |
| a. Der Einfluß der EMRK auf das deutsche Recht | 55 |
| b. Die Anwendbarkeit von Art. 6 III c) EMRK auf den Beschuldigten im deutschen Ermittlungsverfahren | 57 |
| c. Akteneinsicht vom Recht auf Selbstverteidigung umfaßt? | 59 |
| d. Auswirkungen auf § 147 I StPO | 63 |
| e. Die Neueinführung von § 147 VII StPO durch das StVÄG 1999 | 64 |
| f. Ergebnis zu 2. | 70 |
| <u>II. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts</u> | <u>70</u> |
| 1. Der Grundsatz des § 147 I StPO | 71 |
| 2. Der Aktenbegriff von § 147 I StPO | 72 |
| a. Hypothetischer oder tatsächlicher Vorlagebegriff in § 147 I StPO | 72 |
| b. Einzelfragen des Aktenbegriffs | 78 |
| aa. Die polizeilichen Spurenakten | 78 |
| bb. Die staatsanwaltlichen Handakten | 85 |
| 3. Die Beschränkung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO | 86 |
| a. Die Verfassungsmäßigkeit von § 147 II StPO | 87 |
| aa. Die generelle Zulässigkeit eines Plus an Informationsmacht für die Staatsanwaltschaft | 88 |
| bb. Die Zulässigkeit der Umsetzung durch § 147 II StPO | 92 |

| | |
|--|-----|
| (1) Reduktion des Wortlauts nach dem Wortsinn | 93 |
| (2) Verfassungsmäßigkeit einer potentiellen Gefährdung | 93 |
| (3) Ergebnis bb. | 98 |
| cc. Ergebnis a. | 98 |
| b. Die Gefährdung des Ermittlungszwecks nach § 147 II StPO | 99 |
| aa. Das Subjekt der Gefährdung nach § 147 II StPO | 100 |
| bb. Der Untersuchungszweck i.S.d. § 147 II StPO | 101 |
| cc. Die <i>Gefährdung</i> des Untersuchungszwecks | 102 |
| (1) Abstrakter Gefährdungsbegriff | 102 |
| (2) Der „extrem konkrete Gefährdungsbegriff“ | 104 |
| (3) Der konkrete Gefährdungsbegriff | 105 |
| (4) Eigene Lösung | 106 |
| (a) Die Einbeziehung der Gefährdung Dritter | 107 |
| (b) Weitere Eckpunkte | 110 |
| (c) Eigener Gefährdungsbegriff | 111 |
| (d) Tauglichkeit des eigenen Gefährdungsbegriffes in Fällen „kriminalistischer List“ | 114 |
| (e) Ergebnis zu (4) | 117 |
| c. Der Sonderfall der Akteneinsicht bei Untersuchungshaft des Beschuldigten | 118 |
| aa. Die bestehende Untersuchungshaft als Gefährdung des Untersuchungszwecks | 119 |
| bb. Die Verweigerung der Akteneinsicht im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen bei bestehendem Haftbefehl | 121 |
| (1) Die nationale deutsche Rechtsprechung vor dem Urteil des EGMR | 122 |
| (2) Die Lamy- Entscheidung des EGMR | 122 |
| (3) Die Reaktionen der Rechtsprechung auf die Lamy- Entscheidung | 123 |
| (4) Die Reaktionen in der Literatur | 127 |
| (5) Eigene Lösung | 131 |
| (6) Vereinbarkeit mit der Arbeitshypothese | 134 |
| d. Rechtsschutz gegen die Versagung der Akteneinsicht | 136 |
| aa. Ausgangslage | 136 |

| | |
|---|------------|
| bb. Lösungsansätze | 138 |
| (1) Ablehnung kein Justizverwaltungsakt nach §§ 23 ff. EGGVG | 139 |
| (2) Ausschluß der §§ 23 ff. EGGVG wegen Subsidiarität | 143 |
| cc. Entwicklung einer eigenen Lösung | 145 |
| B. Das Verhältnis Staatsanwaltschaft – Öffentlichkeit | 154 |
| <u>I. Einleitung</u> | 154 |
| <u>II. Begriffsklärungen</u> | 155 |
| <u>III. Die von der Staatsanwaltschaft gewollte Informierung</u> | 156 |
| 1. Problemstellung | 158 |
| 2. Die gegenüberstehenden Interessenpositionen | 159 |
| a. Die Interessenpositionen der Öffentlichkeit bzw. der Staatsanwaltschaft | 159 |
| aa. Das Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege | 161 |
| (1) Bei Fahndungsmaßnahmen | 161 |
| (2) Generalpräventive Zwecke | 162 |
| bb. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit | 164 |
| (1) Kontrollfunktion | 164 |
| (2) Das allgemeine Informationsinteresse | 165 |
| (3) Die Funktion der Medien in diesem Zusammenhang unter Berücksichtigung von Art. 5 I 2 GG | 167 |
| b. Die Interessen des Beschuldigten/Verdächtigen | 169 |
| aa. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht | 170 |
| bb. Die Verfahrensrechte | 174 |
| 3. Die rechtliche Ausgangslage | 175 |
| a. Art. 5 I 2 GG | 175 |
| b. Die Regelungen der Landespressegesetze | 177 |
| c. §§ 22 ff. KunstUrhG | 179 |
| d. § 203 StGB | 182 |
| e. § 131 StPO | 183 |
| f. Die Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) und Anlagen | 183 |
| g. Versuch einer Systematisierung | 185 |

| | |
|---|-----|
| 4. Die Abwägung | 186 |
| a. Die Informierung zu <i>reinen</i> Informationszwecken | 188 |
| aa. Der Begriff der Zeitgeschichte in § 23 I Nr. 1 KunstUrhG | 189 |
| bb. Die Unterscheidung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte | 190 |
| cc. Die Informierung bei absoluten Personen der Zeitgeschichte | 190 |
| dd. Die Informierung bei relativen Personen der Zeitgeschichte | 191 |
| (1) Die Tat als unter gewissen materiellen Voraussetzungen geeigneter Anknüpfungspunkt | 191 |
| (2) Die Tat als denkbarer Anknüpfungspunkt nur bei bestehendem Haft- oder Unterbringungsbefehl | 192 |
| (3) Ungeeignetheit der Tat als Anknüpfungspunkt | 194 |
| (4) Entwicklung einer eigenen Position | 194 |
| (a) Die Bedeutung der Unschuldsvermutung | 195 |
| (aa) Normative oder deskriptive Natur des Begriffs der Zeitgeschichte | 197 |
| (bb) Folgen für relative Personen der Zeitgeschichte | 199 |
| (b) Die Wertung der Unschuldsvermutung in der Literatur, unter Einbeziehung des nichtöffentlichen Charakters des Ermittlungsverfahrens | 199 |
| (c) Überprüfung des so gefundenen Ergebnisses anhand des dargestellten Normensystems, insbesondere der Regelungen der Landespressegesetze | 207 |
| (d) Überprüfung des Ergebnisses anhand der Arbeitshypothese | 209 |
| b. Die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken | 212 |
| aa. Frühe Rechtsprechung | 213 |
| bb. Problemanalyse | 214 |
| cc. Versuch einer rechtlichen Einordnung und Lösung | 215 |
| (1) Die Wahrnehmung berechtigter Interessen | 216 |
| (2) § 131 StPO | 218 |
| (3) Die §§ 22 ff. KunstUrhG | 219 |
| (a) § 23 I Nr. 1 KunstUrhG | 219 |
| (b) § 24 KunstUrhG | 221 |
| (4) Die Normen der Landespressegesetze | 224 |

| | |
|---|------------|
| (5) Anwendung der Arbeitshypothese | 225 |
| dd. Ergebnis zu b. | 226 |
| <u>IV. Die von der Staatsanwaltschaft nicht gewollte Informierung</u> | <u>227</u> |
| 1. § 4 I Landespressegesetz | 227 |
| 2. § 4 II Landespressegesetz | 227 |
| 3. Entwicklung einer eigenen Lösung anhand der Arbeitshypothese | 229 |
| 4. Ergebnis IV. | 231 |
| <u>V. Ergebnis B.</u> | <u>231</u> |
| Gesamtergebnis | 233 |

Das Geheimnis der Wahrheit ist folgendes:

Es gibt keine Tatsachen, es gibt nur Geschichten.

João Ubaldo Ribeiro

Einleitung

Was darf die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren wissen? Am besten die Wahrheit, sollte man meinen. Nur welche: die des Beschuldigten¹, die der Öffentlichkeit, die des Opfers? Und welche dieser Wahrheiten soll hinterher darüber entscheiden, ob nach dem Ermittlungsverfahren eine Hauptverhandlung folgt? Ein Strafverfahren zu führen, heißt immer auch, Fakten zu sammeln, Wissen anzuhäufen. Das passiert im Ermittlungsverfahren unter der Leitung der Staatsanwaltschaft, § 160 I StPO. Deren verfahrensbezogenes Wissen bleibt notwendigerweise in Teilen hinter dem der anderen Betroffenen zurück, weil das Primärwissen immer bei den jeweils Betroffenen liegt. Dasjenige der Staatsanwaltschaft wird demgegenüber immer ein sekundär erworbenes Wissen sein. Daraus wird bereits deutlich, daß das originäre Problem des Strafprozesses gar nicht das des Informationsvorsprungs der *Staatsanwaltschaft* vor anderen Betroffenen sein muß, sondern gerade umgekehrt der Vorsprung an Wissen z.B. des Beschuldigten oder später: des Angeklagten gegenüber den ermittelnden oder rechtsprechenden Instanzen sein kann. In letzter Konsequenz wissen nur die Betroffenen, wie genau ihre Beziehung zu der in Rede stehenden Tat aussieht, ob sie diese z.B. begangen haben oder nicht.

Dieser Informationsvorsprung ist allerdings dadurch gekennzeichnet, daß er sich immer auf einen bestimmten Ausschnitt des Verfahrens beschränkt. Die Staatsanwaltschaft als ermittelnde Behörde² hat hingegen zwar partiell einen Wissensrückstand gegenüber den einzelnen Betroffenen, den sie ständig zu verringern sucht. Bezogen auf die Ermittlungen als Ganzes hat sie allerdings regelmäßig einen besseren Überblick über das vorliegende Material: So weiß die Staatsanwaltschaft vielleicht nicht, was genau der Beschuldigte am Tatort gemacht hat, sie weiß aber im Gegensatz zu diesem, wie sie darauf gekommen ist, *genau ihn* zu verdächtigen; sie mag nicht wissen, ob der Beschuldigte im Besitz der Mordwaffe ist oder war, weiß aber um die unmittelbar bevorstehende Hausdurchsuchung *bei diesem*, die genau diese Frage klären soll.

¹ Um die Arbeit sprachlich vorteilhafter gestalten zu können, wird auf die Nennung der jeweiligen weiblichen Form eines Wortes verzichtet. Der Verfasser bittet darum, diese in Gedanken miteinzubeziehen, da ihre Nichtnennung keinesfalls Ausdruck von Mißachtung, sondern lediglich sprachlicher Opportunismus ist.

Die StPO gibt der Staatsanwaltschaft gewisse Regeln an die Hand, nach denen sie Wissen erwerben darf. Ist also die Staatsanwaltschaft ständig darauf bedacht, neue Informationen über die Verstrickung des Beschuldigten in die Tat zu sammeln (also Primärwissen zusammenzutragen), so ist es auf der anderen Seite im Interesse des Beschuldigten, zu erfahren, was die Staatsanwaltschaft über ihn weiß und ob sie dieses Wissen mit den Mitteln der StPO erworben hat.

Man kann das Strafverfahren an diesem Punkt mit der Geschichte von Hase und Igel vergleichen: Dann sei der Beschuldigte der Hase, die Staatsanwaltschaft der Igel: Das Rennen zwischen den beiden beginnt und natürlich glaubt der Hase, immer ein bißchen schneller und weiter zu sein (wie auch der Beschuldigte aufgrund seines Primärwissens immer ein bißchen mehr zu wissen glaubt). Wenn der Igel aber geschickt genug ist, findet er Mittel, mit denen er den Hasen überrascht, so daß überall da, wo der Hase ankommt, ein Igel ausruft: „Ich bin schon da!“.

In der vorliegenden Arbeit geht es nun um die Frage, wie der Igel diesen Überraschungseffekt zustande bringt, bzw. ob er dem Hasen erklären muß, wie er es schafft, dessen eigentlich größere Schnelligkeit zu kompensieren. Spontan müßte man wohl sagen, daß er das natürlich nicht muß, weil seine Chance gerade auf der Ausnutzung seiner Cleverneß beruht.

Es gibt allerdings bedeutende Unterschiede zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Igel. Der Igel ist bei der Wahl seiner Möglichkeiten durch nichts eingegrenzt. Anders dagegen die Staatsanwaltschaft: Diese ist in der Wahl ihrer Mittel durch das Gesetz beschränkt, an das sie nach Art. 20 III GG gebunden ist. Sie muß also z.B. die Vorschriften der StPO beachten und kann – um im Beispiel zu bleiben – nicht eine beliebige Anzahl von Igel einsetzen, um den Anschein größerer Schnelligkeit zu erzeugen.

Wenn die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten im übertragenen Sinne zuruft: „Ich bin schon da!“, dann darf der Beschuldigte sehr wohl fragen, wie die Staatsanwaltschaft das geschafft hat. Das Gesetz muß ihm dazu Mittel und Wege an die Hand geben. Ein Interesse daran, den eingeschlagenen Weg der Staatsanwaltschaft nachvollziehen zu können, kann sich aber u.U. auch schon auf dem Weg selbst ergeben, wenn sich etwa die Frage stellt, ob eine ergriffene Maßnahme rechtmäßig ist oder nicht. Die Staatsanwaltschaft wird in diesem Fall – wie der Igel – ungern über ihr gesamtes Vorgehen Auskunftsanspruch geben, weil sie im weiteren Verlauf das Überraschungsmoment dann nur noch sehr eingeschränkt für sich nutzen kann. Ein gewisses Mindestmaß an Informationen muß sie aber wohl preisgeben, um die Einhaltung der Regeln überprüfen zu können, die ihr durch Gesetz vorgeschrieben sind.

² Die sie, ohne viel vorwegzunehmen, ist, § 160 I StPO.

Kontrolle findet freilich nicht nur durch den Beschuldigten statt. Heutzutage mehr denn je übt auch die Öffentlichkeit eine wichtige Kontrollfunktion aus. Auch sie wird daher wissen wollen, was genau passiert, um wen genau es sich eigentlich handelt und wer was getan hat. Daß das Interesse der Öffentlichkeit dabei nicht nur in der Ausübung einer Kontrollfunktion begründet ist, sondern auch anderen Motiven wie etwa Neugier folgt, liegt auf der Hand.

Man mag dem nun entgegenhalten, daß das Strafverfahren, die Ermittlungen in Kriminalfällen doch viel eher ein gemeinsam beschrittener Weg aller Betroffenen sei oder, wie es im Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 6.4.2001 heißt, ein „partizipatorisches Verfahren [...], bei dem die Beteiligten auf der Basis des gleichen Informationsstandes eine möglichst von allen akzeptierte Lösung finden.“³ Also kein Rennen, kein Informationsvorsprung, sondern lauter einsichtige Individuen, die sich in einen Kreis setzen und alles sagen, was sie wissen, um sich dann in allseitigem Verständnis auf eine Sanktion für einen oder mehrere aus der Runde zu einigen. Aus dem Gesellschaftsvertrag eines *Thomas Hobbes*⁴ wird dann ein Sanktionsvertrag. Diese Vorstellung ist so wünschenswert wie weltfremd. Im Regelfall kann das Ermittlungsverfahren nicht auf der Basis gleichen Informationsstandes ablaufen, weil das die Einsicht der betroffenen Subjekte in die Falschheit ihres Tuns ebenso voraussetzte wie den Willen, dafür auch bestraft zu werden. Entspräche ein solches Verhalten freilich der Realität, bedürfte es keiner Ermittlungen mehr, am Ende auch gar keiner Sanktionsregeln, weil dann ja niemand etwas täte, was nicht zugleich auch allgemeingültige Norm sein könnte. Insofern ist es zwar erfreulich, daß die Bundesregierung den Erkenntnisstand von *Kants* Kategorischem Imperativ erreicht zu haben scheint.⁵ Dieser bleibt dennoch eine utopische Forderung, nicht hingegen umsetzbare Bedingung menschlichen Handelns in der Gesellschaft.

Tatsächlich *gibt* es Straftaten. Dem steht eine verschwindend geringe Anzahl von Menschen gegenüber, deren schlechtes Gewissen sie nach Sanktionen verlangen läßt. Und es *gibt* Informationsunterschiede, nicht zuletzt auch solche, die die StPO vorsieht. Genau darum wird es aber im Folgenden immer wieder gehen: Welchen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft gegenüber anderen Beteiligten erlaubt das Gesetz im Ermittlungsverfahren, manchmal vielleicht auch: welchen Vorsprung verlangt es geradezu? Die Begrifflichkeit „Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren“ nimmt dabei Bezug auf eine Formulierung des Bundesverfassungsgerichts.⁶

Bevor nun in die Erörterung eingestiegen werden wird, ist noch zu klären, was im Sinne der Arbeit unter „anderen Beteiligten“ zu verstehen ist, wem gegenüber also der Informationsvor-

³ Vgl. Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens in StV 2001, 314, 315.

⁴ Vgl. dazu *Hirschberger*, Geschichte der Philosophie, Bd. II, S. 196 ff.

⁵ Vgl. dazu *Hirschberger*, Geschichte der Philosophie, Bd. II, S. 342 f..

sprung bestehen kann und mitunter auch soll. Im Grundsatz soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit ein weiter Beteiligtenbegriff angewendet werden. Als Beteiligte am Ermittlungsverfahren gelten demnach alle, die durch die Frage, ob und in welchem Umfang sie an Information über das Verfahren teilhaben, in legitimen Interessen betroffen sein können.

Da es aber nicht möglich ist, in einem vertretbaren Rahmen alle auch nur irgendwie denkbaren Beteiligten in die Erörterungen einzubeziehen, wird sich die Arbeit auf zwei Beteiligte beschränken, deren Beispiel besonders große Symbolkraft und damit auch allgemeinen Aussagewert zu enthalten verspricht: zunächst der Beschuldigte und in seinem „Gefolge“ auch der Verteidiger, um diejenigen einzubeziehen, die eine Art Gegenpart zu den Strafverfolgungsbehörden einnehmen; dann aber auch die Öffentlichkeit, die den Strafverfolgungsbehörden ihre Legitimation gibt, denn im Namen der Allgemeinheit geschieht Strafverfolgung und in ihrem Interesse sind dieser Strafverfolgung gewisse Grenzen gesetzt, deren Einhaltung zu kontrollieren wichtige Aufgabe der Öffentlichkeit ist.

Zunächst sollen jedoch die Bedeutung, Geschichte und Relevanz der Begriffe Ermittlungsverfahren und Staatsanwaltschaft und die ihnen zugrundeliegenden Ideen und Ansätze erörtert werden. Im Anschluß daran soll ein Kapitel über die Information deren Funktion in der Gesellschaft allgemein und im Ermittlungsverfahren im besonderen darstellen und versuchen, aus diesen Erkenntnissen Grundmuster eines System, einer Kategorisierung herauszuarbeiten, die als Arbeitshypothesen für die nachfolgenden Teile dienen können.

In diesen soll zuerst auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem / seinem Verteidiger eingegangen werden. Hier wird als besonders augenfälliges Beispiel das Akteneinsichtsrecht herausgegriffen, wie es u.a. in § 147 StPO geregelt ist. Nach Erörterung möglichst aller im Rahmen des Themas relevanten Fragen wird untersucht werden, ob die Arbeitshypothese sich am ersten konkreten Beispiel bestätigt.

Danach wird auf das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Öffentlichkeit einzugehen sein. Auch hier sind zunächst sämtliche Aspekte, die für dieses Verhältnis von Bedeutung sein können, zu beleuchten, um sodann nach der Relevanz der Arbeitshypothese zu fragen.

⁶ Bundesverfassungsgericht in StV 1994, 465, 466.

Teil 1: Begriffsklärungen und Grundüberlegungen

A. Das Ermittlungsverfahren

I. Begriffsklärung

Wenn man sich mit dem Begriff des Ermittlungsverfahrens beschäftigt, fällt einem zunächst auf, daß die StPO den Begriff erstaunlicherweise nicht an der Stelle erwähnt, an der man ihn erwarten würde, den §§ 158 ff. StPO. Die nicht- amtliche Überschrift nennt als Inhalt für § 160 StPO das Ermittlungsverfahren, hier wird auch im wesentlichen umschrieben, was Inhalt und Ziel des Ermittlungsverfahrens sein soll. Der Gesetzestext benutzt den Begriff explizit aber nur in § 98 II 4 StPO, der allerdings erst nachträglich durch das 1. Strafverfahrensreformgesetz (im weiteren 1. StVRG) vom 9.12.1974 eingefügt wurde. In der ursprünglichen Fassung sah die StPO den Begriff des Ermittlungsverfahrens also gar nicht vor.

Wie bereits die Verwendung durch den Gesetzgeber im 1. StVRG zeigt, ist der Begriff des Ermittlungsverfahrens jedoch heute allgemein anerkannt. Er wird im Vergleich zu den gesetzlich vorgesehenen Begrifflichkeiten (so etwa „vorbereitendes Verfahren“ oder „Vorverfahren“) regelmäßig als besser angesehen, da er den eigenständigen Charakter des Verfahrensabschnittes (auf den noch einzugehen sein wird) besser hervorhebt.⁷

Mit Ermittlungsverfahren umschreibt man im weiteren Sinne den Teil des Strafverfahrens, der der Verdachtsklärung und Stoffsammlung dient, wobei hier Fälle der Privatklage ausgenommen werden.⁸ Dieser Begriff des Ermittlungsverfahrens wird als Ausgangspunkt für die Erörterungen der vorliegenden Arbeit dienen.

II. Geschichte und Bedeutung des Ermittlungsverfahrens

Wie bereits gesagt kannte die Strafprozeßordnung den Begriff des Ermittlungsverfahrens ursprünglich nicht. Und auch die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens hatte noch nicht den Stellenwert heutiger Tage erreicht: Der historische Gesetzgeber von 1877 sah – bezogen auf das Strafverfahren als Ganzes – eindeutig das Hauptverfahren als Schwerpunkt an.⁹ Hier sollte das eigentliche Verfahren stattfinden, der Beschuldigte wurde mit seinen „Schutz- und Verteidigungsinteressen“¹⁰ auf eben dieses Hauptverfahren verwiesen. Das ergibt sich sowohl aus den Motiven zur StPO¹¹ als auch aus der Beobachtung, daß nicht nur die Rechte des Be-

⁷ So etwa L/R – Rieß, vor § 158, Rn 3 m.w.N..

⁸ L/R – Rieß, a.a.O., Rn 1.

⁹ Fezer in FS Schröder, S. 408.

¹⁰ Fezer, a.a.O..

¹¹ Motive zur StPO bei Hahn „Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung“, S. 1629.

schuldigten im Ermittlungsverfahren rudimentär blieben, sondern auch die Handlungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft stark eingeschränkt waren, ein gewichtiges Argument angesichts der Tatsache, daß sie diejenige Behörde ist, die das Ermittlungsverfahren leitet, § 160 I StPO.

Konzeptionell hat sich daran bis heute nichts geändert. Das Hauptverfahren bleibt Mittelpunkt des Strafverfahrens¹², dessen Beweiserhebung durch das Ermittlungsverfahren lediglich vorbereitet wird.¹³

Das stellte im Grundsatz auch das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1975 fest: Es sprach von einer gegenüber der Hauptverhandlung lediglich „untergeordneten Bedeutung“ aller vorhergehenden Verfahrensabschnitte.¹⁴ Dem wurde 1983 noch hinzugefügt, die Anerkennung eines Rechtsschutzes, der ja eine „Emanzipierung“ des Ermittlungsverfahrens gegenüber der Hauptverhandlung bedeutet hätte, sei systemwidrig.¹⁵ Was ganz sicher angesichts der oben angeführten Überlegungen des historischen Gesetzgebers zum Ermittlungsverfahren nicht zu bestreiten ist und zum Ausdruck bringt, daß das Bundesverfassungsgericht dieser Konzeption bis heute im wesentlichen folgt.

In der Praxis hat es jedoch Gesetzesänderungen und andere Entwicklungen gegeben, die an dieser herausragenden Stellung des Hauptverfahrens wenigstens gerüttelt und zu einer deutlichen Akzentverschiebung hin zum Ermittlungsverfahren geführt haben. Das verdeutlichen nicht nur die jüngst vorgelegten Stellungnahmen und Vorschläge des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer¹⁶ sowie des Deutschen Anwaltvereins¹⁷, das Eckpunktepapier der Bundesregierung¹⁸ und die Reaktion des Deutschen Anwaltvereins¹⁹ hierauf, sondern auch die Tatsache, daß die gestiegene, eigenständige Bedeutung des Ermittlungsverfahrens gegenüber der Hauptverhandlung heutzutage eigentlich nicht mehr bestritten wird.²⁰

Für das zu untersuchende Thema ist das deshalb relevant, weil mit gesteigener Bedeutung des Ermittlungsverfahrens als – in gewissem Maße unabhängigen – Verfahrensabschnitt die Beziehungen zwischen einzelnen Beteiligten auch anders zu bewerten sind, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung prozessualer Mindeststandards und Rechtsweggarantien. In diesem

¹² Fezer, a.a.O.

¹³ Rzepka, Zur Fairness im deutschen Strafprozeß, S. 411.

¹⁴ BVerfG in NJW 1976, 1063, 1067.

¹⁵ BVerfG in NStZ 1984, 228, 229.

¹⁶ Referat von Hans Dahs für die 174. Tagung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15.2.2000, S. 29 ff; Überlegungen zu einer Reform des Strafverfahrens als Ergebnis der 175. Tagung des Ausschusses vom 23. und 24.6.2000.

¹⁷ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 16 / 2000 vom Mai 2000.

¹⁸ Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens in StV 2001, 314 ff..

¹⁹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zu den Eckpunkten einer Reform des Strafverfahrens, Nr. 24/ 2001.

²⁰ L/R – Rieß, vor § 158, Rn 7.

Fall sind die Rechte der Betroffenen genauestens abzuwägen. Geht man hingegen von einem Ermittlungsverfahren aus, das hauptsächlich präparatorischen Charakter hat, ist vielfach die Möglichkeit gegeben, die Beteiligten mit ebendiesen Rechten auf das Hauptverfahren zu verweisen.

Aus diesen Feststellungen wird deutlich, daß der Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens von erheblichem Gewicht für die Behandlung von Informationen durch die Staatsanwaltschaft sein kann: Information könnte dadurch bedingt mitunter sensibler handzuhaben sein, weil wegen des eigenständigen Charakters des Ermittlungsverfahrens die dort vorgenommenen Handlungen auch größere Bedeutung haben. Der Zugang oder Ausschluß von Informationen wird dann vielfach nicht mehr ohne den Verlust von Rechten in einem späteren Verfahrensabschnitt nachholbar sein.

III. Untersuchung des präparatorischen Charakters

Um den Hintergrund für die weiteren Erörterungen auszuleuchten, soll im folgenden kurz die Konzeption des historischen Gesetzgebers beschrieben und diskutiert werden. Der Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens soll nachgezeichnet und die Frage geklärt werden, was dessen Folge ist: das Abweichen der praktischen Situation des Ermittlungsverfahrens von der Konzeption des historischen Gesetzgebers oder die Änderung dieser Konzeption, sei es nun ausdrücklich oder de facto.

Es stellt sich zunächst die Frage, ob das Konzept des historischen Gesetzgebers überhaupt umsetzbar war. Dazu stellte *Glaser* bereits 1883 fest, im Ermittlungsverfahren sei eine Prüfung notwendig, die nicht möglich sei, „ohne dass in sachlicher, wenn auch nicht in formeller Hinsicht, Aufgaben eines möglichen künftigen Strafprozesses vorweg genommen werden“.²¹ Das Ermittlungsverfahren sei mithin der „Inbegriff von Prozessakten [...], welche vorweggenommen werden im Hinblick auf einen möglichen künftigen Strafprozess“.²² Ohne daß dies hier explizit ausgesprochen wird, setzt die Vorwegnahme künftiger Prozeßakte voraus, daß im Ermittlungsverfahren grundsätzlich den im Hauptverfahren durchzuführenden Akten gleichgeordnete Akte vorgenommen werden können. Mit anderen Worten besteht in gewisser Hinsicht auch eine Gleichordnung des Ermittlungsverfahrens mit der Hauptverhandlung. Das aber widerspricht der eindeutigen Schwerpunktsetzung des historischen Gesetzgebers.

Und so hat das Ermittlungsverfahren im Laufe der Zeit dann auch gegenüber der Hauptverhandlung stark an Bedeutung gewonnen. Seit langem wird in unzähligen Stellungnahmen auf

²¹ *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2, S. 359.

²² *Glaser*, a.a.O., S. 360.

den „prägenden Charakter“ des Ermittlungsverfahrens verwiesen.²³ Dieser läßt sich im Detail an mehreren Stellen aufzeigen:

Aus rein praktischen Gründen sind Untersuchungen oder Beweiserhebungen teilweise nicht nachholbar; findet etwa im Ermittlungsverfahren (was regelmäßig hier und nicht erst in der Hauptverhandlung der Fall sein wird) eine Obduktion des Mordopfers statt, so ist man in der Hauptverhandlung notwendigerweise auf die im Ermittlungsverfahren gewonnenen Ergebnisse angewiesen.²⁴

Ebenso verhält es sich in allen Fällen, in denen Vorgänge ihrer Natur nach nur einmal vorgenommen werden können und aufgrund des situativen Kontextes im Ermittlungsverfahren durchgeführt werden müssen: Der Verdacht, der Beschuldigte verberge belastendes Material bei sich zu Hause, muß gegebenenfalls zu einer *sofortigen* Hausdurchsuchung im Ermittlungsverfahren führen, weil es keinen Sinn machte, damit bis zur Hauptverhandlung abzuwarten.

Dagegen wird angeführt, Tatsachenstoff werde im Vorverfahren nur „im Hinblick auf die zukünftige [Hauptverhandlung]“²⁵ zusammengetragen, der Zweck dieser vorgezogenen Stoffsammlung sei eine „glatt und lückenlos durchgeführte“²⁶ Beweisführung in der Hauptverhandlung. Setzt man diesen Gedanken aber fort, so drängt sich die Einsicht auf, daß die Hauptverhandlung nicht das Kernstück des Verfahrens sein kann, denn diese wird ja gerade auf den Aspekt der „glatten und lückenlosen“ Beweisführung reduziert. Vielmehr erlangt das Ermittlungsverfahren gesteigerte Bedeutung: Die Hauptverhandlung wird dann häufig zur reinen „Subsumtionsshow“, die – jedenfalls idealiter – nur den bereits feststehenden Tatsachenstoff rechtlich zuordnet, also quasi eine Revision des Vorverfahrens beinhaltet.

Auch das bereits angeführte Eckpunktepapier der Bundesregierung aus dem Jahr 2001 unterstreicht nachdrücklich die verstärkte Bedeutung des Ermittlungsverfahrens. Es wird darin beispielsweise gefordert, durch „erweiterte Verlesungsmöglichkeiten von Vernehmungsmitschriften und Urkunden [...] durch das Gericht [...] [müsse] die Hauptverhandlung von zeitaufwendigen Wiederholungen“ entlastet werden.²⁷ Damit geschieht zwingend eine Aufwertung der Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens²⁸, dieses selbst wird damit immer weiter ge-

²³ Statt aller *Richter II* in StV 1985, 382, 385 m.w.N..

²⁴ *Richter II*, a.a.O..

²⁵ *Rosenfeld*, Deutsches Strafprozeßrecht Bd. 2, S. 70.

²⁶ *Rosenfeld*, a.a.O..

²⁷ Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens in StV 2001, 314, 316; dies scheint in der Reaktion des Deutschen Anwaltsvereins hierauf vom Mai 2001 (Nr. 24/ 2001) grundsätzlich begrüßt zu werden.

²⁸ *Walischewski* (in StV 2001, 243, 248) spricht sogar davon, daß dem Hauptverfahren „im wesentlichen nur noch der Platz einer aufwendigen Absegnung der bereits im Ermittlungsverfahren erzielten Ergebnisse“ zukomme. Im Unterschied dazu spricht *Salditt* in StV 2001, 311, 312 davon, daß die Gewichtung von Rechten etwa des Verteidigers im Ermittlungsverfahren auch davon abhängig sein wird, wie es um deren Partizipationsmöglich-

genüber der Hauptverhandlung emanzipiert, auch ohne daß die Konzeption sich *expressis verbis* geändert hätte.

Eine Art „Lackmustest“ für die Frage der Eigenständigkeit des Ermittlungsverfahrens gegenüber dem Hauptverfahren stellt darüber hinaus der Umgang mit Zwangsmitteln in diesem Verfahrensabschnitt dar: Steht der Staatsanwaltschaft als verfahrensleitender Behörde hier bereits ein stark ausgeprägter Katalog an Zwangsmitteln zur Verfügung und hat auch der Beschuldigte schon hier gewichtige Rechtsmittelmöglichkeiten, ist das ein weiterer Hinweis auf die weitgehende Eigenständigkeit des Ermittlungsverfahrens gegenüber der Hauptverhandlung.

Die StPO sah von Anfang an die im Achten Abschnitt geregelten Mittel der Beschlagnahme und Durchsuchung sowie die im Neunten Abschnitt geregelten Zwangsmittel der Verhaftung und der vorläufigen Festnahme vor. Darüber hinaus gab es die Möglichkeit, Zeugen zwangsweise vorführen zu lassen (§ 50 I 2 StPO) und Zwangsgeld oder –haft zu verhängen (§ 50 I 1 StPO). Auffällig bei der Betrachtung der ursprünglich vorhandenen Zwangsmittel ist, daß sie – jedenfalls soweit es um Zwangsmittel ging, die unmittelbar beweissichernden Charakter haben²⁹ – immer unter dem Vorbehalt der Anordnung durch den Richter standen. Zwar kann man davon ausgehen, daß auch zur Erfüllung einer präparatorischen Funktion gewisse Zwangsmittel unerlässlich sind. Angesichts des Richtervorbehalts bekommt man allerdings den Eindruck, der Gesetzgeber habe hier gewissermaßen ein ungutes Gefühl damit gehabt, im Ermittlungsverfahren bereits derart weitgehende Eingriffsmöglichkeiten zuzulassen, weil diese die „untergeordnete Bedeutung“ des Ermittlungsverfahrens³⁰ in gewisser Hinsicht unterminieren könnten. Der Ausnahmecharakter dieser Vorgänge wäre dann dadurch deutlich geworden, daß die Anordnung der Mittel dem Richter als „superneutraler“³¹ Instanz überlassen wurde, um so gleichsam alle Maßnahmen, die auch nur den Anschein von wirklicher verfahrensrechtlicher Bedeutung vermitteln, im Wege der Überprüfung seitens der dritten Gewalt wenigstens in gewisser Hinsicht aus der Struktur des Ermittlungsverfahrens herauszulösen. Funktion des Richtervorbehalts war und ist der bessere Schutz des Betroffenen, sei es – im Falle der Beschlagnahme – in bezug auf dessen Eigentums- und Besitzrechte, sei es – im Falle der Verhaftung oder vorläufigen Festnahme – hinsichtlich des Rechts auf persönliche Freiheit.

keiten in der Hauptverhandlung steht. Zu Recht weist er auch darauf hin, daß Erkenntnisse in der Hauptverhandlung gegenüber dem Zeitpunkt des Ermittlungsverfahrens vielfach verändert sein können, eine Antizipation der Hauptverhandlung nicht zwangsläufig stattfindet.

²⁹ Ein solches ist immer dann gegeben, wenn für das weitere Verfahren Entscheidungen getroffen werden, die jedenfalls in der Form nicht nachholbar sind; also etwa nicht Maßnahmen, die lediglich beweisbeschleunigender Natur sind wie z.B. Zwangsgeld oder Zwangshaft, sondern Beschlagnahme oder Durchsuchung.

³⁰ So das Bundesverfassungsgericht früher in BVerfG in NJW 1976, 1063, 1067.

Man meinte, an dieser Stelle den Betroffenen mit dem Richtervorbehalt besonders schützen zu müssen.³² Damit erkannte man aber indirekt die Tatsache an, daß es sich eben nicht nur um einen bloß untergeordneten Verfahrensteil handelte. Anders ausgedrückt: Wenn zentrale Rechte des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren bedroht sein können (und das hat der Gesetzgeber bereits in der ursprünglichen Fassung durch den Richtervorbehalt ausgedrückt), kann es sich nicht um einen gegenüber der Hauptverhandlung vollends abfallenden Verfahrensteil handeln.

Dem mag zu entgegen sein, daß sich die Ausnahmen von der Konzeption des historischen Gesetzgebers auf das Notwendige beschränkten, allerdings stellte auch das schon einen Einbruch in das System dar. Und es nimmt nicht Wunder, daß der Gesetzgeber im Verlaufe der Zeit immer öfter der Versuchung erlegen ist, den Ermittlern neue Zwangsmittel an die Hand zu geben.

Daß auch das Auswirkungen auf den Charakter des Ermittlungsverfahrens hatte, ist mittlerweile verbreitete Ansicht: So wird festgestellt, die neuen und erweiterten Zwangsmaßnahmen hätten zu einer „teilweise nicht mehr nachprüfaren Vorwegnahme der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren geführt“³³. Insbesondere sei der „gegenüber dem Verdächtigen geheime Charakter staatlicher Zwangsmaßnahmen [...] für viele Verfahren zum Regelfall geworden“, woraus ein „Bedeutungszuwachs und Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens“ gefolgert wird.³⁴ Die Erweiterung der staatsanwaltlichen Befugnisse habe die ursprüngliche Regelung des Ermittlungsverfahrens stark verändert.³⁵

Hinzu kommt, daß der im Gesetz eingebaute Richtervorbehalt, der auch die neu hinzugekommenen Zwangsmittel prägt, in der Praxis durch die Anordnung durch Staatsanwaltschaft und Hilfsbeamte „unter Inanspruchnahme der Eilkompetenz“ verdrängt wird.³⁶ *Lilie* spricht in diesem Zusammenhang von der „Alibifunktion“ des Richtervorbehalts³⁷, der durch die Rechtsprechung des BGH zudem umgangen werde.³⁸ Das ist insgesamt bedenklich und läuft außer-

³¹ Weil eben noch „neutraler“ als die bereits konzeptionell ja schon neutrale Staatsanwaltschaft (der Verfasser ist sich dabei der Tatsache bewußt, daß der Komparativ des Wortes „neutral“ eigentlich nicht zu bilden ist).

³² Und in der Tat gab es Überlegungen, die Maßnahmen nicht unter Richtervorbehalt zu stellen, sie aber grundsätzlich der – im Gesetz dann ausnahmsweise erfolgenden – nachträglichen Kontrolle durch den Richter zu unterwerfen, vgl. dazu *Löwe*, Strafprozeßordnung, zu § 98, 1a) (S. 358).

³³ *Rzepka*, a.a.O..

³⁴ Statt vieler: *Rzepka*, a.a.O..

³⁵ *Fezer* in FS für Horst Schröder S. 410

³⁶ *Rieß* in FS für Kurt Rebmann S. 390.

³⁷ *Lilie* in ZStW 111, 807, 819, er führt a.a.O. S. 814 auch an, daß z.B. 90 – 95 % aller Durchsuchungen auf Eilkompetenzen gestützt würden, häufig bei alleinigem Handeln durch die Polizei.

³⁸ *Lilie*, a.a.O., S. 812 f..

dem auch der Tatsache zuwider, daß das Bundesverfassungsgericht in jüngster Zeit die Funktion des Richtervorbehaltes besonders betont.³⁹

Darüber hinaus zeigt ein Blick auf die Verfahrenswirklichkeit, daß nur etwa 30 % aller Ermittlungsverfahren überhaupt in das Stadium des Zwischenverfahrens gelangen.⁴⁰ Das wiederum hängt mit den Möglichkeiten der Staatsanwaltschaft zusammen, das Ermittlungsverfahren nach §§ 153 ff. und 170 II StPO einzustellen. Daraus resultierend hat die Staatsanwaltschaft eine Quasi- Herrschaft nicht bloß über das Ermittlungsverfahren, sondern – bei Einstellung – über das gesamte Strafverfahren. Das zuständige Gericht muß dem zwar noch zustimmen, die Rechtswirklichkeit zeigt aber, daß die Bearbeitung durch die Staatsanwaltschaft maßgebend für diejenige durch das Gericht ist.⁴¹

Mit Blick auf den Verdächtigen als Subjekt der Untersuchung ist zudem zu sagen, daß für diesen das Ermittlungsverfahren den vom Bundesverfassungsgericht früher postulierten bloß untergeordneten Charakter⁴² gar nicht haben kann:

Das hat zum einen das Bundesverfassungsgericht selbst erkannt. In zwei Entscheidungen im 96. Band⁴³ kommt die wachsende Bedeutung zum Ausdruck, die das Gericht dem Ermittlungsverfahren zuspricht. So soll ein Rechtsschutzbedürfnis gegenüber Durchsuchungsanordnungen bestehen und dieses auch nicht durch die Möglichkeit einer Überprüfung im übrigen Strafverfahren entfallen, da dieses zum Ziel habe, über Schuld und Unschuld des Beschuldigten zu befinden, nicht aber über die Rechtmäßigkeit der Durchsuchung.⁴⁴ Auch kann man der Rüge des Gerichts hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechtsmittel gegen Durchsuchungen im Ermittlungsverfahren eine starke Tendenz entnehmen, dem Ermittlungsverfahren nicht nur untergeordneten Charakter beizumessen: Die Rechtsmittel sind demnach „nach geltendem Recht in schwer zu durchschauender Weise mehrfach gespalten“.⁴⁵ Diese Tatsache hatte in der betreffenden Entscheidung u.a. zur Folge, daß auch dem Beschwerdeführer zugewilligt wurde, ihre Struktur nicht zu verstehen. Damit wird aber gleichzeitig zum Ausdruck gebracht, daß rechtlich erhebliche Eingriffe schon im Ermittlungsverfahren vorgenommen werden können.

³⁹ Bundesverfassungsgericht in NJW 2001, 1121 ff.; kritisch zu dieser Betonung *Schaefer* in NJW 2001, 1396, 1397.

⁴⁰ *Wagner* in ZStW 109, 545, 556; sowie *Schreiber* in FS für Baumann 383, 385.

⁴¹ *Richter II* in StV 1985, 385.

⁴² BVerfG in NJW 1976, 1063, 1067.

⁴³ BVerfGE 96, 27 ff. und 44 ff..

⁴⁴ BVerfGE 96, 27, 42 f..

⁴⁵ BVerfGE 96, 44, 49; vgl. dazu Anm. *Amelung* in JR 1997, 384 ff., der zwar meint, die Begründung des Bundesverfassungsgericht treffe nicht den Punkt (S. 385), die Entscheidung sei aber grundsätzlich erfreulich (S. 386).

Zudem ist eine starke individuelle Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für den Betroffenen in vielerlei Hinsicht denkbar.⁴⁶ Beispielhaft sei etwa darauf verwiesen, daß für diesen die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens natürlich eine erhebliche individualpsychologische Wirkung hat, sieht er sich doch mit der Staatsmacht in Form der monopolisierten Gewalt konfrontiert.⁴⁷ In ganz besonderem Maße prägt eine solche Eröffnung auch das soziale Umfeld des Betroffenen. Oft genug findet bereits durch die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens eine Stigmatisierung des Betroffenen statt. Man denke hier etwa an die immer wieder kurzzeitig ins Rampenlicht rückenden Ermittlungsverfahren gegen Verdächtige bei Sexualstraftaten gegen Kinder. Den Betroffenen haftet auch bei Einstellung nach § 170 II StPO, wenn der Verdacht sich etwa als völlig haltlos erwiesen hat, im öffentlichen Bild ein Makel an. Der Volksmund zitiert in diesen Fällen gern das Sprichwort „wo Rauch ist, ist auch Feuer“.

Es soll hier nicht auf die Frage eingegangen werden, inwieweit das Ermittlungsverfahren in seiner Grundkonzeption reformbedürftig ist. Die angeführten Überlegungen sind jedoch ein klares Zeichen dafür, daß sich das Ermittlungsverfahren als Verfahrensteil gegenüber der Hauptverhandlung abweichend vom Grundkonzept des Gesetzgebers stark emanzipiert hat. Es werden wichtige Entscheidungen getroffen, die das Verfahren als Ganzes beeinträchtigen, weil teilweise die Beweiserhebung nicht mehr nachprüfbar vorweggenommen wird, so daß die Hauptverhandlung *vital* und nicht nur zur Beschleunigung auf die Feststellungen des Ermittlungsverfahrens angewiesen ist. Die Erörterungen beschränken sich daher nicht auf die Frage, ob öffentliche Klage erhoben werden soll, sondern es wird für den Fall der Eröffnung auch bereits ein großer Teil der Verhandlung selbst vorweggenommen.

Teilweise kommt es im Ermittlungsverfahren auch schon zur Verfahrensbeendigung. Hier kann dann allein der Definition wegen das Ermittlungsverfahren nicht mehr nur präparatorische Funktion haben, weil einer Vorbereitung begriffslogisch ein Etwas folgt, das vorbereitet worden ist.

Der Abschnitt „Vorbereitung der öffentlichen Klage“ hat heute also ein gegenüber der Grundkonzeption „wesentlich anderes Gesicht“.⁴⁸ Es ist daher – wie gesagt – heute auch unbestritten⁴⁹, daß dem Ermittlungsverfahren mehr als bloß ein präparatorischer Zweck zukommt.⁵⁰ Vielmehr scheint eine entscheidende Eigenschaft des Ermittlungsverfahrens geworden zu sein, daß es sich gleichsam faustisch seiner ihm ursprünglich zgedachten rein präparatorischen Funktion entledigt und eine eigenständige Bedeutung erlangt hat.

⁴⁶ Richter II, a.a.O., S. 383.

⁴⁷ Richter II, a.a.O..

⁴⁸ Fezer in FS für Horst Schröder S. 410

⁴⁹ LR-Rieß, vor § 158, Rn 7.

⁵⁰ Richter II, a.a.O., S. 385 spricht bzgl. des rein präparatorischen Charakters gar von einer „Mär“.

Gleichzeitig aber hat der Gesetzgeber die Grundkonzeption der Reichsstrafprozeßordnung „ganz bewußt beibehalten, wenn nicht noch entschiedener verwirklicht“.⁵¹ Es ist inzwischen weit verbreitete Ansicht, daß der Charakter des Ermittlungsverfahrens u.a. durch die Vermehrung und Intensivierung der Zwangsmittel der Staatsanwaltschaft faktisch ein definitiv anderer ist, als es der Grundkonzeption des historischen (und wohl auch des gegenwärtigen) Gesetzgebers entsprach.

Die gesamte Informationsverwertung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren ist daher auf dem Hintergrund eines eigenständigen Verfahrensteiles zu bewerten, dessen Ausgang für die Beteiligten oft endgültigen Charakter hat.

B. Die Staatsanwaltschaft

Es wurde bereits angesprochen, daß die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren leitende Behörde ist. Das Gesetz gibt ihr in § 160 I StPO den Auftrag, bei Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen. Sie ist, so ein oft gebrauchter, deshalb freilich nicht unbedingt schönerer (teilweise gar als „völlig antiquiert“⁵² angesehener) Ausdruck, „die Herrin des Ermittlungsverfahrens“⁵³.

Das Thema der vorliegenden Arbeit findet seinen Ursprung in der zentralen Rolle, die die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren spielt: Zum einen hat sie dafür zu sorgen, daß sie Informationen über den Sachverhalt erlangt (investigative Funktion), zum anderen hat sie aber auch die Macht über die eingegangenen Informationen (verwaltende Funktion). Die folgenden Erörterungen werden sich auf die verwaltende Funktion der Staatsanwaltschaft beziehen, also auf die Frage, wie sie ihre Macht über die eingegangenen Informationen nutzen kann.

Um das angemessen klären zu können, erscheint es sinnvoll, sich zunächst damit auseinanderzusetzen, welche generelle Konzeption der Gesetzgeber von der Staatsanwaltschaft hat und wie die Staatsanwaltschaft im Rechtssystem, insbesondere im System der Gewaltenteilung, einzuordnen ist.

I. Die gesetzgeberische Konzeption von der Staatsanwaltschaft

Wenn man über die Konzeption des Gesetzgebers von der Staatsanwaltschaft spricht, spielt deren Position im Ermittlungsverfahren eine gewichtige Rolle. In diesem Verfahrensabschnitt

⁵¹ Fezer, a.a.O., S. 411.

⁵² Brütigam in DRiZ 1992, 214, 215.

⁵³ Statt vieler: Kühne, Rn 131.

liegt nicht nur das Schwergewicht ihrer Tätigkeit⁵⁴, der historische Gesetzgeber hat ihr an dieser Stelle auch insofern eine höchst anspruchsvolle Aufgabe zugeordnet, als er ihr in § 160 II StPO den Auftrag gegeben hat, Belastendes *und* Entlastendes zu ermitteln. Bereits Mitte des vorletzten Jahrhunderts, im Jahre 1846, forderten *Savigny* und *Uhlen* in einer Denkschrift, „der Staatsanwalt soll[e] als Wächter des Gesetzes befugt sein, bei dem Verfahren von Anfang an dahin zu wirken, daß überall dem Gesetze ein Genüge geschehe“, man solle ihm eine Stellung einräumen, „welche ebenso sehr zum Schutze des Angeklagten als zu einem Auftreten wider denselben verpflichtet[...]“.⁵⁵ Man kann dem das Wort des damaligen preußischen Justizministers *von Mühler* von 1843 hinzufügen: „Von solchen Männern ist nur Gutes zu erwarten“.⁵⁶ Diese idealistischen⁵⁷ Anforderungen an die Staatsanwaltschaft sind bis heute das Theorem. Man liest in der Literatur etwa, die Staatsanwaltschaft könne „nur der Gerechtigkeit dienen. Sie [könne] infolgedessen nicht einseitig das Ziel der Verurteilung verfolgen“.⁵⁸ Sie habe „ebenso wie das Gericht zu einer gerechten Entscheidung beizutragen“.⁵⁹ Freilich krankt diese Vorstellung der neutralen Staatsanwaltschaft bereits an dem (allerdings nicht gravierenden) Geburtsfehler ihrer Herkunft. Die Tatsache, daß man der Staatsanwaltschaft diese Funktionen im Ermittlungsverfahren zugestand, war Folge der schlechten Erfahrungen, die man mit dem Inquisitionsprozeß gemacht hatte. Hier übernahm der Richter die Ermittlungstätigkeit und so liefen letztlich *Anklage-* und *Urteilsfunktion* bei diesem zusammen, was oftmals Willkür und Ungleichbehandlungen zur Folge hatte bzw. von der Bevölkerung so aufgenommen wurde.⁶⁰ Als Konsequenz dessen wurde die Staatsanwaltschaft mit inquirierender und anklagender Funktion beauftragt, um die Urteilsfunktion davon zu trennen. Das zieht aber zugleich nach sich, daß in der Praxis *inquirierende* und *anklagende* Funktion vielfach verschwimmen.

II. Tatsächliche Lage in Recht und Praxis

Die tatsächliche Lage bietet denn auch ein Bild, das an Symptomen dieser konzeptionellen Ungereimtheiten nicht gerade arm ist. Schon in der Anfangszeit der StPO sahen sich die Staatsanwälte mehrheitlich als Anwälte des Staates, nicht des Einzelnen. Ohne daß die StPO

⁵⁴ *Kühne*, a.a.O.

⁵⁵ Zitate entnommen: *Bräutigam*, a.a.O., S. 214.

⁵⁶ Zitat entnommen: *Bräutigam*, a.a.O.; heute würde er das wohl auch auf Staatsanwältinnen beziehen, Anm. des Verfassers.

⁵⁷ *Schaefer* in NJW 2001, 1396, 1396.

⁵⁸ *Peters*, Der Strafprozeß, S. 162.

⁵⁹ *Kühne*, a.a.O. Rn 131.

⁶⁰ *Hund* in ZRP 1994, 470; L/R – *Rieß* (Einl. Kap. 13, Rn 3) spricht in dem Zusammenhang von der „psychologischen Grunderfahrung der Unvereinbarkeit der Stellung von Inquirent und Richter“, es bleibt allerdings dahingestellt, inwiefern die Stellung von Inquirent und Ankläger vereinbar sind.

in dieser Hinsicht je grundlegend geändert worden wäre, ließ sich die Staatsanwaltschaft in den totalitären Zeiten der deutschen Geschichte als „verlängerter Arm der politischen Führung“ instrumentalisieren.⁶¹ Das zeigt sich auch in der Praxis bzw. deren Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit:

Diese begreift die Staatsanwaltschaft nur selten als objektiv und in beide Richtungen ermittelnde Stelle, vielmehr überwiegt hier oftmals ein Parteidenken, in dessen Rahmen – auch schon im Ermittlungsverfahren – Verteidiger und Staatsanwaltschaft als Opponenten gesehen werden.⁶² So wurde die Staatsanwaltschaft oft nicht mehr als „Garant eines liberalen Strafprozesses, sondern als verlängerter Arm der Exekutiven empfunden“.⁶³ Verglichen mit der Konzeption der Staatsanwaltschaft als „objektivste[r] Behörde“⁶⁴ ist ein solcher Eindruck fatal, wenn auch – wie dargelegt – durchaus unbewußt systemimmanent. Für das zu behandelnde Thema ist das deshalb relevant, weil der Staatsanwaltschaft in der Konzeption als neutrale Stelle auch ein objektiver Umgang mit Information anvertraut werden kann, anders gesagt: Eine Staatsanwaltschaft, die tatsächlich dem Bild des historischen Gesetzgebers entspricht, steht in keinem Spannungsfeld mit anderen Beteiligten, da diese ihre jeweiligen Interessen bei der Staatsanwaltschaft gut aufgehoben wissen. In der ursprünglichen Konzeption der StPO muß demnach sowohl das Akteneinsichtsverlangen des Verteidigers als auch das Auskunftsbeghehen der Öffentlichkeit, in den Fällen, in denen ein Konflikt entsteht, notwendig zugunsten der Staatsanwaltschaft gelöst werden, da das Verlangen des Verteidigers immer ein überflüssiges, weil mißbräuchliches ist: Die Staatsanwaltschaft nimmt ja bereits ausreichend die Rechte des Beschuldigten oder der Öffentlichkeit wahr, eines agierenden Verteidigers oder der Medien bedarf es also nicht.

Daß das nicht in jedem Fall so ist, leuchtet ein. Es wird an späterer Stelle noch ausführlich auf die einzelnen Problemkreise einzugehen sein. An dieser Stelle bleibt zunächst festzuhalten, daß die Auffassung des Gesetzgebers von einer neutralen Staatsanwaltschaft nicht unproblematisch ist.

Dem ist hinzuzufügen, daß auch der Gesetzgeber selbst im Gesetz auf dieses Problem eingegangen ist, indem er einen beträchtlichen Teil der Zwangsmittel im Ermittlungsverfahren unter den Richtervorbehalt gestellt hat. Wäre die Staatsanwaltschaft eine so neutrale Behörde, wie es der gesetzlichen Konzeption entspricht, bedürfte es eines Richters als (ex ante) *anordnender* Stelle nicht mehr. Neutralität wäre bereits in ausreichendem Maße durch die Staatsanwaltschaft gewährleistet, die Mitwirkung des Richters machte dann nur noch als (ex post)

⁶¹ *Schaefer* in NJW 2001, 1396, 1396 f..

⁶² Es mag sein, daß dies auch aus der Darstellung in den Medien resultiert.

⁶³ *Roxin* in DRiZ 1997, 109, 116.

überprüfende Stelle einen Sinn. Da das aber – wenigstens vom Gesetz her – nur der Ausnahmefall (beim Einsatz gravierender Zwangsmittel) ist, ging man hier also offenbar nicht davon aus, daß die Staatsanwaltschaft in jedem Fall ausreichende Objektivität zu gewährleisten imstande sei.

III. Staatsanwaltschaft als Teil der Judikativen?

Das führt zu einem weiteren Problem, das seinerseits unmittelbar mit der zu behandelnden Thematik zu tun hat: die Frage der Einordnung der Staatsanwaltschaft im System der Gewaltenteilung. Geht man davon aus, daß die Staatsanwaltschaft Teil der Judikativen ist, ist ihr beim Umgang mit Information unter Umständen ein größerer Spielraum zuzugestehen, da hier dann auch die richterliche Unabhängigkeit betroffen ist.

Eine Meinung wollte – in Anlehnung an den vom Bundesverfassungsgericht ursprünglich vertretenen⁶⁵ materiellen Begriff der rechtsprechenden Gewalt⁶⁶ – die Staatsanwaltschaft dieser zurechnen. Die materielle Begründung hierfür sah man in der von der StPO angenommenen besonderen Bedeutung der Staatsanwaltschaft sowie in ihrer richterlichen Arbeitsweise.⁶⁷ Insbesondere wurde ins Feld geführt, nur ein unabhängiger, d.h. als Teil der Judikativen zu verstehender Staatsanwalt könne eine unabhängige Untersuchung bereits im Vorverfahren garantieren.⁶⁸

Eine ähnliche Ansicht nimmt diese Zuordnung unter Rückgriff auf den Gedanken vor, Richter und Staatsanwalt seien gleichsam zwei Seiten der gleichen Medaille, eben der dritten Gewalt.⁶⁹ Folgt man dem, lag der Grund der Übertragung der Zuständigkeit im Ermittlungsverfahren auf den Staatsanwalt einzig in der Trennung von inquisitorischer und richtender Tätigkeit⁷⁰, nicht jedoch in einer Verlagerung dieser Zuständigkeit von einer auf die andere Gewalt. Demgegenüber ist heute jedoch weitgehend herrschende Meinung, daß die Staatsanwaltschaft nicht Teil der Rechtsprechung ist.⁷¹ Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft⁷² sowie auf die Tatsache, daß es „das Essentiale“ der rechtsprechenden Gewalt sei, rechtskräftige Entscheidungen auszusprechen.⁷³

⁶⁴ Zitat gefunden bei *Kintzi* in DRiZ 1987, 457, 457, Fn 2.

⁶⁵ BVerfGE 9, 223, 228.

⁶⁶ Auf die Problematik der verschiedenen Rechtsprechungsbegriffe kann im Rahmen der Erörterungen nicht eingegangen werden.

⁶⁷ vgl. *Hund*, a.a.O., S. 471.

⁶⁸ *Hoberg* in DRiZ 1953, 136, 139.

⁶⁹ a.a.O., S. 136 ff..

⁷⁰ a.a.O., S. 138.

⁷¹ Vgl. hierzu *Roxin*, a.a.O., S. 113.

⁷² *Hund*, a.a.O. S. 471.

⁷³ *Roxin*, a.a.O..

Es wurde bereits im Rahmen der Erörterungen über das Ermittlungsverfahren auf die Einstellungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft in diesem Verfahrensabschnitt nach §§ 153 ff. StPO verwiesen. Wenn das Essentielle der rechtsprechenden Gewalt die Rechtskraftfähigkeit der Entscheidungen ist, dann könnte das Argument bzgl. der Staatsanwaltschaft nur verfangen, wenn die genannten Möglichkeiten tatsächlich keine rechtskraftfähige Verfahrenseinstellung zur Folge hätten. Im Falle der Einstellung durch die Staatsanwaltschaft nach § 153 I StPO tritt zwar nach „fast einhelliger“ Ansicht kein Verbrauch der Strafklage ein⁷⁴, mithin handelt es sich auch nicht um eine rechtskraftfähige Entscheidung. Anders ist das jedoch in den Fällen der §§ 153 a ff. StPO: Stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren nach § 153 a I StPO ein und erfüllt der Beschuldigte die ihm gestellten Auflagen, führt das nach § 153 a I 4 StPO dazu, daß die Tat als Vergehen nicht mehr verfolgsbar ist. Da eine solche Einstellung z.T. auch durch die Staatsanwaltschaft alleine möglich ist, was sich aus §§ 153 a I 6 i.V.m. 153 I 2 StPO ergibt, hat hier die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, das Verfahren ein für alle Mal zu beenden. Freilich bleibt in Ausnahmefällen auch insoweit eine Verfahrensfortsetzung möglich, etwa für den Fall, daß sich herausstellt, daß ein Verbrechen gegeben war. Wie auch immer man dieses Phänomen⁷⁵ terminologisch fassen will, es handelt sich wenigstens im Normalfall um eine rechtskräftige Einstellung des Verfahrens mit allen daraus folgenden Konsequenzen. Man wird also feststellen, daß das Argument, es handele sich bei der Staatsanwaltschaft nicht um einen Teil der rechtsprechenden Gewalt, weil sie zu rechtskraftfähigen Entscheidungen nicht in der Lage ist, jedenfalls nur dann vollends verfangt, wenn man terminologische „Hochseilakte“ unternimmt, um nur ja den Begriff „Rechtskraft“ zu vermeiden. Materiell gesehen kann auch die Staatsanwaltschaft Entscheidungen treffen, die der Rechtskraft fähig sind. Spätestens seit Einführung der §§ 153 a StPO ff. kommt der Staatsanwaltschaft „Quasi-Sanktionsmacht“⁷⁶ oder „quasi-richterliche Entscheidungsmacht“⁷⁷ zu, es wird sogar teilweise vom „Richter vor dem Richter“⁷⁸ gesprochen. Gerade letztgenannte Formulierung legt eine Zuordnung der Staatsanwaltschaft zur Judikativen nahe, jedoch ist diese nicht zwangsläufig.

Als Argument gegen eine Zuordnung bleibt einerseits die Weisungsgebundenheit der Staatsanwaltschaft nach §§ 146, 147 GVG. Andererseits kann man sich aber auch fragen, wieso der historische Gesetzgeber, hätte er denn die Vorstellung gehabt, daß es notwendig sei, einen Teil der Rechtsprechung im Vorverfahren mit der Ermittlung zu beauftragen, nicht zur Ver-

⁷⁴ L/R-Rieß, zu § 153, Rn 85.

⁷⁵ Erörterungen finden sich beispielhaft bei HK – Krehl zu § 153 a Rn 20 ff und K/M-G zu § 153 a Rn 45.

⁷⁶ Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrens, Rn 99.

⁷⁷ Blankenburg in ZRP 1978, 263, 264.

⁷⁸ Kausch, Der Staatsanwalt – ein Richter vor dem Richter.

deutlichung auf die generelle Einführung eines Ermittlungsrichters zurückgegriffen hat. Wäre ihm die Beteiligung einer rechtsprechenden Instanz in diesem Verfahrensabschnitt derart wichtig gewesen, wäre eine Einbeziehung ohne größere Probleme möglich gewesen. Die Tatsache, daß der Gesetzgeber die Staatsanwaltschaft gewählt hat, spricht nicht dafür, daß hier der Einsatz der Rechtsprechung für notwendig erachtet wurde.

Es erscheint angesichts dessen nicht zwingend, aus der Tatsache, daß die Staatsanwaltschaft inquirierend tätig wird, den Schluß zu ziehen, daß damit auch die Zugehörigkeit zur rechtsprechenden Gewalt verbunden ist. Vielmehr ist wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber offenbar davon ausging, daß die Inquisitionsfunktion auch von einer nicht der rechtsprechenden Gewalt zugehörigen Stelle ausgeübt werden kann. Daß die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren rechtskräftige Entscheidungen treffen kann, also „quasi-richterlich“⁷⁹ tätig wird, ist in gewisser Weise als systemwidrig anzusehen. Angesichts der Tatsache, daß die §§ 153 a ff. StPO aber insgesamt einen nicht im System des Ermittlungsverfahrens unterzubringenden Sonderfall darstellen, muß diese Systemwidrigkeit aber nicht zur Folge haben, daß hierdurch die Staatsanwaltschaft zu einem Bestandteil der Rechtsprechung wird.

Angeführt wird hier von Befürwortern einer Zuordnung zur dritten Gewalt, daß das Gewaltenteilungsprinzip diese gleichsam zwingend erfordere, da die Staatsanwaltschaft an der Rechtsprechung – was unbestreitbar ist – maßgeblich mitwirke. Ein solches Organ müsse aber der Judikative zuzuordnen sei, da eine Mitwirkung durch ein Organ der Exekutiven das rechtsstaatliche Gewaltenteilungsprinzip verletze.⁸⁰

Hier kann aber darauf verwiesen werden, daß der Gesetzgeber den Gerichten eine Sonderstellung verschaffen wollte, deren Folge einerseits eine Lösung von allen Beweisregeln, andererseits eine klare Abgrenzung zu den anderen Gewalten gewesen ist, was insbesondere aus Art. 92 GG deutlich wird.⁸¹ Diese Sonderstellung kommt der Staatsanwaltschaft auch in Anbetracht der §§ 153 a ff. StPO nicht zu. Letztlich wird man wohl sagen können, daß sie bei der Rechtsprechung mitwirkt, nicht aber selbst Recht spricht.

Wo genau die Staatsanwaltschaft im System der Gewaltenteilung einzuordnen ist, ist im weiteren umstritten:

Rüping⁸² führt an, der historische Gesetzgeber habe sie im „Niemandland zwischen Exekutive[r] und Judikative[r]“ ansiedeln wollen, nach Beulke⁸³ kommt ihr – bei Überwiegen der judikativen Komponente – eine „Zwitterstellung“ zu. Der BGH spricht von einem dem Ge-

⁷⁹ Blankenburg, a.a.O..

⁸⁰ So zu lesen bei Schütz in FS für Küchenhoff zum 65. Geburtstag 2. Halbband, S. 985, 987.

⁸¹ Schütz, a.a.O., S. 989.

⁸² Rüping in GA 1992, 147, 151.

⁸³ Beulke, StPO, Rn 88.

richt gleichgeordneten Organ der Rechtspflege⁸⁴, die Bundesregierung von einem der „dritten Gewalt zugeordneten Organ der Rechtspflege“.⁸⁵ Man mag nun darüber rätseln, inwiefern ein Unterschied zwischen dritter Gewalt und Rechtsprechung besteht. Letztlich wird damit jedoch nur die bestehende Hilflosigkeit ausgedrückt, eine exakte Einordnung vorzunehmen. Relativ häufig findet sich auch die Bezeichnung „Organ der Strafrechtspflege“.⁸⁶

Anderer Stimmen möchten die Staatsanwaltschaft „von Verfassungs wegen [...] der Exekutiven“ zurechnen.⁸⁷ Dieser Einordnung scheint neuerdings auch das Bundesverfassungsgericht anzuhängen.⁸⁸

Im Ergebnis wird man einerseits – wie dargestellt – eine Zuordnung zur Judikative nicht vornehmen können, andererseits jedoch nicht um die Feststellung herumkommen, daß die Staatsanwaltschaft als Organ der Justiz „von richterlichem Geist erfüllt“⁸⁹ ist.

Man mag Rechtsprechung sprachlich unterschiedlich definieren, es bleibt jedoch festzuhalten, daß zentrales Element einer solchen Bestimmung immer die Frage sein wird, ob durch das betreffende Organ eine Strafsache (rechtskräftig) entschieden werden kann. Da das – wie dargestellt – spätestens durch die Einführung der §§ 153 a ff. StPO der Fall ist, kann man nicht umhin, der Staatsanwaltschaft mindestens im Ermittlungsverfahren – also im zu behandelnden Abschnitt des Strafverfahrens – *auch* rechtsprechende Befugnisse zuzubilligen.

Wenn *Rüping* also von einer Einordnung im Niemandsland zwischen Exekutive und Judikative spricht, so ist das vielleicht die präziseste der möglichen Beschreibungen. Insbesondere im Ermittlungsverfahren scheint die Position der Staatsanwaltschaft einen stark judikativ geprägten Einschlag zu haben. Die Elemente der beiden Gewalten – Judikative und Exekutive – vermengen sich hier derart, daß eine eindeutige Zuordnung zu einer der beiden nicht möglich ist. Wichtig ist aber bei allen diesen Feststellungen, daß die Staatsanwaltschaft eben nicht Teil der Judikative ist.

Das hat zur Folge, daß die Informationsverwertung im Ermittlungsverfahren *nicht* durch einen Teil der rechtsprechenden Gewalt passiert. Man wird dies zu berücksichtigen haben, wenn es um die Abwägung und Gewichtung im Einzelfall geht, dies umso stärker, wenn Rechte des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers betroffen sind.

⁸⁴ BGHSt 24, 170, 171.

⁸⁵ BRatsDrucksache 117/73, S. 38.

⁸⁶ So *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, vor Art. 92, Rn 1e; *Roxin*, a.a.O..

⁸⁷ *Hund*, a.a.O., S. 471.

⁸⁸ Bundesverfassungsgericht in NJW 2001, 1121, 1123.

⁸⁹ *Hoberg*, a.a.O., S. 138.

IV. Die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren

Nachdem die generellen Gesichtspunkte, betreffend die Staatsanwaltschaft und das Ermittlungsverfahren, erörtert wurden, wird nun die besondere Stellung der Staatsanwaltschaft in diesem Verfahrensabschnitt dargestellt. Zunächst soll untersucht werden, welche Stellung der Staatsanwaltschaft von der Konzeption der StPO her zugeordnet ist. Sodann wird zu fragen sein, ob dieses konzeptionelle Bild mit der Verfahrenswirklichkeit übereinstimmt.

1. Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in der Konzeption der StPO

Ausgangspunkt der Überlegungen zu dieser Frage sind die Absätze 1 und 2 des § 160 StPO. Hier wird die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren definiert. Absatz 1 beschreibt den Ermittlungszwang, also die Verpflichtung für die Staatsanwaltschaft, in diesem Verfahrensabschnitt inquirierend tätig zu werden. Gleichzeitig wird aber auch das Ziel der Ermittlungstätigkeit klar vorgegeben: Die Erforschung des Sachverhaltes dient einzig der Klarheit über die Anklageerhebung. Unter diesem Vorbehalt steht hier jedes Tätigwerden der Staatsanwaltschaft. Während also Absatz 1 gleichsam inhaltlich die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft umreißt, gibt Absatz 2 der Staatsanwaltschaft den *modus operandi* vor: Sie hat neutral zu sein.

Wenn man die beiden Absätze im Zusammenhang betrachtet, ist der zweite Absatz als Bedingung für den ersten zu verstehen: Man konnte der Staatsanwaltschaft Anklage und Inquisition nur derart weitgehend überlassen, weil man ihr gleichzeitig die Neutralitätsverpflichtung aufgab. Spricht man also von der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“, muß man sich der Tatsache bewußt sein, daß hier in zweierlei Hinsicht tatsächlich ein herausragendes Organ geschaffen wurde: zum einen, weil sie das Gelingen des Ermittlungsverfahrens garantieren soll, zum anderen, weil die verordnete Vorgehensweise ohne eine weitgehende Unabhängigkeit nicht eingehalten werden kann.

Darüber hinaus muß auf der anderen Seite aber auch klar sein, daß der Begriff „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ die Sachleitungsbefugnis umschreibt, also nicht etwa die Ausübung von Herrschaft über andere Verfahrensbeteiligte, sondern die „unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten auszuübende Leitung des Ermittlungsverfahrens“.⁹⁰

Wenn man daher insbesondere das der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren aufgebene Ziel betrachtet, wird man zu dem Ergebnis kommen, daß diese hier „mitverantwortlich für das Zustandekommen einer rechtsstaatlich befriedigenden Entscheidung“⁹¹ ist. Anders

⁹⁰ Bräutigam, a.a.O.

⁹¹ Ranft, Strafprozeßrecht, S. 39.

ausgedrückt trägt sie demnach eine „besondere Verantwortung [...] gegenüber dem Rechtsstaatsgedanken“.⁹²

Es geht hierbei letztlich immer um das schon mehrfach umschriebene „Gesetzeswächteramt“ der Staatsanwaltschaft, das diese im Ermittlungsverfahren innehat. Sie hat dafür zu sorgen, „daß überall dem Gesetz ein Genüge geschehe“.⁹³ Dieses beinhaltet zweierlei: erstens, daß dem materiellen Strafrecht Geltung verschafft wird, Sachverhalte also (weitestgehend) ermittelt und – falls erforderlich – auch angeklagt werden; zweitens, daß dabei die Rechte der Beteiligten vollumfänglich gewahrt bleiben.

Folgt man dieser Konzeption, steht die Staatsanwaltschaft freilich einer ungeheuer großen Aufgabe gegenüber.

2. Die Rolle der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in der Praxis

Wirft man einen Blick auf die Literatur bzgl. der Frage, wie sich die Rolle der Staatsanwaltschaft in der Praxis gestaltet, stellt man fest, daß diese offenbar erheblich von der Konzeption der StPO abweicht: Die Praxis sehe anders aus⁹⁴, von dem Idealbild der StPO, wird gesagt, sei die Staatsanwaltschaft „heute weiter als je entfernt“⁹⁵. Es erscheint sinnvoll, diesen Aspekt einmal näher zu beleuchten:

a. Bestehen einer Diskrepanz von rechtlicher Konzeption und tatsächlicher Lage

Bei der Analyse der hierzu vertretenen Stimmen in der Literatur bleibt dem Leser eine gewisse Voreingenommenheit mancher Autoren nicht verborgen, was dazu führt, daß man sich des Eindrucks ergebnisorientierter Untersuchungen nicht immer ganz erwehren kann.

Die meisten Autoren verweisen darauf, daß die Staatsanwaltschaft die Sachleitungsbefugnis im Ermittlungsverfahren de facto in den meisten Fällen *nicht* innehat, diese vielmehr bei der Polizei liege, die die „faktische Herrschaft im Ermittlungsverfahren übernommen“ habe.⁹⁶

Die Polizei bemühe sich, der Staatsanwaltschaft ein „mehr oder minder „pfannenfertiges“ Ergebnis zu liefern“⁹⁷. Auch das Eckpunktepapier der Bundesregierung vom 6.4.2001 fordert eine Stärkung der Staatsanwaltschaft im Verhältnis zur Polizei.⁹⁸

⁹² Ranft, a.a.O..

⁹³ Denkschrift Savigny/Uhlen, a.a.O..

⁹⁴ Bräutigam, a.a.O..

⁹⁵ Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht in StV 2000, 460, 460.

⁹⁶ Statt vieler: Bräutigam, a.a.O.; Bindel in DRiZ 1994, 165, 166; Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht, a.a.O..

⁹⁷ Bräutigam, a.a.O..

⁹⁸ Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens in StV 2001, 314, 315, mit dem reichlich bemerkenswerten Hinweis, eine solche Stärkung entspreche bereits dem geltenden Recht (was mindestens einmal zu der Frage hätte führen sollen, ob dieses dann überhaupt geändert werden muß).

Wichtig ist hierbei, daß man unterscheidet zwischen der Frage, wer die Haupttätigkeit im Ermittlungsverfahren übernimmt, und der, wer die Tätigkeit im Ermittlungsverfahren kontrolliert. Die Grundkonzeption der StPO, die der Gesetzgeber im Kopf hatte, sah nicht vor, daß der Staatsanwalt *persönlich* die Ermittlungen durchführt.⁹⁹ Das richtige Verständnis der *sachleitenden* Funktion heißt also nicht, daß die inquirende Funktion vom Staatsanwalt höchstselbst und in jedem Schritt vollzogen wird, sondern daß die wesentlichen Vorgänge von ihr gelenkt und überprüft werden. Das ist in der Praxis aber nicht der Fall, vielmehr wird das Ermittlungsverfahren von der Polizei im wesentlichen nicht nur durchgeführt, sondern auch geleitet.¹⁰⁰

Das ist im wesentlichen auf folgende Gesichtspunkte zurückzuführen:

- Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß die Polizei näher an den Ermittlungen ist als die Staatsanwaltschaft, was – wie gesagt – ja auch durchaus nicht unbeabsichtigt war. Hieraus ergibt sich aber zwangsläufig eine primäre Informationsherrschaft der Polizei. Die Ausübung der Sachleitungsbefugnis durch die Staatsanwaltschaft hängt bereits konzeptionell davon ab, inwieweit die Polizei eine solche zuläßt. Das ist aber schon im Ansatz eine hochproblematische Kontrollsituation, weil der zu Kontrollierende den Umfang der Kontrolle selbst in der Hand hat.
- Hinzu kommt, daß die Polizei auch erheblich mehr Personal hat¹⁰¹, was z.B. dazu führt, daß sie in Ermittlungsverfahren Sonderermittler einsetzen kann, wohingegen die Staatsanwaltschaft hierzu personell nicht in der Lage ist. Das hat zur Folge, daß die von der Polizei eingesetzten Ermittler sich in hochkomplexe neue Materien regelmäßig einfacher einarbeiten können, während die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen oft auf viele einzelne Bearbeiter verteilen muß, sie also nicht bündeln kann.
- Außerdem hat die Polizei die technisch moderneren Mittel und leistungsfähigeren Datennetzwerke zur Verfügung (wie z.B. Interpol, Europol, Hopolis), auf die die Staatsanwaltschaft nicht zugreifen kann und die sich daher völlig ihrer Kontrolle entziehen.¹⁰²
- Betrachtet man die einzelnen Gruppen von Kriminalität, so sticht hervor, daß insbesondere dort die Polizei hauptsächlich die Kontrolle übernommen zu haben scheint, wo es sich um im Wesentlichen tatsächliche oder technische Ermittlungen handelt, wohingegen in den Fällen, in denen spezielle juristische und wirtschaftliche Kenntnis-

⁹⁹ *Kramer*, a.a.O., Rn 99; *Hahn*, Materialien III, S. 152.

¹⁰⁰ so u.a. Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht, a.a.O..

¹⁰¹ *Brütigam*, a.a.O., spricht vom Staunen und dem Neid auf „immer neue [...] Sonderkommissionen der Polizei“

¹⁰² Frankfurter Arbeitskreis Strafrecht, a.a.O., S. 461.

se von Bedeutung sind (etwa Kapital- oder Wirtschaftsstrafsachen), die Staatsanwaltschaft eher noch in der Lage ist, die Leitungsbefugnis zu behalten.¹⁰³

- Diese Kriminalitätsfelder stellen jedoch – wenigstens quantitativ – einen eher geringen Teil der zu ermittelnden Fälle. Die Fälle der typischen Massenkriminalität bleiben zur Bearbeitung fast vollständig in den Händen der Polizei, wobei hier allerdings bemerkt werden muß, daß dies der gesetzgeberischen Konzeption auch nicht unbedingt zuwiderlaufen muß.¹⁰⁴ Ebenso verhält es sich mit dem ganz überwiegenden Teil der kleinen und mittleren Kriminalität.¹⁰⁵
- Zusätzlich wird hier noch angeführt, daß die Polizei durch extrem eingeschränkte Informationspolitik auf den der Staatsanwaltschaft verbleibenden Feldern deren Sachleitungsbefugnis auch hier weitgehend aushöhle.¹⁰⁶

Es bleibt im Ergebnis daher festzustellen, daß die Sachleitungsbefugnis de facto von der Staatsanwaltschaft nur in seltenen Fällen ausgeübt wird, die Realität also deutlich von der Konzeption der StPO abweicht.

b. Konsequenzen aus dieser Diskrepanz für das Thema der Arbeit

Zu klären sind nunmehr die Auswirkungen dieser Feststellungen auf das zu bearbeitende Thema. Da man sich in dessen Rahmen *nicht* damit auseinandersetzen hat, inwiefern die Handhabung in der polizeilichen Praxis falsch oder richtig ist, hat sich die Fragestellung darauf zu beschränken, was die Folge für den Umgang mit Information seitens der Staatsanwaltschaft ist.

Die Konsequenz daraus, daß de facto größtenteils die Polizei die Herrschaft über die Informationen im Ermittlungsverfahren innehat, ist, daß die Staatsanwaltschaft selbst erst in einem sehr späten Verfahrensabschnitt Informationen erlangt. Angesichts der dargestellten Erfordernisse an die Staatsanwaltschaft, insbesondere ihres „Gesetzeswächteramtes“, heißt das aber, daß hier die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit gleichsam komprimiert zu geschehen hat.

Demzufolge kollidieren hier auf sehr engem Raum die Interessen der Beteiligten und das Verfolgungsinteresse des Staates, was für die Staatsanwaltschaft bedeutet, daß in ganz besonders hohem Maße Aufmerksamkeit und Sensibilität gefordert sind. Das gilt gerade auch in bezug auf den Umgang mit und die Weitergabe von erlangter Information.

¹⁰³ *Bräutigam*, a.a.O., S. 215.

¹⁰⁴ *Bräutigam*, a.a.O., spricht etwa davon, daß die Staatsanwaltschaft hier „zwangsläufig ausgeschaltet“ sei.

¹⁰⁵ *Bräutigam*, a.a.O..

¹⁰⁶ *Bräutigam*, a.a.O..

V. Ergebnis B.

Festgestellt wurde also, daß die Staatsanwaltschaft ihrer ursprünglichen Konzeption nicht immer gerecht werden kann. Dieses Ergebnis ist allerdings insofern wenig verwunderlich, als der Gesetzgeber der Staatsanwaltschaft eine Aufgabe gegeben hat, die angesichts der Vermischung von Anklage- und Inquisitionsfunktion als beinahe unmöglich anzusehen ist. In der Praxis kann die Staatsanwaltschaft weder die Forderung nach Objektivität immer erfüllen, noch hat sie in der Regel der Fälle die Sachleitung inne.

C. Information

Da zentrales Thema der Arbeit die Frage des Umgangs mit Information durch die Staatsanwaltschaft ist, scheint es sinnvoll, einmal genauer zu untersuchen, was unter Information allgemein und konkret im Ermittlungsverfahren eigentlich zu verstehen ist und welche Bedeutung Information bzw. der Umgang damit allgemein und speziell auf den Fall des Ermittlungsverfahrens bezogen haben kann.

I. Der Begriff der Information

Es stellt sich also die Frage, wie man Information definiert. Man wird darauf bezogen feststellen, daß es hier zwei grundsätzliche Möglichkeiten des Begriffsverständnisses gibt: Zum einen meint man mit „Information“ den Vorgang des Informierens über etwas selbst. Wenn also z.B. eine Person X an eine weitere Person Y etwas übermittelt, auf welchem Weg auch immer, so wird dieser Vorgang als „Information“ bezeichnet. Synonym könnte man etwa die Begriffe Aufklärung, Unterrichtung, Benachrichtigung verwenden.¹⁰⁷ Diese Art von Information soll im Rahmen der Arbeit zur Vermeidung von Mißverständnissen als „Informierung“ bezeichnet werden.

Zum anderen wird als Information jenes Etwas bezeichnet, das übermittelt wird, der Inhalt des Informationsprozesses, ein bestimmtes Wissen.¹⁰⁸ Wobei hier anzufügen ist, daß es nicht darauf ankommen kann, daß der Inhalt auch de facto übermittelt wird oder worden ist, sondern daß vielmehr ausschlaggebend ist die generelle Möglichkeit, daß etwas als Inhalt weitergegeben werden kann.

Angesichts der Breite, in der das Thema der Arbeit angelegt ist, soll eine Einschränkung auf einen der beiden Begriffe nicht vorgenommen werden. Möglich ist daher, Information sowohl im einen als auch im anderen Sinne zu verstehen. Die nachfolgenden Erörterungen bauen

¹⁰⁷ Meyers Taschenlexikon zum Stichwort „Information“.

¹⁰⁸ *Jacob*, Encyclopédie philosophique universelle I (Notions philosophiques), S. 1297.

grundsätzlich auf diesem weiten Begriff auf, unterteilen aber – wie dargestellt – in „Information“ und „Informierung“.

II. Die Bedeutung der Information

Information steht nicht frei im Raum, ist kein Selbstzweck. Information, verstanden in beiderlei Sinn, befindet sich als Möglichkeit immer „im Besitz“ einer Person oder Institution. Auch wenn der Terminus „Besitz“ nicht im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen sein wird, so drückt doch diese Formulierung einen gewissen Bezug der Information zur Umwelt auch in der Hinsicht aus, daß diese (bis dato nicht informierte) Umwelt am Inhalt der Information durch Informierung beteiligt werden oder eben (durch Nicht- Informierung) von ihr ausgeschlossen werden kann. Welche Auswirkungen das haben kann, welche Bedeutung also der Frage zukommt, ob man an Information beteiligt wird oder nicht, soll im folgenden untersucht werden. Dabei wird sich die Arbeit zunächst damit beschäftigen, welche Rolle Information in der heutigen Gesellschaft allgemein spielt und was daraus für den Umgang der Gesellschaft und des Einzelnen in dieser mit Information zu folgern ist. Sodann wird zu fragen sein, welche Rolle Information speziell im Ermittlungsverfahren spielt und was wiederum hier an generellen Folgerungen zu ziehen ist, wobei in dieser Frage die Ergebnisse des vorangehenden Teiles eine erhebliche Rolle spielen werden.

1. Die Bedeutung von im allgemeinen

Wie gesagt, besteht Information nicht um ihrer selbst willen. Ebenso wenig erfolgt Informierung zweckfrei. Wissen oder Kenntnis über etwas existiert nie einfach nur so; das mag zunächst einleuchten, wenn man sich etwa folgendes Beispiel vor Augen hält: Ein Rentner steht Tag für Tag am Fenster, das zum Innenhof ein Mietkomplexes hinausgeht. Aufgrund der räumlichen Enge bekommt er auf diesem Wege viele Dinge über die einzelnen Beteiligten mit, sieht also beispielsweise Ehepaare streiten oder lieben, Menschen ihren Müll entsorgen oder weiß vielleicht, was dieser oder jener im Fernsehen guckt. Was auch immer er nun mit dem so gewonnenen Wissen macht, es betrifft die jeweiligen Personen: Ob er das Wissen weitergibt oder nicht, hat für sie u.U. erhebliche Folgen, sei es auf ihren sozialen Status oder ihr Verhalten untereinander.

Abstrakt gesehen kann man sagen, daß derjenige, der Information besitzt, immer und zwangsläufig vor der Frage steht: „Was mache ich damit?“ und damit vor der Entscheidung, ob er sie weitergibt oder für sich behält, und, wenn er sie weitergibt, an wen. Wenn gerade angedeutet wurde, daß diese Entscheidung u.U. Auswirkungen auf das Verhalten von Men-

schen haben kann, so wird damit auf die Funktion von Information zur Lenkung menschlichen Verhaltens hingedeutet. Anders ausgedrückt hat die Entscheidung, was mit Information passiert, immer Konsequenzen: Wenn also der Rentner „im Zuge seiner Tätigkeit“ z.B. beobachtet, daß die (verheiratete) Frau aus dem 3. Stock ein Verhältnis mit dem (ebenfalls verheirateten) Mann aus dem 5. Stock hat, dann wird sowohl die Entscheidung für eine Weitergabe dieses Wissens erhebliche Konsequenzen haben (nämlich u.U. eine starke Belastung beider Ehen) als auch eine solche gegen die Weitergabe (daß alles mehr oder weniger so bleibt, wie es ist). Diese Konsequenzen treten unweigerlich ein, der Einzelne kann ihnen nicht ausweichen. Oftmals wird man Folgen dieser Art aber nicht nur als unvermeidliche Nebenfolge der Entscheidung betrachten, sondern seine Entscheidung, ob weitergegeben wird oder nicht, nach genau diesem Punkt richten, ja darüber hinaus vielfach sogar die Informationserlangung selbst nur aus der Motivation heraus betreiben, mit der Entscheidung über die Weitergabe der erlangten Information eine gewisse Lenkungsfunktion ausüben zu können¹⁰⁹: Der Rentner möge das Verhältnis der beiden etwa sittlich mißbilligen und daher eine öffentliche Anprangerung anstreben oder auch weiteren Lustgewinn aus der Beobachtung des Verhältnisses.

Auf abstrakter Ebene bleibt festzustellen, daß Information und Informierung immer beeinflussend wirken, oftmals vom Informationsträger auch lenkend eingesetzt werden. Wer Information hat, informieren kann, hat daher immer auch eine gewisse Macht, jedenfalls nämlich die der Entscheidung über die Weitergabe. Anschaulich beschrieben wird das durch das Sprichwort „Wissen ist Macht“, wobei interessanterweise die französische Variante lautet: „L'information est un pouvoir“¹¹⁰, also bereits den Begriff Information als solchen benutzt.

Ausgehend von dieser Überlegung läßt sich auch die Rolle der Information auf einer staats-theoretischen Ebene beschreiben. Wenn man davon ausgeht, daß Information Macht bedeutet, heißt das auch, daß da, wo Informationssammlung in ganz besonders starkem Maße stattfindet, die Information also total ist, auch die Macht total ist. Anders gesagt: Hat der Staat die Möglichkeit, das Leben des Einzelnen völlig zu durchleuchten, alles über ihn zu wissen, führt das notwendigerweise auch immer dazu, daß eine vollkommene und damit unkontrollierbare Macht entsteht. Als Beispiel sei hier das von *George Orwell* in seinem Buch „1984“ dargestellte Staatswesen genannt („Big Brother is watching you!“). Seinem Wesen nach wäre ein so geartetes Staatswesen, das für den Staat vollkommene Macht beansprucht, ein totalitärer Staat.¹¹¹

¹⁰⁹ Was gerade durch die Informierung oder Nicht- Informierung geschieht.

¹¹⁰ *Jacob*, a.a.O..

¹¹¹ *Creifelds/ Model*, S. 12.

Die Existenz einer unkontrollierten und vielleicht sogar unkontrollierbaren Macht ist dem modernen Rechtsstaat hingegen fremd. Dem Staat sind hier in der Ausübung seiner Macht immer klar umrissene Grenzen gesetzt.¹¹²

Betrachtet man nun die aus dem Besitz von Information entspringende Macht, so muß auch hier klar sein, daß diese in einem Rechtsstaat niemals allumfassend sein darf. Das hat für das Verhältnis zum Individuum und den Umgang mit Information im Rechtsstaat folgende Konsequenzen, zunächst im Hinblick auf die Informationen, die beim einzelnen Bürger sind, sich „in seinem Besitz“ befinden:

- Zum einen darf der Staat nicht die völlige Informationshoheit über den Einzelnen gewinnen, d.h. dem Individuum muß ein gewisser staatsfreier Raum verbleiben, in dem im Zweifel sämtliche darin enthaltenen Informationen bei ihm verbleiben können. Diesen Bereich wird man gemeinhin als Intimsphäre bezeichnen.

Gegen diesen völlig staatsfreien Raum des Einzelnen wird regelmäßig das Argument vorgebracht, alles, was moralisch gut sei, könne auch öffentlich gemacht werden, sei mithin der Intimsphäre entziehbar, weil ein Interesse an der Geheimhaltung für den Bürger ja nicht bestehen könne. Alles, was nicht öffentlich gemacht werden könne, sei somit als moralisch schlecht einzuordnen. Hier müsse dann aber der Staat eingreifen.¹¹³ Es ist sehr schnell einsichtig, daß eine solche Argumentation in einem Rechtsstaat nicht greifen kann, weil dieser gerade die ausreichende Individualität seiner Bürger auch in der Hinsicht gewährleisten muß, daß ihnen in dem Raum der informationellen Intimsphäre jegliche Einordnung in Kategorien selbst überlassen bleibt, dieser also gerade nicht einer staatlich zu definierenden Moralvorstellung unterliegt. Das ist auch vom Bundesverfassungsgericht so gesehen worden. Im Laufe seiner Rechtsprechung hat es die sog. *Sphärentheorie* geprägt, nach der jedem einzelnen ein „unantastbarer Bereich seiner Privatsphäre [zusteht], der nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG jedem Zugriff der öffentlichen Gewalt entzogen ist“.¹¹⁴ Hierdurch wird der Kernbereich des vom Bundesverfassungsgericht entwickelten allgemeinen Persönlichkeitsrechtes konkretisiert.¹¹⁵ Auch wenn das Bundesverfassungsgericht diesen Bereich bisher weder näher umrissen noch je als verletzt angesehen hat¹¹⁶, bestätigt die Entwicklung dieses Instituts doch die Annahme, daß ein solcher Bereich in einem

¹¹² Creifelds/ Model, S. 13.

¹¹³ So etwa als Beispiel genannt in Jacob, a.a.O., S. 1300.

¹¹⁴ BVerfGE 38, 313, 320.

¹¹⁵ Störmer in Jura 1991, 16, 17.

¹¹⁶ Störmer, a.a.O..

Rechtsstaat existieren *muß*. In diesem Kontext ist auch die Entwicklung des sog. „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ zu sehen, das vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht entwickelt wurde.¹¹⁷ Damit ist die Befugnis des Einzelnen gemeint, „grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden“.¹¹⁸ Obwohl das Bundesverfassungsgericht hier den unantastbaren Bereich des Privaten *expressis verbis* gar nicht erwähnt, geht es aber jedenfalls davon aus, daß der Einzelne gegen die *unbegrenzte* Erhebung von Daten geschützt sein muß.¹¹⁹

Dem steht auch nicht entgegen, daß dieser Bereich in Teilen wieder ausgehöhlt wird, etwa durch die Tagebuch-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.¹²⁰ Andererseits ist nicht zu bezweifeln, daß der Staat nicht bestehen kann ohne ein Machtmoment, daß er also, um als solcher überhaupt irgendwie in Erscheinung treten zu können, Macht über den einzelnen Bürger in gewissem Umfang ausüben können muß.¹²¹ Geht man nämlich davon aus, daß die Grundfunktion eines Staates die ist, das Gemeinwesen, das Zusammenleben seiner Bürger für alle zum Bestmöglichen zu organisieren, muß der Staat in gewissem Umfang in den Machtbereich des Einzelnen eingreifen dürfen.¹²² In bezug auf die Frage des Umgangs mit Information heißt das, daß der Einzelne in gewissem Umfang Information preisgeben muß. Das ergibt sich schon aus dem Sinn und Zweck des Staates, man könnte es freilich auch Gemeinwohl nennen. So führt das Bundesverfassungsgericht aus: „Das Menschenbild des Grundgesetzes [und damit das unseres Staates, Anm. des Verfassers] ist nicht das eines isolierten Individuums; das Grundgesetz hat vielmehr die Spannung Individuum – Gemeinschaft i.S.d. Gemeinschaftsbezogenheit

¹¹⁷ BVerfGE 65, 1 ff..

¹¹⁸ Bundesverfassungsgericht, aaO., S. 42; bestätigt in BVerfGE 80, 367, 373.

¹¹⁹ BVerfGE 65, 1, 43.

¹²⁰ BVerfGE 80, 367 ff., wobei die Aushöhlung weniger durch das Ergebnis geschieht, vielmehr dadurch, daß das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung ausführt, der Kernbereich könne dann nicht betroffen sein, wenn der angetastete Bereich Bezug zu Straftaten habe, da insoweit das Interesse der Allgemeinheit überwiege. Diese Argumentation ähnelt sehr derjenigen, die soeben als beispielhaft für totalitäre Regime angeführt wurde, daß nämlich nur ein Recht auf Intimsphäre habe, wer „richtig“ gehandelt habe. Da dann allerdings kein Bedürfnis hieran bestehen könne, könne der Einzelne dann auch gut auf Schutz verzichten. Das führt aber am Kern der Problematik vorbei, weil der Einzelne gerade da am meisten den Schutz des Rechtsstaates benötigt, wo er sich seines richtigen Handelns nicht immer sicher sein kann.

¹²¹ Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 158.

¹²² Es wird hierbei ausgegangen von der Annahme, daß zum Zusammenleben von Menschen ein ordnendes Element in Form eines Staates notwendig ist. Die dem entgegengesetzte Annahme (Anarchismus), die gleichsam von einer Selbstregulierung des menschlichen Zusammenlebens durch Gemeinwohl, Vernünftigkeit und Friedfertigkeit der Menschen ausgeht, muß wohl (leider!) als „unrealistischer Optimismus“ (so Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 193) angesehen werden.

und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten“¹²³, fährt also eine „mittlere Linie des Personalismus“¹²⁴.

So muß der Bürger z.B. dem Finanzamt gegenüber seine Einkommens- und Familienverhältnisse angeben, der Wohnsitz muß (z.B. zur ordnungsgemäßen Durchführung einer Wahl) dem Staat mitgeteilt werden und der Staat hat allgemein das Recht, gewisse (allerdings zweckgebundene)¹²⁵ Daten vom Bürger zu erheben. Der Einzelne kann in der Gesellschaft nur geordnet leben, wenn „die Beschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann“¹²⁶ möglich ist, wenn also Macht in Form von Information über den Einzelnen dem Staat zur Verfügung steht. Bezogen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich daraus, daß „nicht der gesamte Bereich des privaten Lebens unter dem absoluten Schutz des Grundrechts“ (allgemeines Persönlichkeitsrecht) stehen kann.¹²⁷ Vielmehr sind von jedermann „staatliche Maßnahmen hin[z]u nehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter strikter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots getroffen werden“.¹²⁸ In gewisser Hinsicht kann demnach der Staat Macht in Form von informationeller Macht über den Einzelnen gewinnen und muß das sogar, um seinen Aufgaben nachzukommen und so seine Existenz zu rechtfertigen.

- Kombiniert man diese beiden Feststellungen, ergibt sich in bezug auf die Information, deren ursprünglicher Träger der Einzelne ist, folgendes Bild:
Der Einzelne muß in einem gewissen Bereich dem Staat Macht in Form von Information zur Verfügung stellen, damit der Staat seiner ureigenen Aufgabe nachkommen kann; das aber nur so weit, wie nicht ein für die Existenz des Einzelnen als Individuum unumgänglicher Bereich (eben der Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) betroffen ist.

Umgekehrt läßt sich in bezug auf die Information, deren Träger der Staat ist, folgendes sagen:

- Da die Macht auch in dieser Hinsicht nicht absolut sein darf, kann auch hier die Information nicht total auf Seiten des Staates sein. Die für den Rechtsstaat notwendi-

¹²³ BVerfGE 4, 7, 15 f.

¹²⁴ Maunz/Dürig- *Dürig*, zu Art. 1, Rn 47.

¹²⁵ So mindestens im Sinne einer „bereichsspezifisch und präzise bestimmten“ Zweckbindung (etwas anders soll u.U. bei statistischen Erhebungen gelten, die diesbzgl. Besonderheiten aufweisen sollen) das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil, BVerfGE 65, 1, 46 f..

¹²⁶ *Kant*, Über den Gemeinspruch, Abschnitt II.

¹²⁷ BVerfGE 33, 367, 376.

¹²⁸ BVerfG a.a.O., S. 377.

ge Kontrolle der Macht kann nur dann stattfinden, wenn in gewissem Umfang Transparenz gegenüber dem Einzelnen besteht. Wenn der Staat nämlich alle seine Informationen dem Zugang seiner Bürger entziehen könnte, wären seine Entscheidung und damit der Umgang mit der ihm anvertrauten Macht nicht mehr nachvollziehbar. Das kann heißen, daß der Einzelne die Möglichkeit bekommen muß, auf Informationen zugreifen zu können (z.B. wenn man die Motive zur Gesetzgebung veröffentlicht oder ein Auszug aus dem Zentralregister erteilt wird), aber auch, daß der Staat von sich aus Informationen dem Bürger zur Verfügung stellt (etwa durch Veröffentlichung der Wahlergebnisse oder der Haushaltszahlen). Spiegelbild dessen ist, daß der Einzelne den Umfang der Information, die der Staat über ihn gewonnen hat, kennen können muß, i.e. dieser Umfang grundsätzlich nachvollziehbar und überprüfbar ist.

- Ebensowenig wie ein „gläserner Bürger“ aber Leitbild eines Staatsverständnisses sein kann, kann auch der Staat nicht auf völlige Transparenz ausgerichtet sein. Zwar ist – wie gezeigt – eine Teilhabe des Bürgers am „Informationsfundus“ des Staates notwendig, um Transparenz zu schaffen, diese muß jedoch auch auf Seiten des Staates nicht allumfänglich ausgestaltet sein:

Wenn man von einem Menschenbild ausgeht, das die Notwendigkeit erkennt, daß sich einzelne einer „einheitsstiftenden Gewalt unterwerfen, die genug Macht besitzt, um die Menschen zur Einigkeit zu bestimmen“¹²⁹, erkennt man damit notwendig zweierlei an:

- Zum einen die Tatsache, daß Staats- und Allgemeinwille nicht immer identisch sein müssen, mithin den Unterschied zwischen Gesamtwillen und Gemeinwillen, den *Rousseau* durch das Begriffspaar „volonté de tous“ und „volonté générale“¹³⁰ zum Ausdruck brachte. Das macht die generelle Erkenntnis möglich, daß ein Gegensatz von Individual- und Allgemeininteressen bestehen kann, was sich im übrigen ja bereits aus dem schon zur Frage der den Einzelnen betreffenden Information Gesagten ergibt.
- Ist ein solcher Gegensatz aber systemimmanent, muß man auch davon ausgehen, daß der durch den Staat zum Ausdruck gebrachte „volonté générale“ dem Einzelnen nicht immer ganz transparent sein darf, um wirkungsvoll agieren zu können.

¹²⁹ *Thomas Hobbes*, gefunden bei *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 193.

¹³⁰ Gefunden bei *Reinhard*, Geschichte der Staatsgewalt, S. 407.

Es kann daher nicht von vorneherein ausgeschlossen werden, daß einzelne Elemente der Informationen, die der Staat innehat, auch dann dem Einzelnen nicht vollends transparent sein müssen, wenn diese ursprünglich vom Einzelnen kommen. Zu bedenken ist allerdings, daß der Vorgang der *Informationserhebung* beim Einzelnen durch den Staat transparent und insgesamt nachvollziehbar bleiben muß, um eine Kontrolle zu ermöglichen.

Im Ergebnis läßt sich hier sagen, daß die aus dem Besitz von Information resultierende Macht in einem Rechtsstaat niemals absolut sein darf. Eine Gesellschaft, die sowohl die Würde des Einzelnen respektiert als auch diesen Einzelnen nicht isoliert betrachtet, sondern als in einem Verhältnis zur Gesellschaft stehend, muß somit immer darauf angelegt sein, ein gewisses Maß an Informationsfluß einerseits, aber auch an informationeller Intimsphäre andererseits zu garantieren: Weder darf der Einzelne dem Staat jede Information über sich vorenthalten, noch der Staat von ihm jede Information verlangen; weder darf aber auf der anderen Seite der Staat dem Einzelnen jede Information vorenthalten, noch muß er ihm jede Information offenlegen.

2. Bedeutung von Information im Ermittlungsverfahren

Man kommt von diesem Punkt aus zwangsläufig zu der Frage, welche Bedeutung Information speziell im Ermittlungsverfahren hat. Den Part des Staates als Träger bzw. Sammler von Information vertritt in diesem Abschnitt des Strafverfahrens die Staatsanwaltschaft. Angesichts der eingangs der Arbeit dargestellten Breite des Erörterungsentwurfs wird zunächst zu fragen sein, wieso der Staat eigentlich Information im Rahmen des Ermittlungsverfahrens erheben darf. Daran anschließend wird es darum gehen festzustellen, inwieweit bzgl. des bei der Staatsanwaltschaft bestehenden Informationsfundus Teilhabeinteressen bestehen können.

Schließlich wird sich die Frage stellen, ob die Ergebnisse dieser Überlegungen dazu führen können, eine Einteilung von Information im Ermittlungsverfahren allgemein vorzunehmen, die gleichsam als Grundmuster zur Erörterung der Einzelprobleme dienen soll.

a. Der Ermittlungsanspruch des Staates

Daß die Staatsanwaltschaft als die das Ermittlungsverfahren leitende Behörde *nach dem geltenden Recht* Ermittlungen aufnehmen darf, ja muß (Legalitätsprinzip), ergibt sich aus § 160 I StPO: „Sobald die Staatsanwaltschaft (...) von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen“. Das ist die gesetzliche Grundlage der Ermittlungen. Wenn man sich aber von

dem hier erörterten allgemeinen Punkt aus dieser Thematik nähert und davon ausgeht, daß die Staatsanwaltschaft im Rahmen der Ermittlungen stellvertretend für den Staat tätig wird, dann stellt sich die dahinter liegende Frage, wieso nämlich der Staat überhaupt den Anspruch auf Informationsgewinnung dieser Art gegenüber dem Einzelnen hat und diesen der Staatsanwaltschaft übertragen kann. Anders ausgedrückt: Warum müssen wir zulassen, daß der Staat über gewisse Sachverhalte Ermittlungen anstellt, z.B. fragt, wer wann wo gewesen ist, und ihm zur Ermittlung sogar in gewissem Rahmen Zwangsmittel zur Verfügung stehen? Weshalb müssen wir u.U. diese Informationen über uns preisgeben und was genau ist der ausschlaggebende Punkt dafür, daß dieses in den Bereich der Informationen fällt, die der Staat vom einzelnen Bürger verlangen kann, und nicht in den Bereich jener Informationen, die dem informationellen Intimbereich (also dem Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) des Bürgers zuzuordnen sind?

Sinnvollerweise wird man sich diesem Komplex vom Gesetzeswortlaut des § 160 I StPO her nähern: Zweck der Ermittlungen ist die Entschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist. Information wird vom Bürger also deshalb erhoben, um festzustellen, ob öffentliche Klage stattfinden wird. Sinn der Hauptverhandlung wiederum ist die Klärung der Frage, ob eine Bestrafung erfolgt oder nicht.

Ermittlungen werden also letztlich vorgenommen, um herauszufinden, ob ein Einzelner vom Staat bestraft werden soll oder nicht. Die eigentliche Frage ist somit, ob der Staat Informationen zu dem Zweck erheben und besitzen darf, um zu erfahren, ob er strafen soll oder nicht.

Ausgehend von der grundsätzlich für notwendig erachteten Ordnungsfunktion des Staates, die in einem Rechtsstaat mittels des Rechts geschieht, wird man einsehen, daß die bloße Existenz des Rechts nicht ausreicht, um dieser Ordnungsfunktion nachzukommen. Wenn man Ordnungsfunktion mit der angestrebten Orientierungsgewißheit der einzelnen Subjekte umschreibt, so muß hierzu noch das Element der Realisierungsgewißheit dieser Orientierung treten.¹³¹ Recht darf also nicht bloß existieren, es muß auch durchgesetzt werden, wozu der Staat u.a. den Sanktionsmechanismus der Strafe hat. Mit der Strafsanktion kann der Staat die Achtung seines Rechts zwar im konkreten Fall nicht mehr rückwirkend erzwingen, er kann jedoch präventiv dessen Achtung erreichen. Daß die Strafe als Präventionsmittel in einem Staat unabdingbar ist, dürfte demnach deutlich sein: Der Anspruch, Recht durchzusetzen, auch im Wege der Strafe, gehört zu ureigensten Ansprüchen des Staates, ohne die die Existenz einer staatlichen Ordnung schlechthin undenkbar ist.¹³²

¹³¹ Zippelius, Rechtsphilosophie, S. 196 f.

¹³² Vgl. dazu auch die Drei-Elemente-Lehre, so etwa bei Jellinek, S. 174 ff., 396 ff., 427 ff.; die Möglichkeit zu strafen als zentraler Bestandteil staatlicher Existenz, spiegelt sich bereits in der von Jellinek gegebenen Definiti-

Um aber *wirkungsvoll* strafen zu können, ist wichtig, daß der Staat weiß, *wer* wegen einer Normübertretung zu bestrafen ist. Anders ausgedrückt: Die Orientierungsgewißheit folgt zwar einerseits nur der (in gewissem Maße gegebenen) Realisierungsgewißheit, diese darf allerdings nicht willkürlich wirken. In zwei Fällen wird Normsetzung auf Dauer obsolet: Zum einen dann, wenn der Staat die Normen gar nicht durchsetzt, zum anderen dann, wenn er sie derart durchsetzt, daß kein Individuum genau vorhersagen kann, ob es von der Durchsetzung erfaßt wird oder nicht, weil diese völlig willkürlich geschieht. In beiden Fällen wird das Verhalten der Einzelnen der Norm gegenüber auf Dauer gleichgültig sein, da deren Beachtung oder Nichtbeachtung keine Konsequenzen hat. So gesehen muß der Staat nicht nur strafen, sondern er muß so gezielt strafen, daß dem Einzelnen klar wird, warum er bestraft wird. Hierfür aber ist es unabdingbar, daß der Staat Ermittlungen anstellt, um herauszufinden, wer warum zu bestrafen ist. Der Staat darf also beim Einzelnen im Rahmen seiner Ermittlungen Informationen erheben. Ein Ermittlungsanspruch des Staates besteht.

b. Der Teilhabeanspruch des Einzelnen am Informationsfundus der Staatsanwaltschaft

In Abgrenzung zu den später zu erörternden Einzelproblemen, die im wesentlichen auch diese Frage zum Mittelpunkt haben werden, soll es in den unmittelbar folgenden Untersuchungen darum gehen, generelle Interessen aufzuzeigen, die einen solchen Anspruch begründen könnten. Es wird der Versuch unternommen werden, dies in einer – ähnlich wie bisher – abstrakten und von den Besonderheiten des jeweils Beteiligten unabhängigen Art und Weise zu klären.

Betrachtet man die bereits angesprochenen Problemlagen im Rechtsstaat, so wird deutlich, daß das Hauptinteresse an der Teilhabe an Information, die sich bei der Staatsanwaltschaft befindet, das der Kontrollmöglichkeit über den Macht ausübenden Staat ist:

Es gibt einerseits ein Bedürfnis dafür, daß die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft allgemein kontrolliert wird. Angesichts dessen, was in den vorangegangenen Teilen bereits festgestellt wurde, kann man das auch für das Ermittlungsverfahren annehmen: Zwar ist die Staatsanwaltschaft als neutrale Instanz konzipiert und man könnte daher annehmen, eine Kontrolle sei nicht notwendig. Ein kontrollfreier Raum ist dem Rechtsstaat jedoch fremd, und dies gilt im Falle der Staatsanwaltschaft umso mehr, da – wie gezeigt – in der Praxis die Neutralität der Staatsanwaltschaft als eher fiktiv anzusehen ist.

Der Einzelne kann andererseits insofern ein gewissermaßen konkretisiertes Interesse an einer Teilhabe an Informationen haben, als er den Umfang der bei ihm erhobenen Information ü-

on von „Staat“ wider: „Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit selbsthafter Menschen.“ (S. 180 f.).

berprüfen, also z.B. wissen können muß, ob in den Kernbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eingegriffen worden ist oder nicht.

Wenn man diesen Bereich anerkennt (und das nicht zu tun hieße, dem Einzelnen im Zweifel eine menschenwürdige Existenz zu verbauen), dann muß er für den Einzelnen auch insofern überschaubar sein, als er eine Möglichkeit haben muß, zu wissen, welche der ihn betreffenden Informationen von staatlichem Wissen umfaßt sind.

Man könnte nun dem wiederum entgegenhalten, daß nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts das Ermittlungsverfahren als solches keine Beschwer für den Einzelnen darstellt, woraus man weiterhin folgern könnte, daß auch die Sammlung von Information als solche¹³³ im Ermittlungsverfahren grundrechtlich gesehen nicht erheblich sein kann, weder für den Beschuldigten noch (schon gar nicht) für andere Beteiligte. Das müßte letztlich die Konsequenz dieser Ansicht sein. Es wurde jedoch bereits in den vorangegangenen Erörterungen dargestellt, daß die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts in dieser Form nicht (mehr) vertretbar ist.

Betrachtet man zusätzlich, daß das Bundesverfassungsgericht dem Einzelnen in dessen informationellen Intimbereich ein Recht auf informationelle Selbstbestimmung zugesteht¹³⁴, so wird man feststellen müssen, daß das Bundesverfassungsgericht hier gleichsam seine eigene Ansicht zur Frage der rechtlichen Selbständigkeit des Ermittlungsverfahrens ad absurdum führt, indem es dieses Grundrecht als existent anerkennt: Gibt es ein solches Grundrecht, so muß dieses immer und zwangsläufig dazu führen, daß es bei Informationssammlung von Staatsseite verletzt sein kann. Die Konsequenz daraus ist, daß eine grundrechtliche Relevanz jedenfalls vorliegt. Diese nicht anzuerkennen, hieße, ein grundrechtsrelevantes Handeln des Staates ohne Kontrollmöglichkeit zu belassen. Das aber kann im Rechtsstaat nicht sein.

Die bereits angesprochene Ansicht des Bundesverfassungsgerichtes führt im Ergebnis also nicht dazu, den am Ermittlungsverfahren Beteiligten das Recht auf Kontrolle der Staatsanwaltschaft bzw. deren Umgang mit Information abzusprechen. Die umgekehrten Auswirkungen des Rechtes auf informationelle Selbstbestimmung für die Rechte der Beteiligten im Ermittlungsverfahren wird Gegenstand der Einzelerörterungen sein.

Der Einzelne kann demnach grundsätzlich einen Anspruch auf Teilhabe am Informationsfundus der Staatsanwaltschaft haben, der freilich in seiner konkreten Ausgestaltung davon abhängen wird, wie sich die Umstände des jeweiligen Falles darstellen.

¹³³ Soll heißen: ohne Anwendung irgendwelcher Zwangsmittel.

¹³⁴ So entwickelt vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil BVerfGE 65, 1 ff..

c. Der Teilhabeanspruch der Öffentlichkeit

Die Öffentlichkeit ist als solche an der Ermittlung dem Einzelnen gegenüber nicht direkt betroffen. Aus den Erörterungen, die in bezug auf die Rechte des Einzelnen getätigt wurden, kann man folgern, daß es vielfach dem Einzelnen sogar darum gehen wird, Informationen nicht öffentlich zu machen. Wie aber schon gesagt, ist Information in einem Rechtsstaat nicht total. Kontrolle des Umgangs mit Information durch den Staat muß möglich sein, zum einen dem direkt betroffenen Einzelnen, zum anderen aber auch der Allgemeinheit, der Öffentlichkeit. Einerseits muß also der Einzelne im konkreten Fall nachvollziehen können, was mit seinen Informationen geschieht. Andererseits muß aber auch die Öffentlichkeit generell nachvollziehen können, ob der Staat Information richtig, d.h. rechtmäßig verwaltet. Um diese generelle Kontrolle zu ermöglichen, ist aber unumgänglich, daß sie im Zweifel den konkreten Fall nachvollzieht. Mitunter kann also daraus die Notwendigkeit folgen, daß die Öffentlichkeit nachvollzieht, was mit der Information des Einzelnen passiert, wie Information in genau diesem Fall verwaltet wurde. Dafür ist aber notwendig, daß sie an der Information wenigstens in gewissem Umfang teilhat.

III. Versuch einer Einteilung

Geht man vom Titel dieser Arbeit aus, kann Ziel der Bearbeitung nur sein, ein irgendwie geartetes System für die Art und Weise der Informationsbehandlung durch die Staatsanwaltschaft zu finden. Angesichts der zentralen Bedeutung, die der Information innerhalb des Themas zukommt, scheint es angebracht, dieses System von der Information selbst aus zu entwickeln.

Nach den bisher in diesem Kapitel erlangten Erkenntnissen ist hierfür die Tatsache von besonderer Bedeutung, daß Information nie Selbstzweck ist, daß vielmehr immer auf den Zweck der Informationssammlung und –verwertung zu achten ist. Aus Sicht der Staatsanwaltschaft ist im Ermittlungsverfahren der Zweck der Informationssammlung die Erkenntniserlangung hinsichtlich der Frage, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist oder nicht. Im Sinne einer Systematisierung bietet sich nun folgender Gedanke an: Dieser Zweck ist im Rechtsstaat von zentraler Bedeutung, er wird also eine herausragende Rolle im System zu spielen haben. Information kann also den Sinn haben, diesen Zweck zu erreichen.

Für Staatsanwaltschaft, Beschuldigten und Öffentlichkeit ergibt sich hieraus eine wichtige Motivation für den Erhalt der Macht über Information. Wie bereits dargestellt, bedeutet Macht immer Kontrolle. Wer Information kontrolliert, macht das nie zum Selbstzweck, sondern um in bezug auf etwas anderes Macht auszuüben. Hier ist es das Ermittlungsverfahren,

dessen Kontrolle von allen Seiten angestrebt wird. Beim Beschuldigten kommt freilich noch ein weiteres Motiv hinzu, nämlich das der Kontrolle von Informationen, die seine Person betreffen, also letztlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Geht man aber erst einmal von dem Motiv aus, das *allen* Seiten gemeinsam ist, so bleibt das Streben nach Verfahrenskontrolle. Bei genauer Betrachtung stellt man hinsichtlich dieses Kontrollstrebens fest, daß es legitimerweise zwei unterschiedliche Ansatzpunkte hat: Der Staatsanwaltschaft geht es darum, das Ziel des Verfahrens zu erreichen, also den weiteren Ablauf des Verfahrens kontrollieren, lenken zu können, eine Aufgabe, die der ihr in § 160 I StPO zgedachten entspricht. Es geht also darum, das *weitere* Verfahren kontrollieren, dieses aktiv gestalten zu können. Dem Beschuldigten kommt an dieser Stelle schon aufgrund der Unschuldsvermutung eine eher (freilich nicht völlig) passive Rolle zu, ebenso der Öffentlichkeit. Um die aktive Rolle wahrnehmen zu können, muß die Staatsanwaltschaft die in mancher Information steckende Dynamik (das Potential zur Veränderung des Verfahrens auf welche Weise auch immer) für sich nutzen können.

Mit Blick auf das Kontrollstreben des Beschuldigten und des Verteidigers sowie der Öffentlichkeit ist zu sagen, daß es hier legitimerweise nicht darum gehen kann, den Verfahrensablauf zu lenken, in diesem Sinne kontrollieren zu können, sondern darum, die Maßnahmen der Staatsanwaltschaft, deren Handlungen nachvollziehen und so deren Rechtmäßigkeit kontrollieren zu können. Dieses wird aber regelmäßig eine ex post- Kontrolle des jeweiligen Vorganges sein. Für diese Kontrolle ist es nicht notwendig, daß die Dynamik einer Information ausgenutzt werden kann, mit anderen Worten, diese Dynamik kann sich für eine solche Kontrolle auch bereits verbraucht haben, die Information mithin statisch geworden sein.

Geht man nun von diesen Feststellungen aus, so könnte eine sinnvolle Arbeitshypothese diejenige sein, daß ein taugliches Kriterium zum Umgang der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren die Frage ist, ob die Dynamik der jeweiligen Information noch vorhanden oder schon verbraucht ist. Das Kriterium der Dynamik kann sich dabei sowohl auf die Information selbst, also deren Inhalt, als auch auf die Weitergabe derselben, die Informierung beziehen. Angesichts der Interessenlagen, aus denen diese Unterscheidung entwickelt wurde, ist zu vermuten, daß Dynamik in diesem Zusammenhang immer ein Indiz dafür sein wird, daß tendenziell den Interessen der Staatsanwaltschaft höheres Gewicht einzuräumen ist. Umgekehrt wird Statik in bezug auf Information tendenziell ein Zeichen dafür sein, daß die Interessen des Beschuldigten oder der Öffentlichkeit schwerer wiegen.

Zu betonen ist, daß dies nur eine Arbeitshypothese ist, deren Tauglichkeit anhand der folgenden Einzelerörterungen zu überprüfen sein wird. Sie stellt nur Grundsätze auf, so daß es

denkbar und sogar wahrscheinlich ist, daß diese im weiteren Verlauf der Arbeit noch durch Ausnahmen differenziert werden.

Die Kategorisierung erscheint aber grundsätzlich sinnvoll und möglich. Als Arbeitshypothese wird sie anhand der Einzelfälle zu verifizieren sein.

2. Teil: Untersuchung an konkreten Fällen

A. Das Verhältnis Staatsanwaltschaft – Beschuldigter/ Verteidiger anhand des Beispiels des Akteneinsichtsrechts

Zunächst wird im folgenden das spezielle Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten erörtert werden. Es handelt sich hierbei um die wohl augenfälligste Beziehung im zu bearbeitenden Themenkomplex, die letztlich wohl jedem als erstes einfällt, wenn man über den Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren redet. Dieses Verhältnis eignet sich aus zwei Gründen gut zur Bearbeitung: Zum einen existiert bzgl. des fundamental bedeutenden und daher auch hier zu erörternden Akteneinsichtsrechts des Beschuldigten bzw. des Verteidigers bereits in der StPO eine gesetzliche Regelung (§ 147 StPO). Zum anderen erscheinen – wie gezeigt – die gegeneinander wirkenden Interessen weniger komplex (wenn auch ganz sicher nicht weniger bedeutend) als im Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Öffentlichkeit im weiteren Sinne.

Als Beschuldigter wird zunächst derjenige bezeichnet, gegen den ein Strafverfahren betrieben wird. Nach herrschender Meinung erlangt eine Person die Beschuldigteneigenschaft in bezug auf ein bestimmtes Verfahren, wenn zum einen gegen sie objektiv ein Tatverdacht besteht und zum anderen ein Willensakt der Strafverfolgungsbehörden hinzutritt, aus dem hervorgeht, daß diese das Verfahren gegen die betreffende Person als Beschuldigten betreiben wollen.¹³⁵

Wenn man nun das Akteneinsichtsrecht im Ermittlungsverfahren betrachtet, fällt auf, daß in den Arbeiten, die sich mit diesem Thema beschäftigen, mit Betonungen der Bedeutung dieses Rechtes nicht gezeigt wird: Man sieht das Akteneinsichtsrecht etwa als wesentliche Voraussetzung einer effektiven Verteidigung des Angeklagten¹³⁶, als Kernstück der Verteidigung¹³⁷, als deren Herzstück, ohne das diese im Rechtsstaat des Grundgesetzes nicht denkbar sei¹³⁸ oder auch als Regelung, die Transparenz und Offenheit in das staatliche Verfahren bringt.¹³⁹

¹³⁵ Vgl. statt vieler *Beulke*, StPO, Rn 111.

¹³⁶ *Schmitz* in *wistra* 1993, 321, 321.

¹³⁷ *Groh* in *DRiZ* 1985, 54.

¹³⁸ *Schneider* in *Jura* 1995, 337, 337 m.w.N..

¹³⁹ *Walischewski*, S. 3.

Das Akteneinsichtsrecht zähle, so wird gesagt, zu den Voraussetzungen einer wirksamen Verteidigungsstrategie.¹⁴⁰

Gedanklich basiert das in § 147 StPO geregelte Akteneinsichtsrecht auf dem verfassungsrechtlich in Art. 103 I GG verankerten Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs. Bei genauer Betrachtung beinhaltet das rechtliche Gehör nämlich drei Stufen: Zunächst muß der Beschuldigte darüber informiert werden, was ihm von den Strafverfolgungsbehörden zur Last gelegt wird. Auf der zweiten Stufe muß er die Gelegenheit bekommen, auf das Verfahren aktiv einzuwirken, Entlastendes vorzutragen, sich generell zu äußern. Drittens geht es darum, daß diese Einwirkungen auch wirklich Berücksichtigung im Verfahren finden.¹⁴¹ Der Beschuldigte kann sich also gegen das ihm zur Last Gelegte nur dann effektiv zur Wehr setzen, wenn er genau weiß, was ihm aufgrund welcher Tatsachen vorgeworfen wird.¹⁴²

Daneben dient das Akteneinsichtsrecht aber auch dazu, dem Beschuldigten eine aktiv teilnehmende, nicht bloß duldende Rolle im Strafverfahren zu ermöglichen, ihm in diesem eine Subjektstellung einzuräumen und ihn nicht bloß als Objekt der Untersuchung wahrzunehmen.¹⁴³

Um die genaue Dimension des staatsanwaltlichen Informationsvorsprunges darstellen zu können, wird im weiteren also zu klären sein, wem das Akteneinsichtsrecht in welchem Umfang zusteht, insbesondere in welchem Umfang es auch dem Beschuldigten zusteht. In der StPO ist das Akteneinsichtsrecht so angelegt, daß zu seiner Wahrnehmung vom Wortlaut her nur der Verteidiger befugt ist: § 147 I StPO normiert, daß *nur* der Verteidiger zur Akteneinsicht befugt ist, nicht hingegen ist dort von einem Recht des Beschuldigten selbst die Rede. Es soll untersucht werden, wieso das so ist bzw., ob das angesichts des Einflusses der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) so bleiben kann. Dabei wird auch auf die Konsequenzen einzugehen sein, die sich aus der Einführung des § 147 VII StPO durch das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 2.8.2000 (StVÄG 1999) ergeben. Anschließend wird erörtert werden, welche Rolle eine eventuelle Haft des Beschuldigten spielen kann und ob in diesem Fall etwa für das Akteneinsichtsrecht etwas anderes zu gelten hat. Schließlich wird (jeweils) zu fragen sein, wie die Arbeitshypothese auf die angesprochenen Punkte paßt.

I. Die Ausübung des Akteneinsichtsrechts

Wenn man das Gesamthema der Arbeit betrachtet, so stellt sich im Rahmen des Akteneinsichtsrechts – wie schon dargestellt – die Frage, *wem gegenüber* ein Informationsvorsprung

¹⁴⁰ Alternativ- Entwurf; Reform des Ermittlungsverfahrens, S. 53.

¹⁴¹ *Walischewski* in StV 2001, 243, 244.

¹⁴² *Schneider*, a.a.O..

der Staatsanwaltschaft eigentlich bestehen kann, bzw. wer ein Akteneinsichtsrecht haben kann:

1. Die Regelung des § 147 StPO

§ 147 I StPO bindet das Akteneinsichtsrecht an die Person des Verteidigers¹⁴⁴: „*Der Verteidiger*¹⁴⁵ ist befugt, die Akten [...] einzusehen [...]“. Ob der Wortlaut des § 147 I StPO in dieser Hinsicht das letzte Wort ist, ist umstritten und wird im weiteren zu klären sein. Bleibt es bei dieser Beschränkung auf die Person des Verteidigers und hält man es etwa auch nicht für zulässig, daß dieser dem Beschuldigten in vollem Umfang Information weitergibt, so hat das natürlich Auswirkungen auf die Größe und Intensität des Vorsprunges der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Beschuldigten. Man könnte dann nicht mehr pauschal vom Informationsvorsprung gegenüber der Verteidigung insgesamt reden. Vielmehr müßte hier deutlich zwischen Verteidiger einerseits und Beschuldigtem andererseits differenziert werden. Aus diesem Grund ist es eminent wichtig, zunächst Klärung hinsichtlich der Problematik zu erreichen, wem ein Akteneinsichtsrecht zur tatsächlichen Ausübung zusteht und inwiefern daraus gewonnene Informationen gegebenenfalls weitergegeben werden dürfen. Erst dann läßt sich – wie gesagt – sinnvoll die Frage angehen, wem gegenüber in welcher Verfahrensphase welcher Vorsprung besteht und ob sich hierfür ein abstraktes Maß (vielleicht das von der Arbeit in der Einleitung postulierte) finden läßt.

a. Die Bindung des Akteneinsichtsrechts an den Verteidiger

Das Akteneinsichtsrecht aus § 147 StPO ist durch den Wortlaut des Abs. 1 an die Person des Verteidigers gebunden. Es stellt sich die Frage, wieso sich der Gesetzgeber zu einem solchen Schritt entschieden hat, ist es doch der Beschuldigte, dessen Belange eigentlich betroffen sind und um die sich der Verteidiger „nur“ kümmern soll.¹⁴⁶ Es läge also zunächst einmal näher, dem Beschuldigten ein Recht auf und die Befugnis zur Akteneinsicht zu geben und erst infolgedessen *auch* seinem Verteidiger. Dieser Weg wurde hingegen nicht gewählt. Vielmehr entschied sich der historische Gesetzgeber dafür, das Akteneinsichtsrecht an die Person des Verteidigers zu binden.

¹⁴³ *Schneider*, a.a.O.; *KK-Laufhütte*, zu § 147, Rn 2; BGHSt 29, 99, 102; *Botke* in StV 1986, 120, 123.

¹⁴⁴ *Schulz*, Entwicklung, S. 134, spricht hier vom „Anwaltszwang“ des § 147 StPO. Im Alternativ- Entwurf; Reform des Ermittlungsverfahrens, S. 53, wird davon gesprochen, daß dies eines der zentralen Defizite des Akteneinsichtsrechts sei.

¹⁴⁵ Eigene Hervorhebung.

¹⁴⁶ *Beulke*, StPO, Rn 147.

Losgelöst von der Konstruktion des § 147 StPO lohnt sich ein Blick auf die hinter der Bindung an den Verteidiger stehenden gedanklichen Konstruktion: Das Recht auf Akteneinsicht ist von seinem Ursprung her ein Recht des Beschuldigten. Dieses Recht, so regelt § 147 I StPO, wird nun allerdings nicht vom Rechtsträger selbst wahrgenommen, sondern der gesetzlich vorgesehene Fall ist der einer Ausübung durch einen anderen, den Verteidiger. Daraus ergibt sich die Frage, ob die Formulierung des § 147 I StPO notwendig zu der Feststellung führt, die Ausübung des Akteneinsichtsrechts stehe wirklich *nur* dem Verteidiger zu, seine Existenz sei mithin notwendige Voraussetzung für die Wahrnehmung des Akteneinsichtsrechts, oder ob nicht auch denkbar ist, die Regelung dahingehend zu verstehen, daß das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers neben dem des Beschuldigten steht, also eine parallele Wahrnehmung dieses Rechtes möglich ist.

Überträgt man den Ansatz einmal auf das geläufigere Beispiel der Stellvertretung im Recht, läge hier quasi eine Art gesetzliche Stellvertretung vor, vergleichbar etwa § 1629 BGB. Um in diesem Bild zu bleiben: § 105 BGB regelt, daß Geschäftsunfähige eine Willenserklärung nicht wirksam abgeben können, nach § 104 Nr. 1 BGB fallen hierunter auch Kinder, die das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet haben. In diesem Fall ordnet das Gesetz also an, daß Kinder bis zum vollendeten siebten Lebensjahr ihre Rechte überhaupt nicht selbst wahrnehmen können, selbst wenn sie rein tatsächlich dazu durchaus in der Lage wären. Rückübertragen auf den Fall des Akteneinsichtsrechts: Der Beschuldigte ist zwar Rechtsträger des Akteneinsichtsrechts, kann es aber nicht selbst ausüben; das kann überhaupt *nur* der Verteidiger. Gedanklich läge der Konstruktion also die Konzeption vom Geschäftsunfähigen näher.

Vergleichbar mit der zweiten Möglichkeit wäre, um im Rechtsgebiet Zivilrecht zu bleiben, das Betreuungsrecht: Der Betreute wird nach § 1902 BGB durch den Betreuer in dessen Aufgabenkreis vertreten, was freilich nicht heißt (insbesondere nicht nach dem neuen Betreuungsrecht), daß der Betreute nicht selbst auch noch in der Lage wäre, gültige Willenserklärungen abzugeben. Rückübertragen auf das Akteneinsichtsrecht: Der Beschuldigte kann *neben* dem Verteidiger sein Akteneinsichtsrecht wahrnehmen.

Überspitzt formuliert stellt sich also bei § 147 StPO die Frage, ob das Gesetz hier mehr das Bild des Beschuldigten als Geschäftsunfähiger vermittelt oder als Betreuer.

Um sich klarzumachen, welches Bild das Gesetz nun tatsächlich eher vermitteln will, ist zu nächst einmal die ursprüngliche Konzeption des Gesetzgebers zu beleuchten, die dieser vom Akteneinsichtsrecht und seiner Wahrnehmung hatte. Sodann ist zu fragen, inwieweit diese Konzeption heute noch trägt. Interessant ist, daß der historische Gesetzgeber sich für eine Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers entschied, obwohl seinerzeit

einzelne Prozeßordnungen der Partikularstaaten ein Einsichtsrecht *des Beschuldigten* schon kannten.¹⁴⁷

Was nun den Grund des Gesetzgebers für die in § 147 I StPO beschriebene explizite Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers angeht, so werden im wesentlichen zwei Argumentationsstränge verfolgt¹⁴⁸:

aa. Die Aktenintegrität

Einerseits wurde und wird zur Begründung angeführt, die Bindung an die Person des Verteidigers gewährleiste die inhaltliche und äußerliche Integrität der Akten.¹⁴⁹ Man wird auch „nicht ernsthaft bestreiten können, daß ein Beschuldigter, dem die Originalakten vorliegen, versucht sein könne, an diesen Veränderungen zu seinen Gunsten vorzunehmen“.¹⁵⁰ Der Verteidiger hingegen garantiere, mindestens wenn es sich um einen Rechtsanwalt handle¹⁵¹, die Integrität der Akten „durch seine Vorbildung und Bindung an das Ständesrecht“.¹⁵² Das findet sich als Begründung auch in den Materialien des Gesetzgebers.¹⁵³ Zutreffend hat jedoch *Walischewski* darauf hingewiesen, daß – was evident scheint – eine solche Argumentation heutzutage jedenfalls nicht mehr vollumfänglich greifen kann, insofern im Zeitalter moderner Kommunikationstechnik automatisierte Kopiermöglichkeiten bestehen, die derartige Schutzmaßnahmen unzeitgemäß erscheinen lassen.¹⁵⁴ Es erscheint angesichts dessen zumutbar, Akten zu kopieren, um Rechte des Beschuldigten im Zweifel besser zu wahren. Von einigen Autoren wird hiergegen vorgebracht, ein solcher Anspruch auf Erteilung von Kopien oder Abschriften¹⁵⁵ könne schon deshalb nicht bestehen, weil auch der Verteidiger ein solches Recht nicht habe.¹⁵⁶ Diese Argumentation greift deshalb nicht durch, weil sie die Bedeutung der Kopiermöglichkeit in beiden Fällen verkennt: Für den Verteidiger wäre sie, angesichts des ihm entgegengebrachten Vertrauens, nur *ein* Mittel, Akteneinsicht zu erhalten. Schließlich kann er ja auch Einsicht in die Originalakte nehmen. Das ist freilich beim Beschuldigten deshalb anders, weil ihm das hierfür nötige Vertrauen nicht entgegengebracht wird, die Kopier-

¹⁴⁷ So z.B. Anhalt, Sachsen, Thüringische Staaten, gefunden bei *Bahnsen*, S. 35, Fn 139.

¹⁴⁸ Wobei die meisten Autoren davon ausgehen, daß das Akteneinsichtsrecht, wie § 147 I StPO vorgibt, tatsächlich ausschließlich an die Person des Verteidigers gebunden ist.

¹⁴⁹ *Beulke*, Strafverteidiger, S. 90; *Bahnsen*, a.a.O..

¹⁵⁰ *Hiebl*, Probleme, S. 78.

¹⁵¹ Diese Einschränkung betrifft ausschließlich die Zeit vor Einführung des Rechtsberatungsgesetzes von 1935.

¹⁵² *Bahnsen*, a.a.O..

¹⁵³ *Hahn*, Materialien III, S. 964 ff..

¹⁵⁴ *Walischewski*, S. 151 f..

¹⁵⁵ Am Rande zum Problem des Kopier- bzw. Abschriftsbegriffs in der StPO und der Unfähigkeit, dieser (auch nicht mehr völlig neuen) technischen Innovation Rechnung zu tragen: *Welp* in FS für Karl Peters, 309, 314 mit den Worten: „Auf den Einzug der Kopiertechnik in die Strafprozeßordnung wird man daher vergeblich warten“.

¹⁵⁶ *Welp*, a.a.O., S. 312 m.w.N.; BGH in NJW 1963, 1462.

möglichkeit demnach seine einzige Möglichkeit wäre, die Akten in irgendeiner Form einzusehen.¹⁵⁷

Davon abgesehen wäre es etwa auch möglich, dem Beschuldigten eine Akteneinsicht in eigener Person in Anlehnung an §§ 299 ZPO, 100 VwGO nur auf der Geschäftsstelle zu gestatten.¹⁵⁸ In diesem Fall müßten dann auch keine Kopien erstellt werden. Dennoch war der Schutzaspekt wohl der Hauptansatzpunkt des historischen Gesetzgebers.

bb. Der Schutz des Untersuchungszwecks

Andererseits wird gesagt, durch die Bindung des Akteneinsichtsrechts an den Verteidiger werde dafür gesorgt, daß der Untersuchungs- und Verfahrenszweck geschützt werde, weil der Verteidiger zumindest auch öffentliche Interessen wahrnehme.¹⁵⁹ Bei einer Weitergabe an den Beschuldigten selbst wurden und werden Verdunklungsmaßnahmen befürchtet.¹⁶⁰ Ganz sicher stünde bei einer grenzenlosen Weitergabe von Information, bei einem unbeschränkten Einsichtsrecht des Beschuldigten zu befürchten, daß dieser sein Wissen zur Verdunklung einsetzt. Dieser Begründungsansatz ist freilich nicht so einfach hinzunehmen, weil bereits das Gesetz in Gestalt von § 147 StPO in dieser Hinsicht nicht als in sich schlüssig betrachtet werden kann:

Geht man zunächst nur von § 147 I StPO aus, könnte man den Begründungsansatz dann akzeptieren, wenn der Verteidiger nicht alle Information an seinen Mandanten weitergeben dürfte. In diesem Fall böte die Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers eine Garantie dafür, daß durch die Offenlegung von Informationen nicht auch der Untersuchungszweck gefährdet wäre. In diesem Fall wäre allerdings nicht zu erklären, wieso § 147 II StPO der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit an die Hand gibt, bereits dem Verteidiger gegenüber die Akteneinsicht zu beschränken. Dieses Problem beträfe dann aber die Erörterungen zu § 147 II StPO und änderte *an dieser Stelle* nichts an der Tatsache, daß die Bindung an die Person des Verteidigers als grundsätzlich sinnvoll anzusehen wäre.

Dürfte der Verteidiger hingegen alle Informationen, die er im Rahmen der Akteneinsicht erlangt, an den Beschuldigten weitergeben, macht es zwar Sinn, daß die Staatsanwaltschaft bereits dem Verteidiger gegenüber die Akteneinsicht beschränken kann. Es ist in diesem Fall

¹⁵⁷ So im Ergebnis auch: *Hiebl*, Probleme, S. 81.

¹⁵⁸ *Frohn* in GA 1984, 555, 564 m.w.N..

¹⁵⁹ *Beulke*, StPO, Rn 150.

¹⁶⁰ *Walischewski*, S. 152.

jedoch nicht nachzuvollziehen, wieso das Akteneinsichtsrecht durch § 147 I StPO grundsätzlich an die Person des Verteidigers gebunden ist.¹⁶¹

Für die Arbeit ist an dieser Stelle also die Frage von Bedeutung, ob der Verteidiger dem Beschuldigten all die Informationen weitergeben dürfen soll, die er durch die Akteneinsicht erlangt hat. Nähme man das an, fiel auch das zweite Argument weg, das eine Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers begründen soll. Ginge man davon aus, daß der Verteidiger nur eine eingeschränkte Weitergabebefugnis hat, wäre an dieser Stelle der Arbeit zu sagen, daß eine Bindung des grundsätzlichen Rechts auf Akteneinsicht an die Person des Verteidigers durchaus Sinn macht. Diese Feststellung hätte für die weiteren Erörterungen aber die Konsequenz, daß im Rahmen von § 147 II StPO intensiv die Frage zu stellen wäre, welchen Sinn die in diesem geregelte Möglichkeit zur Akteneinsichtsbeschränkung dann überhaupt machte.¹⁶²

(1) Die „Filterfunktion“ des Verteidigers im Ermittlungsverfahren

Im folgenden soll also untersucht werden, ob der Verteidiger im Ermittlungsverfahren dem beschuldigten Mandanten gegenüber eine Filterfunktion hat oder ob er diesem alle Informationen, die er durch die Akteneinsicht bekommt, weitergeben darf.¹⁶³ Nur falls der Verteidiger wirklich eine Filterfunktion einnähme, wäre der Schutz des Untersuchungszwecks als Argument für die Bindung des Akteneinsichtsrechts an den Verteidiger hinzunehmen.¹⁶⁴

Zur näheren Betrachtung der Problematik scheint ein genauerer Blick auf das Verhältnis von Verteidiger und Mandanten sinnvoll: Kernelement dieses Verhältnisses ist die Beratungstätigkeit des Verteidigers. Damit der Verteidiger seiner Beratungstätigkeit wirksam nachkommen kann, muß der Mandant ihm absolutes Vertrauen entgegenbringen können. Daher muß *im Grundsatz ein freier Informationsfluß* zwischen Verteidiger und Beschuldigtem gewährleistet sein.¹⁶⁵ Der Verteidiger ist also in aller Regel berechtigt, ja sogar verpflichtet¹⁶⁶, dem Beschuldigten alles mitzuteilen, was er aus den Akten erfahren hat.¹⁶⁷ Er ist davon abgesehen

¹⁶¹ Wenn man – wie das hier getan wurde – davon ausgeht, daß eine solche Bindung nicht aus Gründen der Aktenintegrität erfolgen muß.

¹⁶² Unabhängig davon, ob man ein umfassendes Weitergaberecht des Verteidigers bzgl. der Information an seinen Mandanten annimmt oder nicht, bleibt die Kombination der Absätze 1 und 2 des § 147 StPO also seltsam unlogisch; so auch *Beulke*, *Der Verteidiger*, S. 90.

¹⁶³ Es geht also nicht um die Frage, ob überhaupt ein Filter vor den Beschuldigten vorgeschaltet wird, sondern nur darum, ob (auch) die Person des Verteidigers Filterfunktion hat.

¹⁶⁴ So auch *Hiebl*, *Probleme*, S. 40.

¹⁶⁵ *Walischewski*, S. 153; *Welp*, FS für Karl Peters, S. 309, 315.

¹⁶⁶ *Beulke*, *Strafbarkeit*, Rn 39 m.w.N..

¹⁶⁷ BGHSt 29, 99, 102 f.; *Welp*, a.a.O., S. 316; *KK-Laufhütte* zu § 147 Rn 8.

auch berechtigt, dem Beschuldigten Abschriften und Auszüge aus den Akten zu überlassen¹⁶⁸, nur die Weitergabe der Originalakten an den Beschuldigten wird als unzulässig angesehen.¹⁶⁹

Es besteht in der Literatur und Rechtsprechung eine gewisse Einigkeit darüber, daß der Verteidiger *grundsätzlich* das Recht hat, durch Akteneinsicht gewonnene Information an den Beschuldigten weiterzugeben.¹⁷⁰ Darüber hinaus ist allerdings heftig umstritten, inwiefern dieser freie Informationsfluß einschränkbar ist.

Einmal wird vertreten, der Verteidiger dürfe ausnahmslos alles an Information weitergeben, was für das Verfahren und eine sachgemäße Verteidigung in diesem von Nutzen sein kann.¹⁷¹

Angefügt wird, er könne sonst solche Information nicht zum Gegenstand von Schriftsätzen machen, die der Beschuldigte natürlich lese.¹⁷² Das – so wird man weiter folgern dürfen – könnte dann wiederum zu einer Einschränkung der sachgemäßen Verteidigung führen.

Für diese Ansicht wird auch immer wieder vorgebracht, man bringe den Verteidiger in eine „schwer erträgliche Konfliktlage“¹⁷³, wenn man ihm zumute, Information gleich welcher Art seinem Mandanten gegenüber zu verschweigen. So etwas belaste das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Mandant mitunter erheblich, weil der Verteidiger dann in den Augen des Beschuldigten leicht zum „Sachwalter staatlicher Interessen werden“ könne.¹⁷⁴ Eine sachgerechte Verteidigung stehe unter der notwendigen Bedingung eines umfassenden Rückflusses von Information vom Beschuldigten zum Verteidiger, ohne diesen könne letzterer seiner Beistandsfunktion nicht nachkommen. Ein solcher Rückfluß sei aber nur dann möglich, wenn der Beschuldigte das Vertrauen in einen gegenseitigen Informationsfluß habe.¹⁷⁵

Zudem wird darauf verwiesen, daß sämtliche Information, die der Verteidiger im Rahmen des Ermittlungsverfahrens zulässigerweise erlangt habe, immer durch Umstände aus der „Risikosphäre“ der Justiz zu diesem gelangt sei.¹⁷⁶ Das ist ganz bestimmt dann anzunehmen, wenn die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger Akteneinsicht gewährt hat, da hier ja die Staatsanwaltschaft eine ganz klare Kontrolle darüber hat, was der Verteidiger zu sehen bekommt und was nicht. Weil aber die Umstände immer in der Risikosphäre der Justiz lägen, sei davon aus-

¹⁶⁸ *Welp*, a.a.O.; *Lüttger* in NJW 1951, 744.

¹⁶⁹ *KK-Laufhütte*, vor § 137 Rn 6; BGHSt 26, 304, 307.

¹⁷⁰ *Bahnsen*, S. 44.

¹⁷¹ *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 19, Rn 64.

¹⁷² *Roxin*, a.a.O..

¹⁷³ *Bahnsen*, S. 46.

¹⁷⁴ *Bahnsen*, a.a.O..

¹⁷⁵ *Welp*, a.a.O., S. 315.

¹⁷⁶ *Dahs*, Handbuch, Rn 54; insoweit ähnlich, bzgl. der ratio legis des § 147 II StPO aber differenzierend, je nachdem, ob die erlangte Information von der Staatsanwaltschaft weitergegeben, also im Wege der Akteneinsicht oder „zufällig“ erlangt wurde, *Mehle* in NStZ 1983, 556, 558. Bei der „zufällig“ erlangten Information will er dann ein Weitergaberecht verneinen, wenn diese unzulässig erlangt wurde, a.a.O. [eine Abgrenzung, die letztlich auch wieder auf eine Differenzierung im Bereich der subjektiven Verteidigereinstellung hinausläuft].

zugehen, daß hier bei einer Abwägung die Schutzfunktion des Verteidigers dem Beschuldigten gegenüber die öffentliche Funktion des Verteidigers überwiege.¹⁷⁷

Der Position vom unbegrenzten Informationsfluß tritt eine Auffassung entgegen: Sie lehnt eine Weitergabe von Information meist in bezug auf konkrete Fälle ab. Rechtsprechung¹⁷⁸ und Teile der Lehre¹⁷⁹ vermeiden eine Festlegung auf abstrakte Kriterien. Teils wird gesagt, eine Weitergabe sei dann unzulässig, wenn es um Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden gehe, deren Wirksamkeit wesentlich auf einem Überraschungsmoment beruhe, das durch die Weitergabe gefährdet werde.¹⁸⁰ Teils wird betont, die Frage der Zulässigkeit von Informationsweitergabe lasse sich nur im Einzelfall beurteilen.¹⁸¹ Die Begründungsansätze sind unterschiedlicher Natur:

Einmal wird angeführt, die gesamte Information könne der Verteidiger bereits deshalb nicht an den Beschuldigten weitergeben, weil dessen Ausschluß vom Akteneinsichtsrecht nur damit zu erklären sei, daß er gerade nicht vollumfänglich über die Informationen unterrichtet werden solle.¹⁸² Das Argument ist jedoch insofern problematisch, als es sich einerseits nicht am Wortlaut festmachen läßt¹⁸³ und auch die gesetzgebende Kommission ursprünglich davon ausging, der Verteidiger dürfe selbstverständlich seinen Mandanten über den gesamten Akteninhalt informieren.¹⁸⁴ Andererseits taugt es hier auch insofern nicht als Argument, als die angeführte Begründung für die Bindung des Einsichtsrechts an die Person des Verteidigers gerade geprüft wird.

Ein sehr gewichtiges Argument nennt *Beulke* in diesem Zusammenhang: Ein unbeschränktes Mitteilungsrecht des Verteidigers dem Beschuldigten gegenüber trüge die Gefahr in sich, eine restriktive Handhabung des Akteneinsichtsrechts seitens der Staatsanwaltschaft nach sich zu ziehen.¹⁸⁵ Das könne sich für den Beschuldigten insofern als Eigentor erweisen, als es immer noch besser sei, der Verteidiger, nicht aber der Beschuldigte, habe Kenntnis von einer Tatsache, als wenn nicht einmal der Verteidiger Kenntnis von der Tatsache habe.¹⁸⁶

Diese Begründung setzt allerdings voraus, daß man einen rechtlich fundierten Einfluß des Umfangs der Weitergabe auf § 147 II StPO annimmt, mit anderen Worten, daß die Staatsanwaltschaft eine Gefährdung des Ermittlungszwecks zu Recht annehmen kann, nur weil der

¹⁷⁷ *Dahs*, a.a.O.; so auch *Mehle* a.a.O. und *Krekeler* in *NStZ* 1989, 146, 149.

¹⁷⁸ *BGHSt* 29, 99, 102 ff..

¹⁷⁹ *Beulke*, *Strafbarkeit*, Rn 44.

¹⁸⁰ So etwa *Beulke*, a.a.O..

¹⁸¹ *BGH* a.a.O., S. 103.

¹⁸² *Beulke*, *Strafverteidiger*, S. 90.

¹⁸³ *Bahnsen*, S. 47.

¹⁸⁴ *Hahn*, *Materialien*, S. 965.

¹⁸⁵ *Beulke*, a.a.O..

¹⁸⁶ So auch *Hanack* in *ZStW* 93 [1981], 559, 564.

Verteidiger seinen Mandanten vollumfänglich informieren könnte. Die Frage einer Gefährdung des Ermittlungszwecks ist aber jedenfalls vom Standpunkt der Dogmatik aus kaum davon abhängig, wieviel Information der Verteidiger weitergeben darf. Umgekehrt bedeutete das nämlich auch, daß man es eben für den Normalfall hielt, daß der Verteidiger die Entscheidung über Ermittlungsgefährdung mindestens in den brisanten Fällen trifft, der Staatsanwaltschaft hingegen nur die Fälle zur Entscheidung verbleiben, in denen eine Gefährdung unproblematisch vorliegt. Das kann angesichts der exponierten Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren aber nicht gewollt sein. Das genannte Argument mag daher zwar in der Praxis teilweise begründet sein, vom dogmatischen Standpunkt her führte es allerdings zu Konsequenzen, die mit den Grundfesten des Ermittlungsverfahrens schwer vereinbar sind. Es ist daher abzulehnen.

Es wird dennoch ein Bedürfnis bestehen, hier zu verhindern, daß der Beschuldigte an die betreffenden Informationen kommt. Nimmt man etwa das Postulat, die Weitergabe sei dann unzulässig, wenn es um Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden gehe, deren Wirksamkeit wesentlich auf einem Überraschungsmoment beruhe, das durch die Weitergabe gefährdet werde¹⁸⁷, so wird man das vom Ergebnis her betrachtet ebenso wenig pauschal von der Hand weisen können wie die Behauptung des BGH, dies sei vom Einzelfall abhängig. Man kann das allerdings auch nicht als pauschal richtig bezeichnen. Beispielsweise wird nämlich von anderer Seite auch behauptet, daß etwa über bevorstehende Zwangsmaßnahmen der Verteidiger den Beschuldigten explizit unterrichten dürfe.¹⁸⁸ Vergleicht man diese Aussagen, so drängt sich einem der Eindruck einer gewissen Bruchstückhaftigkeit auf.

Solche mehr oder weniger einzelfallbezogenen Aussagen können freilich besonders hier kein zufriedenstellendes Ergebnis sein, da ein starkes Bedürfnis besteht, Verteidigern nicht nur im Einzelfall (und damit im Zweifel ex post), sondern eben auch generell (und damit ex ante) Regeln an die Hand zu geben, wann ein Verhalten zulässig ist oder nicht. Anders ausgedrückt: Die Tatsache, daß man feststellt, daß eine Weitergabe unzulässig war, hilft dem Verteidiger nicht und kann so auch nicht den erhofften spezial- oder generalpräventiven Effekt haben. Abstrakte Regeln zu finden, ist also notwendig.

Eine Lösung böte etwa folgender Weg:

Was soeben angeführt wurde, bedeutet letztlich, daß Weitergabe dann nicht möglich ist, wenn der Verteidiger dadurch auf irgendeine Weise das Ziel des Verfahrens hindern will. Ganz unabhängig vom konkreten Fall der Informationsweitergabe in diesen Fällen ist zu sagen, daß „alle besonderen prozessualen Befugnisse durch den Rahmen desjenigen Verfahrens begrenzt

¹⁸⁷ So etwa *Beulke*, Strafbarkeit, a.a.O..

werden, für dessen Zweck sie eingeräumt sind“.¹⁸⁹ Setzt also der Verteidiger die erlangte Information ein, um damit den Verfahrenszweck zu hindern, so werden eben diese Grenzen überschritten, die prozessuale Befugnis (Informationsweitergabe) wird also verfahrensfremd eingesetzt und ist damit unzulässig.¹⁹⁰ Hier werden allgemein die Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns überschritten. Zwar wird man das Verhalten eines Verteidigers solange als zulässig anzusehen haben (und zwar auch bei „Behinderung“ der Rechtspflege), wie er sich etwa prozessualer Mittel bedient, die die Rechtspflege ihm gerade an die Hand gibt. Wenn er also beispielsweise in der Hauptverhandlung die Unverwertbarkeit eines Beweismittels herbeiführt, mag das zwar die materielle Sachverhaltsaufklärung mitunter behindern, jedoch unter Verwendung eines Mittels, das ihm jedenfalls zusteht. Er steht dann nicht dem Zweck des Verfahrens im Wege, vielmehr trägt er durch sein von der StPO gedecktes Vorgehen, gerade dazu bei, daß mit den Mitteln des Rechtsstaates eine (mitunter „nur“ prozessuale) Wahrheit ermittelt wird.

Anders ist es allerdings, wenn er sich eines Mittels bedient, um dadurch die Erreichung des Verfahrens- und Ermittlungszwecks zu behindern, also in einer durch das Verfahren nicht vorgesehenen Weise vorgeht. Ganz unproblematisch ist auch das nicht, ist der Verteidiger doch Beistand des Beschuldigten.¹⁹¹ Er hat also eigentlich primär dessen Interessen im Auge. Die Funktion des Strafverteidigers erschöpft sich nach ganz h.M. aber nicht in dieser Beistandsfunktion für den Beschuldigten¹⁹². Vielmehr ist er daneben nach einer § 1 BRAO entlehnten Formulierung auch ein „unabhängiges Organ der Rechtspflege“, womit seine öffentliche Funktion umschrieben wird.¹⁹³ Trotz aller Parteilichkeit soll die Tätigkeit des Verteidigers mindestens auch öffentlichen Interessen dienen, der Verteidiger darf hierbei das Interesse der rechtsstaatlichen Strafrechtspflege nicht außer Acht lassen.¹⁹⁴ Das heißt, daß er zwar die vorrangige Aufgabe hat, die den Beschuldigten entlastenden Umstände hervorzuheben; „ihm sind aber insofern Grenzen gesetzt, als er in keinem Fall der Wahrheitsfindung hindernd im Wege stehen darf“.¹⁹⁵ Setzt er nun aber die Informationsweitergabe zu dem Zweck ein, das Ziel des Verfahrens zu behindern, kann eine Verfahrensordnung ein solches Verhalten nicht als prozessual zulässig hinnehmen.

¹⁸⁸ KK – *Laufhütte*, a.a.O..

¹⁸⁹ *Welp*, a.a.O., S. 317.

¹⁹⁰ *Welp*, a.a.O., S. 316 f..

¹⁹¹ *Beulke*, StPO, Rn 147.

¹⁹² Vgl. statt vieler *Beulke*, StPO, Rn 150.

¹⁹³ *Beulke*, a.a.O..

¹⁹⁴ *Beulke*, a.a.O..

¹⁹⁵ BGHSt 9, 20, 22.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie diese Erkenntnis zu einem brauchbaren Abgrenzungskriterium zwischen unzulässiger und zulässiger Informationsweitergabe führen und somit auch zur Klärung der Frage, ob der Verteidiger eine Filterfunktion hat, beitragen kann. Geht man vom verfahrenszweckfremden Einsatz als Kriterium aus, so beinhaltet das grundsätzlich die Möglichkeit, jedwede Informationsweitergabe dann für unzulässig zu halten, wenn sie auch nur in einem denkmöglichen Fall zur Gefährdung des Verfahrenszweckes führen kann. So formuliert käme es darauf an, ob diese Weitergabe objektiv aus der Sicht des gewissermaßen allwissenden Beobachters zu einer Gefährdung führen könnte.

Wenn man so vorgeht, wird zum einen der Kreis der zur Unzulässigkeit führenden Punkte unüberschaubar und ein eigenes Urteil des Verteidigers über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit quasi unmöglich. Zum anderen ist in bezug auf den Verteidiger nicht ganz ersichtlich, inwiefern dessen Verhalten dann kritikwürdig sein soll, wenn er etwa selbst diese Gefährdung gar nicht erkannt hat (weil er zu dumm war oder nicht sorgfältig genug gearbeitet hat). Klar ist außerdem nicht, wie er in diesen Fällen, die durch die Weitergabe gegebene Gefährdung überhaupt hätte erkennen können. In der Praxis bietet eine objektive Abgrenzung also dem Verteidiger keinen Anhaltspunkt. Die Fälle unzulässiger Weitergabe erkennt er mitunter nicht einmal. Man darf sich mindestens die Frage stellen: Und was dann? Eine Antwort wird man regelmäßig schuldig bleiben müssen.

Es könnte größeren Erfolg versprechen, die Abgrenzung im subjektiven Bereich des Verteidigers vorzunehmen, also zu fragen, wie der Verteidiger der Möglichkeit der Gefährdung, die durch die Weitergabe droht, gegenübersteht.

Es sind hier zwei Ansatzpunkte denkbar:

Zunächst der, daß der Verteidiger explizit *zum Zwecke* der Beeinträchtigung des Ermittlungserfolges Information weitergibt. *Zum Zwecke* der Beeinträchtigung Information weiterzugeben, setzt voraus, daß der Verteidiger nicht nur selbst die Möglichkeit einer solchen Beeinträchtigung erkennt, sondern es ihm auch auf diese ankommt, er mithin absichtlich handelt. Sodann wäre denkbar davon auszugehen, daß das bloße Erkennen der Möglichkeit einer Ermittlungszweckbeeinträchtigung und ihre Inkaufnahme ausreichen. Ohne dieses Erkennen kann man sinnvollerweise das Verhalten des Verteidigers diesbzgl. – wie gesagt – nicht kritisieren. Mit anderen Worten wäre hinsichtlich der Beeinträchtigung *dolus eventualis* zu verlangen. Der Unterschied wäre demnach lediglich im Vorstellungsbild des Verteidigers, also im rein subjektiven Bereich, zu suchen. Die Differenzierung nach zulässigem und unzulässigem Verteidigerhandeln im subjektiven Bereich zu suchen, macht Sinn: Der *Vorgang* der Informationsweitergabe *als solcher* bietet keine Kriterien für Zulässigkeit oder Unzulässigkeit.

Ist man einmal zu dieser Erkenntnis gelangt, so stellt sich die Frage, welche der beiden subjektiven Einstellungen zur Unzulässigkeit der Weitergabe führt:

Es bedarf also der Klärung der Frage, ob die Weitergabe *nur* dann als unzulässig anzusehen ist, wenn sie in der Absicht einer Ermittlungszweckgefährdung geschieht, oder ob bereits ausreichend, daß der Verteidiger bei der Weitergabe eine Gefährdung billigend in Kauf nimmt.

Für letztgenannte Meinung spricht, daß hier in der Tat ein (zusätzlicher) Filter in Gestalt des Verteidigers eingebaut würde, der dem Strafverfahren u.U. zu zusätzlicher Effizienz verhelfen könnte. Ein beachtlicher Teil der hierzu geäußerten Meinungen geht dann auch in diese Richtung.¹⁹⁶

Man wird der Ansicht, die bereits die billigend in Kauf genommene Möglichkeit einer Gefährdung des Ermittlungszwecks ausreichen läßt, in erster Linie entgegenhalten können, daß sie zur Folge hätte, daß man den Verteidiger im Strafverfahren in eine bedenkliche Zwickmühle brächte, mutete man ihm zu, jederzeit auch noch die Perspektive der Strafverfolgung einzunehmen. Letztlich rückte eine solche Ansicht überspitzt ausgedrückt den Verteidiger in eine ähnlich neutrale Position im Ermittlungsverfahren wie die Staatsanwaltschaft. Daß dies de facto bereits die Staatsanwaltschaft überfordert, ja überfordern muß, wurde im einleitenden Teil dargestellt. Diese ist jedoch – abgesehen von dieser Frage – in einer ganz anderen, ungleich exponierteren Position im Ermittlungsverfahren: Sie ist dort die leitende Behörde, sie trägt Verantwortung für einen rechtsstaatlichen Grundsätzen genügenden Verfahrensablauf. Eine solche Position kommt dem Verteidiger nicht zu. Zwar hat auch er eine herausgehobene Funktion im Strafverfahren, ist – wie bereits dargestellt – gem. §§ 1, 31 BRAO unabhängiges Organ der Rechtspflege¹⁹⁷ und gewährleistet durch sein Eintreten für den Beschuldigten, seinen „Beistand“¹⁹⁸, daß Beschuldigtenrechte nicht vernachlässigt werden. Es stellt sich jedoch die Frage, ob aus dieser Organstellung auch zwingend folgt, daß der Verteidiger im ganzen Strafverfahren Filterfunktion hat. Mit Filterfunktion ist dabei gemeint, daß er Information, bevor sie den Beschuldigten erreichen kann, noch danach „filtern“ muß, ob die Weitergabe an den Beschuldigten den Untersuchungszweck gefährden kann. Das ist im einzelnen umstritten: *Beulke* spricht von einer „Inpflichtnahme“ des Verteidigers, der in engen Grenzen auch für die Wirksamkeit der Strafrechtspflege Rechnung zu tragen habe¹⁹⁹ und in das „Pflichtennetz“ miteinbezogen sei²⁰⁰, der also im Zweifel eine Filterfunktion hat.

¹⁹⁶ Vgl. u.a. *Krekeler*, NStZ 1989, 146, 149; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, Rn 108.3.

¹⁹⁷ So die h.M., für Nachweise vgl. statt vieler *Beulke*, StPO, Rn 150.

¹⁹⁸ *Beulke*, a.a.O., Rn 148.

¹⁹⁹ *Beulke* in FS Roxin, 1173, 1180.

²⁰⁰ *Beulke*, a.a.O., 1181.

Dem gegenüber wird die Inpflichtnahme des Verteidigers trotz Organstellung verneint, der Verteidiger habe nur eine „an die gesetzlich zugelassenen Parteiinteressen gebundene“ Organstellung.²⁰¹ Hier wird er dann auch keine Filterfunktion einnehmen.

Gegen eine umfassende Filterfunktion des Verteidigers spricht insbesondere, daß dessen Position speziell im Ermittlungsverfahren nicht mit der der Staatsanwaltschaft vergleichbar ist. Man verlangte hier vom Verteidiger gleichsam eine Mitleitung des Ermittlungsverfahrens. Zwar mag es richtig sein, daß § 147 I StPO nur das Verhältnis zwischen Justiz und Verteidiger regelt und nicht das des Verteidigers gegenüber seinem Mandanten, dem Beschuldigten.²⁰² Daraus den Schluß zu ziehen, dieses Verhältnis könne wegen der Organstellung des Verteidigers nur dahingehend auszulegen sein, daß dieser jegliche Information auf ihre Relevanz für den Ermittlungszweck zu prüfen hat, ließe aber § 160 I StPO außer Betracht und verlangte vom Verteidiger letztlich, daß er die staatlichen Aufklärungsinteressen sorgsamer als die Staatsanwaltschaft wahrzunehmen hat, was „schwerlich plausibel“ sein dürfte.²⁰³

Dieser Gedankengang wird unterstützt durch ein Urteil des OLG Hamburg.²⁰⁴ Dieses verneint im Zusammenhang mit einer möglichen Strafbarkeit des Verteidigers aus § 261 StGB dessen objektiven Tatbestand mit der Begründung, daß die Funktion des Verteidigers als Rechtspflegeorgan nicht dadurch eingeschränkt werden dürfe, daß er im Gegensatz zu anderen Rechtspflegeorganen nicht auf Mitteln aus Vortaten zurückgreifen könne.²⁰⁵ Für die vorliegende Arbeit ist diese Argumentation deshalb so außerordentlich interessant, weil hierdurch einerseits der Verteidiger klar als Organ der Rechtspflege gesehen wird, andererseits aber prozessual soweit emanzipiert wird, daß eine „Inpflichtnahme“ kaum mehr denkbar erscheint.

Darüber hinaus sind auch praktische Bedenken gegen eine weitergehende Beschränkung der Weitergabebefugnis anzuführen: Zunächst läßt die Unbestimmtheit des Begriffes „Gefährdung des Ermittlungszweckes“, auf die noch einzugehen sein wird, mindestens fraglich erscheinen, ob man dem Verteidiger eine alle Eventualitäten berücksichtigende Prüfung wirklich aufbürden kann. Daneben macht man aber, indem man auf das Erkennen einer Gefährdungsmöglichkeit durch den Verteidiger abstellt, die Frage der Zulässigkeit von Informationsweitergabe auch in extrem hohem Maße von den intellektuellen Fähigkeiten und vor allem den juristischen Kenntnissen des Verteidigers abhängig: Erkennt ein Verteidiger aufgrund hoher analytischer Begabung oder außergewöhnlicher Fähigkeiten u.U. eine ganze Vielzahl von Gefährdungsmöglichkeiten, mögen sich diese dem weniger begabten vielleicht nicht in

²⁰¹ *Roxin* in FS Hanack, 1, 13 ff..

²⁰² *Beulke*, Strafbarkeit, Rn 44.

²⁰³ *Welp*, a.a.O., S. 320.

²⁰⁴ OLG Hamburg in NJW 2000, 673 ff..

²⁰⁵ Dem folgend *Hamm* in NJW 2000, 636, 637; a.A. Schönke/Schröder – Stree, Zu § 261, Rn 17.

dieser Breite erschließen. Denkbar wäre etwa auch, daß ein solcher Unterschied aus der Gründlichkeit und Intensität der Arbeit resultiert. Ganz gleich, worauf man hier abstellt, es ergibt sich die recht merkwürdig anmutende Konsequenz, daß der Beschuldigte, der einen „besseren“ oder einfach gründlicher arbeitenden Verteidiger als Beistand hat, dadurch insofern Nachteile erleidet, als man in der Theorie von diesem Verteidiger erwarten müßte, daß er seinem Mandanten eine immense Anzahl von Informationen vorenthält, wohingegen ein Beschuldigter, dessen Verteidiger die Tragweite einer Information aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht erkennt, hieraus Vorteile ziehen könnte. Eine Ungleichbehandlung von gut und schlecht vertretenen Beschuldigten kann vom Gesetz aber nicht gewollt sein. Eine solche Konsequenz kann daher nicht aus § 147 I StPO zu ziehen sein.

Vielmehr ist festzustellen, daß *die* Weitergabe nur als unzulässig anzusehen ist, die der Verteidiger in der Absicht vornimmt, den Ermittlungszweck zu gefährden. Diese Lösung bietet zum einen den Vorteil, daß sowohl § 160 I StPO, mithin die Stellung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, als auch die Stellung des Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren in angemessener Weise berücksichtigt werden. Zudem weist sie ein relativ hohes Maß an Praktikabilität insofern auf, als man aus den Umständen der Weitergabe regelmäßig eher die Frage einer absichtlichen Ermittlungszweckgefährdung klären kann als die des Inkaufnehmens einer Gefährdung. Man nehme etwa das Beispiel, daß der Verteidiger aus den Akten die Information über eine bevorstehende Zwangsmaßnahme erhalten hat. Wenn er diese Information nun im Verbund mit anderen Informationen bei einem regelmäßigen Treffen mit dem Beschuldigten diesem mitteilt, wird es nicht gerade einfach sein, sicher herauszufinden, ob er die Gefährdung des Ermittlungszweckes billigend in Kauf nahm. Absicht wird ihm, das ist zuzugeben, noch seltener nachzuweisen sein, es kann aber auch nicht Sinn und Zweck der Abgrenzung sein, Informationsweitergabe in weitestmöglichem Maße für unzulässig zu erklären. Es kommt darauf an, Kriterien zu finden, die eine *klare* Abgrenzung ermöglichen und dem Verteidiger bei seinem Handeln Sicherheit geben.²⁰⁶

Das scheint für den Fall, in dem man lediglich auf die billigende Inkaufnahme der Gefährdung abstellt, nicht möglich. Geschähe hingegen die Informationsweitergabe an den Beschuldigten im Rahmen von bestimmten Umständen (z.B. große Eile vor einer Zwangsmaßnahme, außerplanmäßige Information, zu Tageszeiten, die völlig unüblich sind oder ähnliches), so wäre das ein relativ deutliches Indiz für das Vorliegen einer Absicht bzgl. Ermittlungszweckgefährdung.

²⁰⁶Daß diese Sicherheit für das Verteidigerhandeln immer größere Bedeutung gewinnt, zeigt auch die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Frage der Strafbarkeit eines Verteidigers aus § 258 StGB wegen Abschluß einer

Im Ergebnis bleibt also festzuhalten, daß die Weitergabe von Information durch den Verteidiger an seinen Mandanten, den Beschuldigten, im Grundsatz vollumfänglich zulässig ist. Es gibt jedoch für den Fall eine Ausnahme, in dem der Verteidiger dem Beschuldigten die Information in der alleinigen Absicht weitergibt, dadurch den Zweck des Ermittlungsverfahrens zu behindern.

(2) Konsequenzen für die Schutzfunktion der Bindung an den Verteidiger

Es stellt sich die Frage, welche Konsequenzen diese Feststellung für die Sinnhaftigkeit der Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers hat. Zur Rekapitulation: Das einerseits immer wieder angeführte Argument, die Bindung diene der Integrität der Akten, greift wenigstens in der heutigen Zeit, in der man auf vielfältige Art Akten reproduzieren könnte, nicht durch. Dies kann also nicht Sinn und Zweck der Bindung an die Person des Verteidigers sein.

Das andere häufig genannte Argument war, daß die Bindung an die Person des Verteidigers der Sicherung des Verfahrenszweckes diene. Im Hinblick darauf war zu Beginn der vorhergehenden Fragestellung gesagt worden, dies mache nur dann Sinn, wenn man davon ausgehe, daß der Verteidiger ein Weitergaberecht bzgl. der Information nur so weit habe, als diese nicht den Erfolg der Ermittlung in Frage zu stellen geeignet sei. Herausgefunden wurde nun aber, daß der Verteidiger in seinem Recht auf Informationsweitergabe lediglich dadurch eingeschränkt ist, als er diese nicht absichtlich zur Vereitelung des Ermittlungszieles einsetzen darf. Zu klären ist nun, ob dadurch das Argument, die Bindung an den Verteidiger gewährleiste auch eine Sicherung des Verfahrenszweckes, an Stichhaltigkeit verloren hat.

Folgende Überlegung spricht dafür, das anzunehmen: Durch die Forderung, der Verteidiger dürfe Information nicht zum Zwecke der Vereitelung des Verfahrenszwecks weitergeben, findet keine wirkliche Einschränkung des Weitergaberechts statt. Ausgedrückt wird durch die Einschränkung vielmehr nur die Selbstverständlichkeit, daß ein Recht im Verfahren nicht zu einem verfahrensfremden Zweck eingesetzt, quasi pervertiert werden darf. Wenn man den Verteidiger, wie das bisweilen geschieht, bildhaft mit einem Filter vergleicht, durch den die Information in Richtung des Beschuldigten geht, so könnte man hier nun sagen, die Aussage, daß der Verteidiger keine absichtliche Ermittlungsvereitelung betreiben darf, gleicht der Feststellung, ein Filter dürfe nicht als Katalysator, also Beschleuniger²⁰⁷ wirken. Durch die gezielte Weitergabe von Informationen an den Beschuldigten in der Absicht, dadurch das Ziel

Vereinbarung mit Zeugen, BGH in NJW 2000, 2433 ff.; vgl dazu auch Anm. *Martin* in JuS 2000, 1124 ff. und *Beulke* in FS Roxin, 1173, 1176 (Beispiel 2).

²⁰⁷ Vgl. dazu *Meyers* Taschenlexikon zum Stichwort „Katalysator“.

der Ermittlungen zu vereiteln, wird nämlich Information nicht ungehindert weitergegeben, sondern dynamisiert. Daß aber ein Filter nicht umgekehrt, also katalytisch, wirken darf, ist freilich eine Selbstverständlichkeit²⁰⁸ und gibt ihm als solchem noch keine Daseinsberechtigung. Anders ausgedrückt: Die Ausschaltung dieser in Vereitelungsabsicht weitergegebenen Information hat effektiv keine Filterwirkung, sondern stellt nur den Normalzustand, der auch ohne Filter bestünde, dar. Wenn man aber feststellt, daß ein Filter in keiner Hinsicht Filterfunktionen erfüllt, ist er – schlicht gesagt – überflüssig. Im gegebenen Bild sollte der Verteidiger als Filter zwischen Information und Beschuldigten gesetzt werden. Eine solche Funktion erfüllt er nach der hier vertretenen Meinung nicht. In der zusätzlichen Sicherung des Ermittlungszwecks kann demnach auch kein Grund für die Bindung an das Akteneinsichtsrecht an die Person des Verteidigers gesehen werden. Eine solche zusätzliche Sicherung findet schlicht nicht statt.

cc. Ergebnis zu a.

Für die eingangs gestellte Frage nach der Begründung für die Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person der Verteidigers ist also als Quintessenz dieser Erörterung zu sagen, daß diese nicht den Sinn gehabt haben kann, durch Einsatz des Verteidigers gleichsam einen zusätzlichen Filter in das Ermittlungsverfahren einzubauen. Es kann also aus systematischen und logischen Gründen nicht darum gehen, durch die Person des Verteidigers den Ermittlungszweck zusätzlich vor Gefährdung zu bewahren.

Es gibt durchaus noch ein weiteres Argument, das dafür spricht, das Akteneinsichtsrecht an die Person des Verteidigers – jedenfalls auch – zu binden: den Schutz des Beschuldigten. Denkbar ist doch etwa, daß der Beschuldigte, nähme er das Akteneinsichtsrecht selbst wahr, wichtige Punkte übersieht und vieles an der in den Akten befindlichen Information nicht richtig einordnen kann. Hier machte es dann einen Sinn, ihm den Verteidiger zur Seite zu stellen, um so gleichsam den Beschuldigten vor eigener Übereilung zu schützen.

Es bleibt indes hier zu fragen, ob das dazu führen kann, daß man den Beschuldigten gleich einem Geschäftsunfähigen behandelt, ihm also keinerlei eigene Handlungsmöglichkeit eröffnet, oder ob nicht vielmehr in diesem Fall zu sagen ist, daß es zwar wichtig ist, dem Verteidiger ein ergänzendes, nicht aber das alleinige Akteneinsichtsrecht zu geben. Im Ergebnis liefe das darauf hinaus, daß man die Zuordnung des Akteneinsichtsrechts zum Verteidiger eher im Sinne einer Betreuungsmaßnahme zu verstehen hätte, also der Beschuldigte selbst auch noch in der Lage wäre, sein Akteneinsichtsrecht wahrzunehmen.

²⁰⁸ In diese Richtung auch *Roxin*, a.a.O..

Man steht nun vor der bemerkenswerten Situation, daß beide in diesem Kontext angeführten Gründe für die Bindung an den Verteidiger sich als nicht schlagkräftig herausgestellt haben. Wenn man die als Vergleich gegebenen Situationen (Geschäftsunfähiger – Betreuer) betrachtet, kann man sagen, daß es zwar durchaus möglich ist, daß der historische Gesetzgeber den Beschuldigten eher als Geschäftsunfähigen behandeln wollte denn als Betreuten. Aus heutiger Sicht macht diese Einordnung jedoch keinen Sinn mehr.

b. Ergebnis zu 1.

Die Rechtslage nach § 147 I StPO bleibt freilich zunächst die, daß das Akteneinsichtsrecht an die Person des Verteidigers gebunden ist. Nur durch ihre Sinnlosigkeit verliert eine Norm nicht automatisch an Bestands- und Wirkkraft, wie die Rechtswirklichkeit immer wieder deutlich vor Augen führt. Im weiteren wird sich aber die Frage stellen, ob diese Sinnlosigkeit der Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers nicht bereits als Folge von Entwicklungen obsolet geworden ist, die in die bisherigen Erörterungen nicht einbezogen wurden.

2. Art. 6 III c) EMRK

Wenn man die bislang deutlich herrschende und traditionelle Interpretation des § 147 I StPO zugrundelegt, so ist – im Gegensatz zur bisher als sinnvoll erkannten Tendenz – davon auszugehen, daß der Beschuldigte selbst das Akteneinsichtsrecht *nicht* ausüben kann. Wie man sich denken kann, führte diese Auffassung bisher insbesondere dann zu Schwierigkeiten und damit Gerichtsentscheidungen, wenn es sich um einen *unverteidigten* Beschuldigten handelte, mit hin einen Beschuldigten, der sich selbst verteidigte und bei dem ein Fall der notwendigen Verteidigung nicht vorlag.

Problematisch an dieser Situation ist, daß die EMRK in Art. 6 III c) dem Angeklagten das Recht zuspricht, sich selbst zu verteidigen und man das Akteneinsichtsrecht u.U. als Teil dieses Rechts ansehen könnte. Es werden im weiteren folgende Punkte zu klären sein:

Zunächst wird zu fragen sein, ob die EMRK überhaupt irgendeinen Einfluß auf den deutschen Strafprozeß haben kann. Sofern dies bejaht wird, ist als nächstes zu fragen, ob der Terminus „Angeklagter“ auch auf den Beschuldigten im deutschen Ermittlungsverfahren anwendbar ist. Dann wird zu untersuchen sein, ob sich daraus die Konsequenz ergibt, daß er zur effektiven Verteidigung, wenn er nicht auf einen Verteidiger zurückgreift, das Recht benötigt, Akteneinsicht nehmen zu können und dieses auch *selbst* zu tun.

Im Anschluß daran wird das Verhältnis zu § 147 I StPO und der dort enthaltenen Bindung an die Person des Verteidigers zu beschreiben sein. Danach wird der durch das StVÄG 1999 neu eingefügte § 147 VII StPO Thema der Ausführungen sein. Dieser scheint in gewissem Umfang der Problematik Rechnung zu tragen und es wird zu fragen sein, welche Konsequenzen seine Einführung hat, etwa ob daraus der Schluß zu ziehen ist, daß nur der *unverteidigte* oder auch der *verteidigte* Beschuldigte ein solches Recht hat.

a. Der Einfluß der EMRK auf das deutsche Recht

Die EMRK ist ein multilateraler völkerrechtlicher Vertrag, der am 4.11.1950 von 13 Staaten unterzeichnet wurde und dem bis heute alle 41 Mitgliedsstaaten des Europarates beigetreten sind.²⁰⁹ Die Bundesrepublik Deutschland hat die EMRK durch das Gesetz vom 7.8.1952 ratifiziert, am 3.9.1953 ist sie in Kraft getreten.²¹⁰ Durch die Ratifizierung und Transformierung in innerstaatliches Recht hat die EMRK ihre Rechtsnatur als völkerrechtlicher Vertrag nicht verloren. Die Bundesrepublik Deutschland hat der EMRK durch die Transformation gem. Art. 59 II GG Gesetzeskraft verliehen, was nach h.M. so viel bedeutet wie: Kraft eines einfachen Bundesgesetzes.²¹¹ Die h.M. sieht die EMRK also im Rang eines einfachen Bundesgesetzes.²¹²

Es gibt daneben freilich eine Reihe von Auffassungen, die ihr einen darüber hinausgehenden Rang, sei es Übergesetzesrang, Verfassungsrang oder den Rang einer supranationalen Rechtsordnung einräumen wollen:

Zunächst wird die EMRK als Einrichtung zwischenstaatlicher Art gesehen, der durch die Ratifizierung gem. Art. 24 I GG hoheitliche Befugnisse der Bundesrepublik Deutschland übertragen wurden.²¹³ Dem widerspricht aber die Tatsache, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (im weiteren: EGMR) zwar als zwischenstaatliche Einrichtung in diesem Sinne zu qualifizieren sein mag, dessen Entscheidungen jedoch keine unmittelbare Rechtskraft in den einzelnen Staaten und damit der Bundesrepublik Deutschland entfalten.²¹⁴ Ein Transfer von hoheitlichen Rechten hat demnach gerade nicht stattgefunden.

Weiterhin wird der Versuch unternommen, die EMRK über den Grundsatz der „Völkerrechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes auf Verfassungsrang anzuheben. Dieser besagt, daß das

²⁰⁹ L/R-Gollwitzer, MRK, Einl., Rn 2.

²¹⁰ L/R-Gollwitzer, a.a.O..

²¹¹ Weigend in StV 2000, 384, 386.

²¹² L/R-Gollwitzer, a.a.O., Rn 19; auch Bundesverfassungsgericht in BVerfGE 10, 271, 274 und *Walischewski*, S. 73 (Fn 227).

²¹³ So etwa *Ress* in FS Zeidler Bd. 2, 1775, 1790 ff..

²¹⁴ LG Mainz in NJW 1999, 1271 f.; *Weigend*, a.a.O.; *Staebe* in JA 1996, 75, 80; a.A. *Konrad*, Die Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen, S. 27 ff., 139.

Grundgesetz und alle übrigen Normen der Bundesrepublik so auszulegen und anzuwenden sind, daß sie den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik möglichst nicht zuwiderlaufen.²¹⁵ Daraus folgt aber nicht die Notwendigkeit, völkerrechtlichen Grundsätzen verfassungsgleichen Rang einzuräumen, eine generelle Vorrangregel gegenüber einfachrechtlichem innerstaatlichen Recht ist hieraus nicht zu schließen.²¹⁶

Auch wird in Erwägung gezogen, der EMRK als „allgemeiner Regel des Völkerrechts“ über Art. 25 GG Verfassungsrang einzuräumen.²¹⁷ Problematisch ist hieran zunächst, daß die EMRK nicht universell, sondern nur regional gilt und fraglich ist, ob das ausreichend ist, um eine „allgemeine Regel des Völkerrechts“ zu etablieren. Davon abgesehen kann jedoch jedenfalls nicht die gesamte EMRK als „Völkergewohnheitsrecht“ angesehen werden: Zwar sind einige in der EMRK verbürgte Garantien von derart universellem Status, daß es zu ihrer Geltung der Kodifizierung in der EMRK nicht bedürfte. Andere hingegen – und darunter fallen auch die recht detaillierten prozessualen Garantien des Art. 6 und des Art. 5 IV EMRK – haben keineswegs eine derart universelle Bedeutung, daß ihnen allgemeine Anerkennung auch ohne die Kodifizierung zukäme.²¹⁸ Aus eben diesem Grund kann man auch nicht den Verfassungsrang der EMRK auf dem Umweg der allgemeinen menschenrechtlichen Ausrichtung des Grundgesetzes, wie sie in Art. 1 II GG zum Ausdruck kommt, konstruieren, wie dies teilweise vertreten wird.²¹⁹ Das in diesem Artikel formulierte Bekenntnis zu den Menschenrechten ist als solches zu allgemein, um sich auf die – wie gesagt – teilweise äußerst detaillierten Normen der EMRK in Gänze beziehen zu können.²²⁰ Davon abgesehen bezöge sich dann auch die „Ewigkeitsklausel“ aus Art. 79 III GG auf den Inhalt der EMRK, was als zu weitgehend anzusehen sein dürfte.²²¹

Ganz vereinzelt²²² wird schließlich auch vertreten, die EMRK nehme eine allem nationalen Recht, auch dem Grundgesetz, vorrangige Position ein. Die hierfür angeführten Argumente können aus den gerade genannten Gründen nicht durchgreifen. Hinzu kommt, daß eine der Grundprämissen dieser Ansicht, die Urteile des EGMR beanspruchten unmittelbare Geltung auch in der nationalen Rechtsordnung, nicht vertretbar ist.

Letztlich ist der h.M. zu folgen, die davon ausgeht, daß die EMRK durch die Transformation Gesetzeskraft im Range eines einfachen Bundesgesetzes erlangt.

²¹⁵ Dazu etwa BVerfGE 74, 358, 370.

²¹⁶ Weigend, a.a.O.; ebenso Konrad, a.a.O., S. 38, allerdings mit der merkwürdigen Formulierung, der Grundsatz völkerrechtsfreundlichen Verhaltens biete „keinen wirklichen Schutz gegen den Gesetzgeber“.

²¹⁷ Bleckmann in EuGRZ 1994, 149.

²¹⁸ Weigend, a.a.O.; Sommermann in AöR 114 [1989], 391, 408.

²¹⁹ Sommermann, a.a.O., 417 f..

²²⁰ Weigend, a.a.O..

²²¹ Weigend, a.a.O..

Zu klären bleiben indes die Konsequenzen für die Fragestellung. Da es hier um die Auswirkungen der EMRK auf das deutsche Recht geht, ist zunächst festzustellen, daß – folgt man der h.M. – direkte Auswirkungen grundsätzlich möglich und denkbar sind. Dadurch daß die EMRK ihren Charakter als völkerrechtlicher Vertrag jedoch unabhängig von der Transformation behält, setzt sie auf nationaler Ebene den Fortbestand nationalen Rechts voraus: Sie ersetzt nicht, ihre Garantien überlagern vielmehr nur die des einfachen Bundesrechts.²²³ Sie ist damit bei der Auslegung des bestehenden Rechts immer heranzuziehen.²²⁴ Diese Aussage ist für die Arbeit an dieser Stelle von entscheidender Bedeutung. Die Regelungen der EMRK können also nicht das bestehende Recht der Bundesrepublik ersetzen, mithin Auswirkungen auf die Wirksamkeit von § 147 StPO haben. Sie überlagern allerdings das nationale deutsche Recht und sind daher auch bei der Auslegung von § 147 StPO zu beachten. Es ist somit zu untersuchen, welchen Einfluß genau die EMRK auf die Auslegung des § 147 StPO und der Frage, ob dem Beschuldigten ein eigenes Akteneinsichtsrecht zusteht, hat.

b. Die Anwendbarkeit von Art. 6 III c) EMRK auf den Beschuldigten im deutschen Ermittlungsverfahren

Zunächst ist zu klären, ob die Regelungen des Art. 6 III c) EMRK auf den Beschuldigten im Ermittlungsverfahren überhaupt anwendbar sind.

Art. 6 III c) EMRK ist – neben den litterae a) und b) desselben Absatzes – als Konkretisierung der Mindestrechte des Angeklagten einzuordnen, die sich auch aus dem in Art. 6 I EMRK festgeschriebenen fair- trial- Grundsatz ergeben.²²⁵

Wenn man den Wortlaut des Art. 6 III c) EMRK betrachtet²²⁶, bemerkt man, daß der gesamte Absatz 3 des Art. 6 EMRK für den Fall des „Angeklagten“ gilt. Problematisch ist nun, daß mindestens im deutschen Ermittlungsverfahren der Begriff „Angeklagter“ noch nicht benutzt wird. Die Bezeichnung „Angeklagter“ beschreibt im deutschen Strafverfahren vielmehr die Stellung des vom Staat bereits Angeklagten, mithin desjenigen, in dessen Verfahren die Eröffnung der Hauptverhandlung schon beschlossen wurde (§ 157, 2. Alt. StPO). Im Ermittlungsverfahren ist bei technisch richtiger Begriffsbenutzung lediglich der allgemeinere Terminus „Beschuldigter“ vorgesehen.²²⁷ Hielte man sich also eng an den Wortlaut von StPO

²²² Konrad, Die Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen, 27 ff., 139.

²²³ L/R-Gollwitzer, a.a.O., Rn 22.

²²⁴ Walischewski, S. 73 (Fn 227).

²²⁵ Walischewski, S. 86.

²²⁶ [deutsche Übersetzung]: „Jeder Angeklagte hat insbesondere [französische Fassung] / mindestens [englische Fassung] die folgenden Rechte: [...] c) sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten [...]“.

²²⁷ Beulke, StPO, Rn 110.

und EMRK, müßte man die Anwendbarkeit von Art. 6 III EMRK auf das Ermittlungsverfahren ganz allgemein verneinen.

Um hier Klarheit zu gewinnen, führe man sich einmal vor Augen, was passierte, wenn von deutscher Seite ganz selbstverständlich die innerstaatliche Terminologie auf die EMRK übertrüge: Ein solches Vorgehen wäre dann von allen nationalen Seiten zu erwarten, was zur Folge hätte, daß die Begriffe der EMRK mitunter in allen Unterzeichnerstaaten unterschiedlich auszulegen wären. Da es aber bei einer Menschenrechtskonvention, so auch der EMRK, gerade darum geht, allgemeingültige, in allen beigetretenen Staaten im Grundsatz anerkannte Mindeststandards zu kodifizieren, kann es nicht im Sinne einer solchen Konvention sein, diese Standards von national unterschiedlichen Termini abhängig zu machen und damit zu verwässern.²²⁸

Der Begriff „Angeklagter“ in der deutschen Übersetzung ist vielmehr als Fehler in der amtlichen Übersetzung anzusehen.²²⁹ Betrachtet man die englische Fassung, die sich auf „Everyone charged with a criminal offence“ bezieht, stellt man fest, daß dieser Begriff sehr viel weiter gefaßt ist als der des Angeklagten, daß er jedenfalls auch den des Angeschuldigten umfaßt.²³⁰ Sieht man sich nun den ganzen Artikel 6 EMRK an, so stellt sich überdies heraus, daß auch eine Beschränkung auf den Angeschuldigten sich als zu eng darstellen könnte, wenn man sie pauschal auf den gesamten Art. 6 EMRK bezöge. So gilt etwa die in Absatz 2 kodifizierte Unschuldsvermutung fraglos im gesamten Strafverfahren, mithin auch für den Beschuldigten im Ermittlungsverfahren.²³¹ Auch hier verlangt der Wortlaut der Konvention allerdings, daß sich ein „Angeklagter“ auf die Unschuldsvermutung beruft. Daraus wird deutlich, daß – mindestens an dieser Stelle – nicht der Angeklagte im formellen Sinne gemeint sein kann. Mindestens hier unterscheidet sich also das Begriffsverständnis der Konvention von dem des deutschen Strafprozesses.

Der EGMR hat in dieser Hinsicht entschieden, daß der Begriff des „Angeklagten“ nicht i.S.d. jeweiligen nationalen Rechts zu interpretieren ist, sondern i.S.d. Konvention „autonom“.²³² Die Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts, so der EGMR in einem anderen Urteil, könne nicht ohne weiteres die Auslegung der Konvention beeinflussen.²³³

Das gilt nach der Rechtsprechung des EGMR regelmäßig auch für Art. 6 III EMRK. Der EGMR leitet das aus der Argumentation ab, daß zwar grundsätzlich die in Absatz 3 kodifi-

²²⁸ So auch *L/R-Gollwitzer*, MRK Art. 6, Rn 137; *Ulsamer* in FS Zeidler, 1799, 1806.

²²⁹ *Walischewski*, S. 87; *Frister* in StV 1998, 159, 159.

²³⁰ *Frister*, a.a.O..

²³¹ *Frister*, a.a.O..

²³² Neumeister- Urteil EGMR, Bd. 1, S. 179, Ziffer 18.

²³³ Engel- Urteil in EuGRZ 1976, 221, 231 sowie Öztürk- Urteil in EuGRZ 1985, 62 ff..

zierten Garantien in erster Linie der Gewährleistung eines fairen Verfahrens *vor Gericht* dienen, im Ermittlungsverfahren jedoch grundsätzlich auch Geltung beanspruchen müßten, um die Fairneß des Strafverfahrens insgesamt nicht zu beeinträchtigen.²³⁴ Man könnte insoweit auf die eingangs gemachten Ausführungen zur Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für die Hauptverhandlung verweisen²³⁵, in denen bereits von der prägenden Kraft des Ermittlungsverfahrens für die Hauptverhandlung die Rede war. Da aber die Fairneß des Verfahrens nur „mittelbar“, durch die prägende Kraft, beeinträchtigt werden kann, können auch die Garantien zwar grundsätzlich Geltung beanspruchen, nicht jedoch notwendigerweise in gleichem Maße wie in der Hauptverhandlung, sondern nur unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Falles.²³⁶ Dabei ist auf die Sinnorientierung der jeweiligen Garantie als entscheidenden Anhaltspunkt zurückzugreifen.²³⁷

c. Akteneinsicht vom Recht auf Selbstverteidigung umfaßt?

Es ist also zu klären, ob die Aussage des Art. 6 III c) EMRK dahingehend zu verstehen ist, daß sich der Beschuldigte auch im Ermittlungsverfahren auf das Recht zur „Selbstverteidigung“²³⁸ berufen kann. Das Recht, sich selbst zu verteidigen, folgt aus der Forderung, den Beschuldigten (und an dieser Stelle soll dieser Terminus mit Absicht benutzt werden, um nicht von vorneherein eine Beschränkung auf die Hauptverhandlung auszudrücken) im Verfahren als eigenverantwortliches Subjekt anzusehen, was wiederum eine Ausprägung der Menschenwürde ist.²³⁹ Grundsätzlich ist mit dem Recht, sich selbst zu verteidigen, die Ausübung der Gesamtheit der Verteidigungsrechte gemeint. Das hieße in bezug auf den Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, daß das Recht zur Akteneinsicht wenigstens im Grundsatz gewährleistet sein müßte, weil nur so der Garantie der Selbstverteidigung eine grundsätzliche Geltung verschafft werden könnte. Der Beschuldigte müßte das Recht auf Akteneinsicht also im Prinzip selbst wahrnehmen können.

Allerdings heißt das nicht auch automatisch, daß die Gesamtheit der Verteidigerrechte auch *vom Beschuldigten in eigener Person* wahrgenommen werden können muß. Vielmehr wird auch vertreten, daß die Konventionen ein Recht auf Selbstverteidigung nur alternativ zur Verteidigung durch den Verteidiger gewährleiste, da beide Möglichkeiten das kontradiktorische Verfahren zu sichern geeignet seien.²⁴⁰ Davon ausgehend wäre es auch nicht als konventi-

²³⁴ Murray- Urteil in EuGRZ 1996, 587, 592

²³⁵ Teil I, A. I..

²³⁶ Frister, a.a.O., S. 160.

²³⁷ L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 161.

²³⁸ Der Verfasser bittet den Terminus hier nicht im strafrechtlich- materiellen Sinne zu verstehen.

²³⁹ L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 192.

²⁴⁰ EGMR in EuGRZ 1978, 314 ff. (Entscheidung im Fall der Haft von Baader, Ensslin, Meinhof, Raspe).

onswändig anzusehen, wenn man nicht dem Beschuldigten persönlich, sondern „nur“ seinem Verteidiger das Recht auf Akteneinsicht einräumte. Die Rechte müßten aus Konventionssicht nicht notwendigerweise dem Beschuldigten selbst, vielmehr der *Verteidigung insgesamt*²⁴¹, zustehen. So wäre es nach *Gollwitzer* als Konsequenz dessen auf nationaler rechtlicher Ebene möglich, eine Regelung zu treffen, die einzelne Verteidigungsrechte dem Beschuldigten vorenthält, sie aber dem Verteidiger zuweist und damit der Verteidigung insgesamt zur Verfügung stellt.²⁴²

Gegen diese Begründung kann man zum einen anführen, daß ihr in der Gänze der Kommentierung eine Tendenz zugrundeliegt, die eher dahin geht, „die StPO auf die Anforderungen der EMRK zu „trimmen“, um Konflikte mit der EMRK zu vermeiden“²⁴³ und die zudem gleichsam als „Totschlagargument“ pauschal auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege zurückgreift, um dem Beschuldigten durch die Konvention eingeräumte Rechte wieder zu nehmen. Darin liegt eine Abwertung der durch die Konvention garantierten Rechte, denen bei einer solchen Betrachtungsweise mehr oder weniger nur noch symbolische Bedeutung zukommt.²⁴⁴ Außerdem ergibt sich bei der Betrachtung insgesamt die Gefahr, den Aufklärungsinteressen des Staates absoluten Rang einzuräumen und sich damit von der Funktion der EMRK, dem Beschuldigten seine Mindestrechte zu erhalten, immer weiter zu entfernen.²⁴⁵

Man kann zum anderen einfach auch das Recht, sich selbst zu verteidigen, wie es in Art. 6 III c) EMRK verbrieft ist, betrachten und sich die Frage stellen, welche Gründe es denn eigentlich dafür geben sollte, ein Recht, das nach dem klaren Wortlaut der Konvention *ausdrücklich dem Beschuldigten* (bzw. dem „Angeklagten im materiellen Sinne“) zugewiesen ist, der Verteidigung insgesamt und damit dann letztlich – wie das gerade in bezug auf das Akteneinsichtsrecht passiert²⁴⁶ – *nur* dem Verteidiger zuzuweisen.

Zunächst kommt man allerdings nicht um den Wortlaut des Art. 6 III c) EMRK herum. Dieser gibt nicht der „Verteidigung insgesamt“, sondern dem Beschuldigten das Recht, sich selbst zu verteidigen. Art. 6 III c) EMRK macht auch vom Wortlaut her nur so Sinn: Wieso sollte man der „Verteidigung insgesamt“ das Recht geben, sich selbst zu verteidigen? Die Konstituierung eines Rechts auf *Selbstverteidigung* setzt denknötwendig voraus, daß dieses Recht von dem

²⁴¹ L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 193.

²⁴² L/R-Gollwitzer, a.a.O..

²⁴³ *Walischewski*, S. 93.

²⁴⁴ *Walischewski*, a.a.O.; dieselbe Tendenz, den Garantien, speziell derjenigen aus Art. 6 III c) bzw. Art. 5 IV EMRK, eine beinahe nur symbolische Bedeutung zukommen zu lassen, ist auch in einigen Urteilen der Rechtsprechung zu erkennen, in denen dem unverteidigten Beschuldigten die Rechte aus der EMRK immer nur im Wege einer Pflichtverteidigung (die speziell für die und nur zur Akteneinsicht nötig sein sollte) eingeräumt werden und man sich des Eindrucks nicht erwehren kann, daß alles getan wird, um nur ja nicht dem Beschuldigten selbst ein Recht einzuräumen.

²⁴⁵ *Walischewski*, S. 92 f..

wahrgenommen wird, der zu verteidigen ist, also dem Beschuldigten und nur ihm. Der von der Konvention gewollte Grundfall ist also der des Sich – Selbst – Verteidigens durch den Beschuldigten, die Wahrnehmung von Rechten durch *ihn selbst*.

Es wurde bereits angedeutet, daß sich in der Literatur zur Begründung der Zuteilung des Rechts zum Verteidiger häufig das Argument findet, dies geschehe, um dem Aufklärungsinteresse des Staates ausreichend Rechnung zu tragen.²⁴⁷ Eine Einschränkung der Rechte des Beschuldigten sei dann möglich, wenn sie durch die Interessen der Rechtspflege, einschließlich des Schutzes des Beschuldigten, gerechtfertigt sei.²⁴⁸ In bezug auf den Fall des Akteneinsichtsrechts müßte also, will man nicht unkritisch die Feststellung, die sich in der Literatur findet²⁴⁹, übernehmen, ein Interesse der Rechtspflege gegeben sein, das es rechtfertigte, die durch Art. 6 III c) EMRK gewährte Garantie der „Selbstverteidigung“ dem Beschuldigten zu nehmen, um es dem Verteidiger zur alleinigen Ausübung zuzuteilen.

In Frage kommen hier in der Hauptsache die Aktenintegrität und die Sicherung des Ermittlungszweckes, die auch der gesetzgeberischen Konzeption des § 147 StPO zugrunde lagen.²⁵⁰ Beide Argumentationsstränge halten sich hartnäckig, sind aber – wie gezeigt – nicht stichhaltig.²⁵¹ Sie vermögen unter heutigen Gesichtspunkten bereits *die in der StPO enthaltene* Bindung des Akteneinsichtsrechts an die Person des Verteidigers nicht zu rechtfertigen. Aus den genannten Erwägungen heraus können sie daher erst recht keine Begründung dafür sein, den in Art. 6 III c) EMRK enthaltenen Grundfall des Rechts auf *Selbstverteidigung* durch den Beschuldigten selbst in der Konstellation des Akteneinsichtsrechts zu durchbrechen. Die Interessen der Rechtspflege können daher eine solche „Umverteilung“ der Konventionsgarantien nicht rechtfertigen.

Es bleibt zu klären, inwiefern eine Wahrnehmung der Garantie durch den Verteidiger im Fall des Akteneinsichtsrechts zum Schutz des Beschuldigten gerechtfertigt ist, der von Teilen der Literatur freilich auch den Interessen der Rechtspflege zugeschlagen wird.²⁵² Zunächst soll darauf hingewiesen werden, daß es bereits im Grundsatz bemerkenswert erscheint, dem Beschuldigten unter Hinweis auf die Wahrung seiner Interessen ein Recht zu nehmen. Es spräche in einem solchen Fall vieles dafür, daß man ihn eher als Geschäftsunfähigen denn als Betreuten ansähe. Außerdem könnte es gefährlich sein, den Schutz des Beschuldigten vor sich selbst auf diese Weise vorzunehmen. So wird nämlich der Schutz des Beschuldigten von

²⁴⁶ L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 194.

²⁴⁷ So gefunden bei *Walischewski*, S. 93.

²⁴⁸ L/R-Gollwitzer, a.a.O., Rn 194 m.w.N..

²⁴⁹ L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 194.

²⁵⁰ S.o., 2. Teil A. I. 1.a.aa.

²⁵¹ S.o., 2. Teil A. I. 1.b..

²⁵² L/R-Gollwitzer, a.a.O., Rn 194.

staatlicher Seite gleichsam monopolisiert: Man betrachtet den Beschuldigtenschutz als Teil der Interessen der Rechtspflege. Dann entscheidet nämlich letztlich die Rechtspflege darüber, wie der Beschuldigte geschützt wird. Das mutet ein wenig merkwürdig an, wenn man sich einmal vor Augen führt, vor wem man den Beschuldigten eigentlich schützen will: vor sich selbst wohl auch, aber vor allem doch genau vor willkürlichen Auswüchsen des Staates, der ihn dann aber gleichzeitig beschützen soll.

Will man aber den Beschuldigten tatsächlich, wie es das Bundesverfassungsgericht und die Menschenwürde aus Art. 1 GG vorgeben, als Verfahrenssubjekt und mündigen Bürger behandeln, kann man ihn nicht schon aufgrund seiner Beschuldigtenstellung vor sich selbst schützen wollen und so dann zwar nicht zum Objekt staatlicher Inquisition, mindestens aber zum Objekt staatlichen Schutzes machen. Der Beschuldigtenschutz kann also zum einen nicht von dem vorgenommen werden, demgegenüber er bestehen soll, und zum anderen dem Beschuldigten nicht gegen seinen Willen staatlicherseits auferlegt werden.

Darüber hinaus ist aber auch nicht recht ersichtlich, wieso es zum Schutz des Beschuldigten nötig sein sollte, *nur* dem Verteidiger das Akteneinsichtsrecht einzuräumen und die Ausgangsvermutung von Art. 6 III c) EMRK zu verlassen. Denkbar wäre ja z.B., daß man als Begründung angibt, man wolle nicht, daß der Beschuldigte bei der Durchsicht der Akten eine wichtige Stelle übersieht und dadurch gewisser Rechte verlustig wird. Das mag zwar eine sehr stichhaltige Begründung dafür sein, warum man a) dem Verteidiger ein Akteneinsichtsrecht gibt und b) den Fall der notwendigen Verteidigung für so gelagerte Fälle eingeführt hat. Es beinhaltet allerdings keine Begründung dafür, warum dem Beschuldigten eine Akteneinsicht selbst gar nicht möglich sein soll: Liegt der Fall kompliziert, sind aufgrund der schwierigen Rechts- oder Tatsachenlage oder der Schwere der Beschuldigung erhebliche Nachteile für den Beschuldigten zu besorgen, ist nach § 140 (I oder II) StPO ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben. Durch dieses Institut geschieht Beschuldigtenschutz bei Akteneinsicht. Hierfür ist allerdings nur nötig, daß zum einen dem Beschuldigten ein Verteidiger beigeordnet werden kann und dieser zum anderen ein Akteneinsichtsrecht hat. Nicht nötig ist hingegen, dem Beschuldigten das ihm zustehende Recht auf Akteneinsicht zu nehmen. Dadurch wird ein Verteidiger nichts übersehen, was er bei einem nur ihm zustehenden Einsichtsrecht gesehen hätte. Mit anderen Worten: Auch der Schutz des Beschuldigten kann es nicht rechtfertigen, ihm die Ausübung des in Art. 6 III c) EMRK garantierten Rechts zu nehmen und es über den Umweg der „Verteidigung insgesamt“ letztlich doch nur der Person des Verteidigers zuzugestehen. Es gibt demnach keinen Grund dafür, vom Wortlaut des Art. 6 III c) EMRK abzuweichen und dem Beschuldigten die Ausübung des Rechts auf Selbstverteidigung im Falle des Aktenein-

sichtsrechts unmöglich zu machen. Art. 6 III c) EMRK ist demnach so zu verstehen, daß der Beschuldigte ein eigenes Recht auf Akteneinsicht auch schon im Ermittlungsverfahren hat und dieses auch selbst ausüben kann.

d. Auswirkungen auf § 147 I StPO

Als nächstes ist zu klären, inwiefern das § 147 StPO beeinflussen kann: Wie bereits dargestellt wurde, ist davon auszugehen, daß die EMRK im nationalen deutschen Recht den Rang eines einfachen Bundesgesetzes hat. Fraglich ist, welche Konsequenzen sich hieraus für das Verhältnis von Art. 6 III c) EMRK in seinem hier vertretenen Verständnis zu § 147 StPO ergeben.²⁵³ Betrachtet man zunächst § 147 I StPO, der das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers regelt, so spricht der ausschließlich vom Verteidiger und erwähnt den Beschuldigten nicht. In seiner heutigen Fassung besteht Absatz 1 des § 147 StPO seit dem 1. Strafverfahrensreformgesetz (1. StVRG) von 1964.²⁵⁴ Die EMRK und damit auch Art. 6 III c) EMRK sind in der Bundesrepublik Deutschland am 3.9.1953 in Kraft getreten.²⁵⁵ Es handelt sich also zunächst einmal bei § 147 I StPO in seiner heutigen Fassung um ein zeitlich nach Art. 6 III c) EMRK entstandenes Gesetz. Der Grundsatz in diesen Fällen ist der, daß im Falle eines Widerspruches zwischen *lex anterior* und *lex posterior* letzteres vorgeht. Ein solcher Widerspruch besteht aber nur dann, wenn nicht durch vertretbare Auslegung die Gesetze in Einklang gebracht werden können.²⁵⁶ Im Falle von § 147 I StPO und Art. 6 III c) EMRK wäre ein Widerspruch also nur dann anzunehmen, wenn § 147 I StPO zwingend so auszulegen sein müßte, daß damit – in bewußter Abweichung von Art. 6 III c) EMRK – gemeint ist, *nur* dem Verteidiger unter Ausschließung des Beschuldigten ein solches Recht zu geben. Ein Widerspruch bestünde hingegen nicht, wenn man dem Gesetzgeber unterstellte, er habe regeln wollen, daß der Verteidiger jedenfalls ein Akteneinsichtsrecht haben solle, nicht hingegen, daß dem Beschuldigten selbst ein solches nicht zustehen solle.

Geht man von den Materialien zur ursprünglichen StPO - Gesetzgebung²⁵⁷ aus, so hatte der Gesetzgeber ursprünglich schon die Vorstellung, das Akteneinsichtsrecht *nur* dem Verteidiger zuzugestehen. Wie aber ebenfalls gezeigt wurde, können die zur Begründung dieser Ansicht angeführten Argumente nicht (mehr) überzeugen. Man müßte also die Frage stellen, ob der Gesetzgeber, als er 1964 § 147 I StPO neu regelte, dieses im klaren Bewußtsein tat, daß 1) nur dem Verteidiger ein solches Akteneinsichtsrecht zustehen sollte und 2) durch diese Neufor-

²⁵³ Nach Haas in NStZ 1999, 442, 444, bedarf es einer gesetzlichen Regelung, die diese Situation auflöst.

²⁵⁴ L/R-Lüderssen, zu § 147 Entstehungsgeschichte.

²⁵⁵ L/R-Gollwitzer, MRK Einl., Rn 2.

²⁵⁶ L/R-Gollwitzer, a.a.O., Rn 22.

²⁵⁷ Hahn, Materialien III, S. 964 ff..

mulierung vom Wortlaut des Art. 6 III c) EMRK abgewichen werden sollte. Über 1) mag man sich trefflich streiten. Wahrscheinlich ist allerdings, daß bei der Neuregelung die bis dahin bestehende Konzeption von einem an die Person des Verteidigers gebundenen Akteneinsichtsrecht mehr oder weniger übernommen worden ist, ohne daß hier noch einmal große dogmatische Erwägungen eine Rolle gespielt haben dürften.

Diese Frage ist allerdings auch nicht von allzu großem Gewicht: Von ungleich größerer Bedeutung ist nämlich 2), also das *bewußte* Abweichen von der EMRK durch ein späteres, gleichrangiges Gesetz. Natürlich ist es grundsätzlich möglich, eine bereits bestehende gesetzliche Norm durch eine neue, spätere zu ersetzen (*lex posterior derogat legi anteriori*, s.o.). Doch ist das hier nicht ganz so einfach festzustellen, da es sich bei dem bereits bestehenden Gesetz um eine inkorporierte Norm aus einem völkerrechtlichen Vertrag, eben der EMRK, handelt. Ein solcher zieht Verpflichtungen für die Bundesrepublik Deutschland nach sich. Angesichts dessen ist grundsätzlich nicht davon auszugehen, daß der Bundesgesetzgeber sich mit einem Gesetz über die von ihm selbst eingegangenen Verpflichtungen hinwegsetzen wollte. Dies wäre nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts und der ganz herrschenden Meinung nur dann anzunehmen, wenn er den Willen zu einem solchen Vorgehen entgegen den Verpflichtungen aus völkerrechtlichen Verträgen klar und ausdrücklich bekundet hätte.²⁵⁸ Das ist hier jedoch nicht der Fall. Hat aber der Gesetzgeber ein Solches nicht zum Ausdruck gebracht, sind auch die zeitlich späteren Gesetze dahingehend auszulegen, daß sie die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland berücksichtigen und ihnen nicht zuwiderlaufen.²⁵⁹ Dementsprechend ist § 147 I StPO so auszulegen, daß dem Verteidiger nicht alleine das Akteneinsichtsrecht zusteht, sondern vielmehr ein solches Recht neben dem des Beschuldigten aus Art. 6 III c) EMRK besteht.

e. Die Neueinführung von § 147 VII StPO durch das StVÄG 1999

Nicht ganz dieselbe, aber eine ähnliche Problematik hat die Gesetzesänderung eröffnet, die im Rahmen des StVÄG 1999 geschah. Hierdurch wurde in § 147 StPO u.a. ein Absatz 7 neu eingefügt, der dem unverteidigten Beschuldigten nun u.U. auch *expressis verbis* einen Auskunfts- und Ablichtungsanspruch zugesteht, den man mit etwas gutem Willen als einem Akteneinsichtsrecht nahekommend bezeichnen könnte.²⁶⁰ Man könnte nunmehr argumentieren, daß der Gesetzgeber durch das StVÄG von 1999 nur dem unverteidigten Beschuldigten

²⁵⁸ BVerfGE 74, 358, 370; L/R-Gollwitzer, a.a.O..

²⁵⁹ BVerfGE, a.a.O.; L/R-Gollwitzer, a.a.O..

²⁶⁰ Wortlaut des neuen § 147 VII 1 StPO: „Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, können Auskünfte und Ablichtungen aus den Akten erteilt werden, sofern nicht der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen.“

die Ausübung des Akteneinsichtsrechts möglich machen wollte, mithin im Gegenschluß, daß er dem verteidigten Beschuldigten die Ausübung nicht ermöglichen wollte. Diese Argumentation setzte zunächst einmal voraus, daß dem unverteidigten Beschuldigten ein Recht zur Ausübung der Akteneinsicht auch wirklich zusteht. Wenn man den Wortlaut des neuen Absatzes 7 in § 147 StPO betrachtet, fällt auf, daß dieser sich von dem des Absatzes 1 unterscheidet: In Absatz 1 ist davon die Rede, daß der Verteidiger befugt ist, die Akten zu besichtigen. Absatz 7 hingegen sagt nur, daß dem unverteidigten Beschuldigten Auskünfte und Ablichtungen erteilt werden *können*. Anders ausgedrückt: Im Falle des Absatzes 1 hat der Verteidiger grundsätzlich einen Anspruch auf Gewährung der Akteneinsicht, Absatz 7 hingegen scheint dem unverteidigten Beschuldigten lediglich eine Art ermessensabhängigen Anspruch auf Auskünfte und Ablichtungen (und damit eben auch nicht auf eine eigentliche Akteneinsicht) zu geben. Das geht auch aus der Begründung zum StVÄG hervor, worin betont wird, der Beschuldigte habe lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung bei der Erteilung von Auskünften oder Abschriften. Vergleichbar soll dieser Anspruch nach dem Willen des Gesetzgebers mit dem aus § 406 e V StPO sein.²⁶¹ Um nun die Struktur und den Umfang des neuen Absatzes 7 in § 147 StPO besser verstehen zu können, scheint es angebracht, zu betrachten, wo genau die Unterschiede zu Absatz 1 liegen und welches Verständnis vom Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten der Neuregelung zugrunde liegt.

Absatz 1 in § 147 StPO geht vom Regelfall des Rechts auf Akteneinsicht aus. Läse man ihn nicht in Zusammenhang mit Absatz 2, hätte der Verteidiger ein unbegrenztes und unbegrenzbares Akteneinsichtsrecht.²⁶² Im neuen Absatz 7 hingegen steht die Einräumung des Rechtes von Anfang an unter dem Vorbehalt, daß der Untersuchungszweck durch die Akteneinsicht nicht gefährdet werden könnte und außerdem nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Man hat damit – jedenfalls durch die erste Bedingung – die Einschränkung aus Absatz 2 gleichsam in Absatz 7 schon eingebaut.

Zum weiteren Verständnis dieses Absatzes können zwei Dinge beitragen: einerseits die Begründung des eingebrachten Gesetzesentwurfes, andererseits ein Blick auf § 406 e V StPO.

Die Begründung des Entwurfes führt zur Entstehungsgeschichte des neuen Absatzes in der Hauptsache an, daß es nach herrschender Ansicht bisher sowieso schon möglich war, dem Beschuldigten Informationen zukommen zu lassen, die einer vollen Akteneinsicht gleichkommen können, sofern kein Schaden für das Verfahren zu befürchten war. Bisher konnte das aufgrund von Nr. 185 IV S. 2 der Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfah-

²⁶¹ Bundestagsdrucksache 14/1484, S. 22.

²⁶² Auf das spezielle Problem des Mißbrauchs kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden, da das den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

ren (RiStBV) nach pflichtgemäßem Ermessen der Staatsanwaltschaft geschehen.²⁶³ Der Gesetzgeber wollte, das geht aus der Begründung hervor, mit der Einfügung des Absatzes 7 in § 147 StPO dieser Informationsgewährung eine rechtliche Grundlage geben, insbesondere auch um Rechte beteiligter Dritter (informationelles Selbstbestimmungsrecht) zu schützen, was – wie angefügt wird – verfassungsrechtlich geboten sei.²⁶⁴ Zur Struktur des Anspruchs sagt der Gesetzgeber in der Begründung explizit, daß es sich zum einen nicht um einen Anspruch auf Einsichtsgewährung handelt, sondern nur um einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung bei der Erteilung von Auskünften oder Abschriften; zum anderen wird bereits in der Begründung betont, daß der Anspruch von vorneherein ausgeschlossen sein soll, wenn eine Untersuchungszweckgefährdung möglich ist oder schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Im Unterschied zu § 147 I StPO entsteht dann der Anspruch gar nicht erst. Bei § 147 I StPO entsteht der Anspruch auf Akteneinsicht, ohne daß die Staatsanwaltschaft darauf in irgendeiner Form Einfluß hätte oder Ermessen ausüben könnte. Hier setzt das Ermessen erst auf der nächsten Stufe an: Die Beschränkungsmöglichkeit des § 147 II StPO ist so ausgestaltet, daß sie von der Staatsanwaltschaft nach pflichtgemäßem Ermessen²⁶⁵ wahrgenommen werden kann, sofern die Voraussetzung vorliegt (Gefährdung des Ermittlungszwecks). Als Folgerung hieraus bleibt demnach festzuhalten, daß sich bereits die Anspruchsstrukturen aus § 147 I und VII StPO grundlegend unterscheiden.²⁶⁶ Um diesen Unterschied und insbesondere den Grund hierfür besser erfassen zu können, bietet es sich an, einen Blick auf § 406 e V StPO zu werfen, der in der Begründung für das StVÄG auch *expressis verbis* erwähnt wird. Das erscheint auch deshalb durchaus geboten, weil nur auf diesem Wege zu klären ist, inwiefern die vorher gefundene Interpretation von Art. 6 III c) EMRK geeignet ist, die Auslegung von § 147 VII StPO zu beeinflussen.

Der neue Absatz 7 in § 147 StPO ist § 406 e V StPO nachgebildet, der durch Art. 1 Nr. 15 OpferschutzG eingefügt wurde. Man kann wohl davon ausgehen, daß der Gesetzgeber bei § 147 VII StPO ein ähnliches Verhältnis zu Absatz 1 annehmen wollte wie zwischen § 406 e V und I StPO. Daher ist zunächst festzustellen, daß nach der Intention des Gesetzgebers ein Vorrang der Akteneinsicht vor der Auskunft besteht, also jeweils der Anspruch aus Absatz 1 der betreffenden Vorschrift dem aus Absatz VII bzw. V vorrangig ist²⁶⁷, was ein weiterer Anhaltspunkt dafür ist, daß hier kein Akteneinsichtsanspruch des nicht-verteidigten Beschuldigten vorliegt.

²⁶³ KK-*Laufhütte* zu § 147, Rn 2.

²⁶⁴ Bundestagsdrucksache 14/1484, S. 22.

²⁶⁵ *Zacharias*, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, S. 207.

²⁶⁶ So auch *Dedy* in StraFo 2001, 149, 153.

²⁶⁷ Insoweit zu § 406 e: L/R-*Hilger*, zu § 406 e, Rn 4.

Als Resultat bleibt vorerst festzuhalten, daß aus allen bisher gesehenen Gesichtspunkten dem unverteidigten Beschuldigten nicht die Möglichkeit eingeräumt werden sollte, das ihm zustehende Akteneinsichtsrecht selbst wahrzunehmen. § 147 VII StPO ist also ein von § 147 I StPO wesensmäßig zu unterscheidender Anspruch.²⁶⁸ Er stellt sich denn auch gar nicht als eine Norm dar, deren *unmittelbares* Ziel der Schutz der Rechte des Beschuldigten ist. Vielmehr waren Sinn und Zweck seiner Einführung, daß den Behörden die Möglichkeit gegeben werden sollte, Auskünfte zu erteilen und dies auf einem verlässlicheren – verfassungsrechtlich unbedenklicheren – Wege als bis dato über Nr. 185 IV 2 RiStBV.

Man hielt das darüber hinaus wohl auch deshalb für notwendig, weil es in den letzten Jahren eine Reihe von Urteilen²⁶⁹ gab, die deutlich machten, daß auch dem unverteidigten Beschuldigten aus Gründen der Prozeßfairneß die Auskunfterteilung ermöglicht werden mußte. Ein solcher Auskunftsanspruch ist teilweise durch eine Auskunftserteilung seitens der Behörden unter Rückgriff auf Nr. 185 IV 2 RiStBV geschehen. Das erfolgte mit dem Hinweis darauf, daß § 147 II StPO zwar keinen Anspruch des Beschuldigten selbst auf Akteneinsicht enthalte, aber auch kein Verbot eines solchen²⁷⁰, teilweise auch durch die Idee, in diesen Fällen die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung als gegeben anzusehen.²⁷¹ Im Vordergrund der Neuregelung stand also die Erreichung einer gewissen Rechtssicherheit für die Staatsanwaltschaft, die durch die Gewährung der Auskünfte den Erfordernissen der Urteile nationaler Gerichte²⁷² des EGMR²⁷³ nachkommen müssen.²⁷⁴

²⁶⁸ So auch im Alternativ- Entwurf; Reform des Ermittlungsverfahrens, S. 54.

²⁶⁹ KG in StV 1993, 5, 5 f.; LG Tübingen in StV 1999, 642; BayObLG in StV 1991, 294 (die alle einen Fall notwendiger Verteidigung zur Ermöglichung der Akteneinsicht annehmen) sowie LG Hamburg in NJW 1993, 3152 (das ein Akteneinsichtsrecht eines sich selbst verteidigenden Rechtsanwalts annahm).

²⁷⁰ Vgl. etwa Gerichtsentscheidungen, diese Fälle betreffend: für einfach gelagerte Fälle LG Hamburg NJW 1993, 3152; bei Notwendigkeit der Mitwirkung des Beschuldigten zur Ermöglichung einer sachgerechten Verteidigung OLG Köln in StV 1999, 12 sowie OLG Zweibrücken in NJW 1977, 1699; vgl. dazu auch *Welp* in FS für Karl Peters, 309, 313 f., der aber darauf hinweist, daß dem Beschuldigten aus Gründen der Aktenintegrität nur Kopien zur Verfügung gestellt werden dürften, und dies – ohne zusätzliche Erläuterung – auch nur bzgl. von Akteilen, nicht jedoch bzgl. der gesamten Akte.

²⁷¹ Vgl. LG Tübingen, KG und BayObLG, a.a.O. sowie LG Mainz NJW 1999, 1271 f.; mit grundsätzlicher Kritik, speziell am letztgenannten Urteil, *Dörr* in JuS 2000, 287 f..

²⁷² Vgl. oben, vorangehende Fn.

²⁷³ EuGRZ 1976, 221, 231; 1985, 62 ff.; 1996, 587, 592; eine nicht unerhebliche Rolle dürfte auch die Lamy-Entscheidung (StV 1993, 283 f.) gespielt haben.

²⁷⁴ Es bleibt freilich fraglich, ob das durch die Neuregelung erreicht werden wird; festzustellen ist jedenfalls, daß es mehr als zweifelhaft ist, ob die nun für den nicht-verteidigten Beschuldigten gefundenen Regelungen für diesen ebenso Sinn machen, wie sie es in der Situation des Verletzten aus § 406 e V StPO machen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, daß die Lage des Verletzten eine grundlegend andere ist als die des Beschuldigten. Für ihn ist das Mittel der Akteneinsicht von einer zentralen Bedeutung, die in dieser Form für den Verletzten nicht gegeben ist, vgl. etwa *L/R-Hilger*, zu § 406 e, Rn 3. Es macht in diesem Zusammenhang auch nicht unbedingt Sinn, die zusätzliche Beschränkungsmöglichkeit der Gefährdung schutzwürdiger Interessen Dritter einzuführen (so auch *Bosch* in StV 1999, 333, 336). Geht man nämlich davon aus, daß der Verteidiger das allumfängliche und nur durch die absichtliche Verfahrenszweckgefährdung beschränkbare Weitergaberecht an den Beschuldigten hat, so kann das auch durch schutzwürdige Interessen Dritter nicht ausgeschlossen sein. Es ist aber nicht einsichtig, wieso der verteidigte Beschuldigte in seiner Lage dann letztlich besser gestellt werden soll. Darüber

Für das in Rede stehende Thema ist angesichts all dessen vor allem von Bedeutung, daß dem unverteidigten Beschuldigten *kein ausdrücklicher Anspruch auf Akteneinsicht* eingeräumt werden sollte.²⁷⁵ Was nun die Frage angeht, ob aus der Neuregelung des § 147 VII StPO irgendwelche Schlüsse hinsichtlich des Akteneinsichtsrechtsanspruch des Beschuldigten aus Art. 6 III c) EMRK zu ziehen sind, bietet sich zunächst die Schlußfolgerung an, daß der Gesetzgeber hier 1) nur dem unverteidigten Beschuldigten ein Recht und 2) nicht einmal diesem ein dem Recht des Verteidigers vergleichbares einräumen wollte. Woraus dann im Umkehrschluß zu folgern wäre, daß er dem Beschuldigten insgesamt (sprich: auch dem verteidigten Beschuldigten) auf gar keinen Fall einen direkten Anspruch auf Akteneinsicht einräumen wollte, mithin mit der Neuregelung des § 147 VII StPO bewußt von Art. 6 III c) EMRK abgewichen ist. Dann wäre diese Neuregelung *lex posterior* und daher als gegenüber der inkorporierten EMRK vorgehend anzusehen. Der Beschuldigte selbst könnte die Akteneinsicht nicht ausüben, woran auch die hier bereits erörterte Interpretation von Art. 6 III c) EMRK nichts ändern könnte.

Dieser Ansatz läßt allerdings zwei entscheidende Gesichtspunkte außer Acht:

Erstens hatte der Gesetzgeber bei der Einführung von § 147 VII StPO im Rahmen des StVÄG von 1999 wohl eine andere Interpretation von Art. 6 III c) EMRK im Kopf, nämlich die der herrschenden Ansicht.²⁷⁶ Man kann also nicht davon ausgehen, daß der Gesetzgeber bei der Novelle im Jahre 1999 diese im Glauben unternahm, der Beschuldigte habe durch Art. 6 III c) EMRK bereits ein eigenes Akteneinsichtsrecht und mit dem neuen § 147 VII StPO werde das nun nachträglich – im Gegensatz zur EMRK – geändert. Vielmehr ist anzunehmen, daß hier aus den genannten Gründen eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, diesen ohne verfassungsrechtliche Probleme und insbesondere auf eine Art und Weise nachzukommen, die den zuständigen Behörden (i.e. den Staatsanwaltschaften) ein Handeln im rechtssicheren Raum ermöglichte. Es war also mit Sicherheit nicht Ziel dieser Regelung, ein durch die EMRK dem Beschuldigten bereits eingeräumtes Recht wieder zu entziehen.

hinaus ist auch die Struktur des Anspruchs auf eine ermessensfehlerfreie Prüfung nicht ganz nachvollziehbar, ist doch aus dem Gebot eines fairen Verfahrens, das auch für den unverteidigten Beschuldigten gilt, zu folgern, daß diesem, jedenfalls wenn keine Ermittlungszweckgefährdung gegeben ist, die betreffende Auskunft zu erteilen ist, letztlich also das Ermessen in den Fällen des Nicht- Vorliegens der Ausschlußgründe immer auf null reduziert wäre. Einen solchen Anspruch als Ermessensanspruch auszugestalten, ist nicht sinnvoll (vgl. auch *Bosch*, a.a.O.). Davon abgesehen ist es auch in höchstem Maße bedenklich, die Verteidigungsrechte des unverteidigten Beschuldigten durch die Abhängigkeit vom Ermessen der Staatsanwaltschaft zur Disposition der Instanz zu stellen, gegen die sich die Verteidigung richtet (insoweit bzgl. des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums von 1982 schon *Welp* in FS für Karl Peters, 309, 314, der zudem richtigerweise darauf hinweist, daß es nur plausibel sei, das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten in gleichem Maße zu begrenzen wie das des Verteidigers).

²⁷⁵ *Dedy* in StraFo 2001, 149, 153, spricht davon, daß die Einführung des § 147 VII StPO nicht zur sicheren Verankerung des Akteneinsichtsrechts geführt habe, sondern zu dessen Relativierung.

²⁷⁶ Die sich freilich im Laufe der vorangegangenen Erörterungen als falsch herausgestellt hat, s.o..

Man mag nun dem entgegenhalten, daß der entgegenstehende Wille des Gesetzgebers auch darin zum Ausdruck gekommen sei, daß er nur dem unverteidigten Beschuldigten das Recht eingeräumt habe, und eben nicht dem verteidigten Beschuldigten. Hierdurch – so könnte man folgern – sei, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch dem Sinn nach, klar geworden, daß ein solches Recht nach dem Willen des Gesetzgebers auf die Person des unverteidigten Beschuldigten beschränkt bleiben sollte.

Dagegen läßt sich allerdings schon die Begründung des Gesetzgebers selbst einwenden: In dieser wird angeführt, die Beschränkung auf die Person des unverteidigten Beschuldigten sei lediglich aus verfahrensökonomischen Gründen geschehen²⁷⁷, also nicht aus grundsätzlichen Erwägungen heraus. Dem ist noch hinzuzufügen, daß es bereits 1982 einen Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums gab, der ein Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten vorsah, unabhängig davon, ob dieser verteidigt oder unverteidigt war.²⁷⁸ Das ist ein zusätzliches Indiz dafür, daß die Nicht- Erwähnung des verteidigten Beschuldigten im neuen § 147 VII StPO *nicht* aus schwerwiegenden dogmatischen Gründen geschah, die den Gesetzgeber im Zweifel auch hätten bewegen können, in Kenntnis der hier vertretenen (richtigen) Auslegung von Art. 6 III c) EMRK die Regelung des § 147 VII StPO genauso zu treffen und damit die inkorporierte EMRK teilweise außer Kraft zu setzen.

Zweitens ist zu beachten, daß das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die ganz herrschende Meinung in der Literatur später erlassenes Bundesrecht angesichts inkorporierten Völkerrechts so auslegt, daß dieses nicht gegen die Verpflichtungen der Bundesrepublik aus völkerrechtlichen Verträgen verstößt.²⁷⁹ Diese Aussage schließt eine hypothetische Prüfung ein, die etwa folgende Frage nach sich zieht: Hätte der Gesetzgeber in Kenntnis der Tatsache, daß inkorporiertes Völkerrecht möglicherweise entgegensteht, die Regelung dennoch in dieser Form getroffen, mithin: Wäre ihm wenigstens *dolus eventualis* hinsichtlich der Verletzung von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik zu unterstellen? Und genau hier gibt das Bundesverfassungsgericht den Maßstab vor, indem es dem Gesetzgeber (hoffentlich zu Recht!) den grundsätzlichen Willen unterstellt, *nicht* gegen diese Verpflichtungen verstoßen zu wollen. Auch aus diesem Grund ist also nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber mit der Neuregelung des § 147 VII StPO durch das StVÄG von 1999 die Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 III c) EMRK außer Kraft setzen wollte.

²⁷⁷ Bundestagsdrucksache 14/1484, S. 22.

²⁷⁸ Vgl. Referentenentwurf BJM vom 30.9.1982, gefunden bei *Welp*, a.a.O., S. 314.

²⁷⁹ BVerfGE 74, 358, 370; L/R-Gollwitzer, MRK Art. 6, Rn 22 m.w.N..

f. Ergebnis 2.

Im Ergebnis läßt sich demnach sagen, daß 1) die Regelung des Art. 6 III c) EMRK durch das am 3.9.1953 in Kraft getretene Gesetz in das nationale Recht inkorporiert wurde und damit Geltung im Rang eines Bundesgesetzes in der Bundesrepublik erlangte; sodann 2) aus dieser Regelung folgt, daß dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ein eigenes Recht auf Akteneinsicht zusteht; und daß schließlich 3), aus der gegenüber der Inkorporierung von Art. 6 III c) EMRK nachträglichen Neuformulierung von § 147 I StPO und der Bestätigung der Zuordnung des Akteneinsichtsrechts zur Person des Verteidigers nicht folgt, daß der Gesetzgeber hiermit ein Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten auch dann kategorisch ausschließen wollte, wenn dieses durch die EMRK gewährt wurde. Das Recht des Beschuldigten auf Akteneinsicht wurde hierdurch also nicht ausgeschlossen; sowie 4), daß auch die Einführung des § 147 VII StPO nicht zur Folge hat, daß das durch Art. 6 III c) EMRK garantierte Recht des Beschuldigten außer Kraft gesetzt wird. Der Beschuldigte hat mithin im Ermittlungsverfahren einen eigenen Anspruch auf Akteneinsicht. Das ausdrücklich im Gesetzestext festzumachen, ist im übrigen auch Anliegen des Alternativ- Entwurfs zur Reform des Ermittlungsverfahrens aus dem Jahr 2001: Der Beschuldigte wird durch § 147 VII des Alternativ- Entwurfs hinsichtlich des grundsätzlichen Akteneinsichtsrechts aus § 147 I StPO dem Verteidiger gleichgestellt.²⁸⁰

Zieht man das eingangs erwähnte Bild vom Geschäftsunfähigen und vom Betreuten erneut heran, muß man hier zu dem Schluß kommen, daß der Beschuldigte im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht wie ein Betreuer und nicht wie ein Geschäftsunfähiger zu behandeln ist.

Für das Thema der Arbeit insgesamt ist also der Schluß zu ziehen, daß der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in bezug auf den Beschuldigten und seinen Verteidiger gleich groß sein wird. Er ist demnach im folgenden als Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft gegenüber der Verteidigung insgesamt (i.e. dem Beschuldigten und dem Verteidiger) zu erörtern. Um nicht aus der allgemein üblichen Terminologie auszubrechen und Verwirrung zu vermeiden, soll im weiteren Verlauf dennoch nur der Terminus „Verteidiger“ gebraucht werden. Gemeint ist hiermit jedoch im Rahmen des Akteneinsichtsrechts die Verteidigung insgesamt, also Beschuldigter und Verteidiger.

II. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts

Nachdem geklärt ist, wem gegenüber der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren besteht, ist nunmehr zu erörtern, welches Ausmaß das Akteneinsichts-

²⁸⁰ Vgl. Alternativ- Entwurf; Reform des Ermittlungsverfahrens, S. 53.

recht des Verteidigers hat. Diese Problematik läßt sich in drei relevante Bereiche trennen: erstens den, in dem es darum geht, in welchem Umfang § 147 I StPO das Akteneinsichtsrecht im Grundsatz gewährt; zweitens den, in dem zu klären ist, worauf sich das Akteneinsichtsrecht eigentlich beziehen kann, anders ausgedrückt die Frage, was in diesem Sinne eigentlich „Akte“ ist; drittens den, in dem der Umfang der Beschränkungsmöglichkeit, die § 147 II StPO der Staatsanwaltschaft gibt, dargestellt wird.

1. Der Grundsatz des § 147 I StPO

Um die Unterschiedlichkeit der Bereiche noch einmal näher darzustellen, lohnt sich ein detaillierter Blick auf das durch § 147 I StPO normierte Akteneinsichtsrecht und seine Rechtsnatur:

Wie bereits zu Beginn des Kapitels über das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Verteidiger gesagt, ist das Akteneinsichtsrecht wesentliche Voraussetzung einer effektiven Verteidigung des Angeklagten²⁸¹ und damit Kernstück der Verteidigung.²⁸² Ebenso ist es Voraussetzung für die verfassungsrechtlich geforderte Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren.²⁸³

Besonders wichtig für die nun folgenden Punkte ist strukturell zunächst einmal, daß § 147 I StPO das Akteneinsichtsrecht *unbeschränkt* einräumt. Im deutschen Strafverfahren nimmt das Akteneinsichtsrecht eine so zentrale Funktion ein, daß durch das Gesetz selbst eine Einschränkung direkt nicht vorgenommen wird.²⁸⁴ Der Grundsatz ist daher, und das ist von entscheidender Bedeutung für die folgenden Erörterungen, der der unbeschränkten Akteneinsicht durch den Verteidiger. Für den Zeitpunkt, nachdem der Abschluß der Ermittlungen in den Akten vermerkt worden ist, gilt das sogar ohne Ausnahme: Eine Einschränkung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft ist dann nicht mehr möglich.²⁸⁵ Anders hingegen davor: Während des Ermittlungsverfahrens kann unter der Voraussetzung des § 147 II StPO das Recht auf Akteneinsicht beschränkt werden. Diese Möglichkeit stellt sich allerdings als Ausnahme vom Grundsatz des § 147 I StPO dar, der eine unbeschränkte Akteneinsicht zuläßt.²⁸⁶

²⁸¹ Schmitz in wistra 1993, 321, 321.

²⁸² Groh, DRiZ 1985, 52, 54.

²⁸³ Welp in FS Peters S. 309 ff..

²⁸⁴ Entgegen dem vielfach falsch verwendeten Ausdruck, wird das Akteneinsichtsrecht nicht durch § 147 II StPO beschränkt, sondern nur *beschränkbar* gemacht. Die Beschränkung selbst geschieht nicht durch die StPO, sondern durch die Staatsanwaltschaft.

²⁸⁵ Richtigerweise auch dann nicht, wenn die Staatsanwaltschaft z.B. im Hauptverfahren neue Ermittlungen anstellt, vgl. dazu OLG Hamburg in StV 1991, 551 sowie zu einer ähnlich gelagerten Konstellation BGH NJW 1990, 584, 586; dazu Hassemer in JuS 1990, 587 f..

²⁸⁶ Dedy in StraFo 2001, 149, 149, stellt hierzu allerdings fest, daß die Verweigerung der Regelfall sei.

Mit Blick auf die vorgenommene Einteilung der folgenden Abschnitte kann man diese auch so erklären, daß zunächst geprüft wird, was äußerlich vom Akteneinsichtsrecht umfaßt wird, wo also *grundsätzlich* das Beteiligungsfeld für den Verteidiger eröffnet wird. Dabei spielt sich die Auswahl an dieser Stelle auf einer verwaltungstechnischen Ebene ab: Es geht nicht um die Art der Information, sondern lediglich darum, wo sie gespeichert ist und ob dieser „Speicherplatz“ Teil der Akten ist.

Anders verhält es sich hingegen im daran anschließenden dritten Teil: Die hier zu thematisierende, nur ausnahmsweise mögliche Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist durch die hierfür nötige Voraussetzung (Gefährdung des Ermittlungszwecks) eine rein inhaltliche Frage, nämlich die, durch welche Art von Information (u.U. situationsbedingt) eine Gefährdung des Ermittlungszwecks anzunehmen und also die Akteneinsicht beschränkbar ist.

2. Der Aktenbegriff von § 147 I StPO

Geht man vom Gesamthema der Arbeit aus, so ergibt sich die Relevanz der Frage, was alles zu den Akten i.S.d. § 147 I StPO gehört, daraus, daß der Vorsprung der Staatsanwaltschaft nur dann beschränkbar ist, wenn der Verteidiger an gewisse Informationen im Grundsatz überhaupt herankommt. Anders ausgedrückt: Wenn bestimmte Informationen gar nicht als „Akten“ i.S.d. § 147 I StPO anzusehen sind, kann in bezug auf diese Informationen aus eben dieser Norm auch kein Einsichtsrecht und damit auch kein Informationsrecht folgen. Der Vorsprung der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf diese Informationen wäre demnach als total und nicht beschränkbar anzusehen. Es ist also von ganz erheblicher Bedeutung für das Ausmaß des Informationsvorsprungs und damit auch für das Thema der Arbeit, wie weit der Aktenbegriff zu fassen ist.

a. Hypothetischer oder tatsächlicher Vorlagebegriff in § 147 I StPO

Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bezieht sich nach § 147 I StPO auf die Akten, die dem Gericht *vorliegen* oder diesem im Falle der Anklageerhebung *vorzulegen wären*. Der erste Teil der Definition macht relativ wenige Probleme: Hiermit ist klargestellt, daß jedenfalls die Akten unter das Akteneinsichtsrecht fallen sollen, die dem Gericht tatsächlich nach der Anklageerhebung vorliegen. Diese rein an dem Vorgang der Weitergabe der Akten durch die Staatsanwaltschaft an das Gericht gem. §§ 170 I, 199 II I StPO orientierte Formulierung scheint dagegen auf den ersten Blick für das Ermittlungsverfahren nicht viel hergeben zu können, ist hier doch gerade noch nicht Anklage erhoben worden. Man könnte dennoch gewisse Rückschlüsse auf das Ermittlungsverfahren aus dieser Formulierung ziehen, indem man

diesen Teil als Auslegungshilfe für den zweiten Teil nimmt: Als im Falle der Anklageerhebung vorzulegende Akten wären dann nur die zu sehen, die auch tatsächlich bei Anklageerhebung vorgelegt werden würden. Diese Aussage mag zunächst etwas seltsam oder mindestens wenig hilfreich erscheinen, ersetzte man doch scheinbar eine hypothetische Prüfung durch eine andere. Dennoch präziserte man durch diese Interpretation den hypothetischen Teil des Aktenbegriffs dahingehend, daß man hier der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit einräumte, ihrerseits eine gewisse Auswahl zu treffen: Es ginge dann nicht um die Akten, die aus – welchen Gründen auch immer – von Gesetzes wegen in diesem Falle vorzulegen wären, sondern um die Akten, die die Staatsanwaltschaft zur Vorlage auswählt. Anders ausgedrückt würde man bei diesem Verständnis der hypothetischen Formulierung der Staatsanwaltschaft nicht nur im Falle der Anklageerhebung vollends die Auswahl überlassen, welche Akten sie vorlegen möchte und welche nicht. Diese Auswahl könnte sie dann schon im Ermittlungsverfahren treffen und daher etwa die Ansicht dieser oder jener Akte bereits deshalb verweigern, weil sie im Falle der Anklageerhebung nicht vorgelegt werden würde.

Angesichts der Stellung, die die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren hat, mag eine solche Auslegung nicht ganz fernliegen. Andererseits macht man durch diese Auslegung die Möglichkeit zur Verteidigung völlig von der Staatsanwaltschaft abhängig, berücksichtigt also in keiner Weise, daß Verteidiger und Staatsanwaltschaft natürlich trotz der herausragenden Stellung und Verantwortung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren auch zu dieser Zeit schon Widerparte darstellen. Das Akteneinsichtsrecht als eines der wichtigsten Rechte der Verteidigung aber in dieser Weise vom Widerpart des Verteidigers abhängig zu machen, kann nicht Sinn und Zweck prozessualer Rechte des Beschuldigten sein.

Man kann daher auch nicht vom scheinbar rein tatsächlichen Vorgang der Anklageerhebung und der damit verbundenen Einreichung von Akten Rückschlüsse auf die hypothetische Formulierung „oder im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären“ ziehen. Vielmehr ist genau umgekehrt vorzugehen: Die hypothetische Formulierung ist, weil sich § 199 II 2 StPO und die darin enthaltene Vorlagepflicht bzgl. der Akten eben nicht als Willkürermächtigung für die Staatsanwaltschaft darstellt, sondern eine Verpflichtung für die Staatsanwaltschaft ist²⁸⁷, von prägender Bedeutung für die tatsächliche Formulierung „die dem Gericht vorliegen“. Das ist so zu verstehen, daß sich das Akteneinsichtsrecht des § 147 I StPO auf alle Akten bezieht, die dem Gericht vorliegen (1. Alt.) oder noch keinem Gericht vorliegen, falls das Stadium der Anklageerhebung noch nicht erreicht ist oder es zwar erreicht ist, die Staatsanwaltschaft aber ihrer Vorlageverpflichtung aus § 199 II 2 StPO nicht hinreichend nachge-

²⁸⁷ *Beulke* in FS Dünnebieber, 285, 289.

kommen ist (2. Alt.).²⁸⁸ Wichtig ist für die Arbeit also, daß das Akteneinsichtsrecht bzgl. aller Akten besteht, die nach § 199 II 2 StPO bei Anklageerhebung vorzulegen wären und daß dies eben nicht von der Staatsanwaltschaft abhängig ist.

Aus § 199 II 2 StPO folgt daher, daß unter den vorzulegenden Akten i.S.v. § 147 I StPO alle schriftlichen Vorgänge zu verstehen sind, die den durch die Tat und den mutmaßlichen Täter bestimmten Prozeßgegenstand betreffen²⁸⁹, also zur Entscheidung erforderlich sind²⁹⁰, mithin alle für das jeweilige Verfahren relevanten Vorgänge.²⁹¹ Im Anschluß an diese Feststellung kommt man zu einer Frage, die der gerade erörterten recht ähnlich ist und einen ähnlich gelagerten Problemkreis betrifft: Die nämlich nach den *relevanten* Informationen. Problematisch ist hier, ob darunter diejenigen Informationen fallen, die den Prozeßgegenstand *betreffen* und zur Entscheidung *erforderlich* sind. Man wird sich ausmalen können, daß eine Möglichkeit darin bestünde, die Staatsanwaltschaft die Relevanz einer Information festlegen zu lassen. Diese könnte dann entscheiden, ob eine Information Eingang findet in die Akten, die dem Einsichtsrecht des Verteidigers zugänglich sind. Betrachtet man die Formulierungen in § 199 II 2 StPO, so findet man u.a. (und insofern war die o.g. Definition von „zur Entscheidung erforderlich“ auch nicht ganz vollständig bzw. auch ein wenig irreführend) die Aussage, es handele sich um die Informationen, die nach *Beurteilung der Staatsanwaltschaft* zur Entscheidung erforderlich sind²⁹², was nahelegt, daß es ebendiese ist, die die Entscheidung über die Relevanz einer jeweiligen Information treffen kann.

In diese Richtung geht auch eine Passage aus der sog. „Zlof- Entscheidung“ des BGH, in der es um die Entführung des Industriellensohnes Richard Oetker ging. Hier heißt es u.a., der Beschuldigte habe keinen Anspruch auf Bildung eines größeren Aktenbestandes. Die schulderhebliche und rechtsfolgenrelevante Bedeutung von Akten werde durch die Staatsanwaltschaft eigenverantwortlich festgelegt.²⁹³ Auch in der Lehre wird diese Tendenz teilweise unterstützt, wenn es etwa heißt, es sei zulässig und sachgerecht, bedeutungslose Schriftstücke aus den Gerichtsakten fernzuhalten²⁹⁴, was natürlich die Möglichkeit zur Auswahl nach diesen Kriterien voraussetzt. Für diese Ansicht spricht auch, daß die gesamten Informationen, die sich im Laufe eines Ermittlungsverfahrens ansammeln, mitunter einen erheblichen Umfang haben können, so z.B. in o.g. Zlof- Prozeß, in dem gerade wegen dieses Umfanges auch eine erhebliche Verzögerung des weiteren Prozeßverlaufes zu besorgen war, was die Entscheidung des

²⁸⁸ *Beulke*, a.a.O..

²⁸⁹ BGHSt 30, 131, 138; *Fezer* in JZ 1996, 602, 614.

²⁹⁰ *KK-Tolksdorf* zu § 199, Rn 1.

²⁹¹ *Beulke*, a.a.O..

²⁹² *KK-Tolksdorf*, a.a.O..

²⁹³ BGHSt 30, 131, 139.

²⁹⁴ L/R (23.A.)-*Kleinknecht*, zu § 170, Rn 33 f..

BGH u.U. mit beeinflußt hat. Dieser Umfang könnte, falls alle Akten beigezogen würden, gegebenenfalls die Durchführung des Verfahrens gefährden, so daß es auf der Hand liegt, der Staatsanwaltschaft eine gewisse Vorauswahl zu überlassen, noch dazu bei der Konzeption, die das deutsche Strafprozeßrecht von der Staatsanwaltschaft allgemein und speziell im Ermittlungsverfahren hat. Deren Verpflichtung zur Objektivität könnte dann einen ausreichenden Schutz gegen eine Informationsauswahl zuungunsten des Beschuldigten bieten.²⁹⁵

Der überwiegende Teil der Literatur, die sich mit dem Thema eingehend beschäftigt, lehnt freilich ein Auswahlrecht der Staatsanwaltschaft in relevante und nicht relevante Information ab. Das wird unterschiedlich begründet: Zunächst ist bzgl. der Objektivitätsverpflichtung der Staatsanwaltschaft, ganz abgesehen von der praktischen Undurchführbarkeit dieser Konzeption des deutschen Strafprozeßrechts²⁹⁶ zu sagen, daß die Situation erneut eine unter mehreren Gesichtspunkten problematische ist: Es wird zutreffend darauf hingewiesen, daß anderenfalls kein wirksamer Kontrollmechanismus im Hinblick auf die Entscheidung der Staatsanwaltschaft bestehe.²⁹⁷ Darüber hinaus handelt es sich bei einer auch nur partiellen Vorenthaltung der Akten um einen Eingriff in die Verteidigungsrechte und die Rechtsstellung des Beschuldigten. Hier muß der Verteidiger selbst handeln können und darf nicht der Definitionsmacht der Justizorgane unterstehen.²⁹⁸ Es wird sogar gesagt, daß diese Auswahl „ureigenste Aufgabe“ des Verteidigers sei.²⁹⁹

Dem ist hinzuzufügen, daß jedenfalls in der Hinsicht Bedenken bestehen müssen, als hier gleichsam die Rechte des Verteidigers durch ihre Abhängigkeit vom „Relevanz- Ermessen“ der Staatsanwaltschaft zur Disposition *der* Instanz gestellt werden, gegen die sich die Verteidigung richtet.

Aus all dem ergibt sich, daß eine Informationsauswahl seitens der Staatsanwaltschaft nach Relevanz nicht zulässig ist, zu den Akten also „sämtliche vom ersten polizeilichen Zugriff seitens der Strafverfolgungsorgane gesammelten Schriftstücke sowie die im Verlauf der Ermittlungen geschaffenen verkörperten Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse“ gehören.³⁰⁰ Darunter fallen alle Kenntnisse, die für die Zwecke des Strafverfahrens gesammelt worden sind.³⁰¹

Eine Auswahl relevanter Teile ist in doppelter Hinsicht nicht möglich: einerseits hinsichtlich der einzelnen Erkenntnisse, die die Staatsanwaltschaft nicht aus den Akten fernhalten kann

²⁹⁵ So *Beulke*, a.a.O., S. 290.

²⁹⁶ S.o., Teil I B. III.2..

²⁹⁷ *Beulke*, a.a.O., S. 290 f..

²⁹⁸ *Welp*, a.a.O., S. 310.

²⁹⁹ *Schneider* in *Jura* 1995, 337, 338.

³⁰⁰ *Schneider*, a.a.O..

³⁰¹ *Welp*, a.a.O..

(Grundsatz der Aktenvollständigkeit), selbst wenn sie sie für nicht relevant halten mag. Andererseits darf die Staatsanwaltschaft auch keine Auswahl hinsichtlich relevanter Aktenteile treffen, was zu den Akten eines betreffenden Verfahrens gehört, ist als „Akte“ i.S.d. § 147 I StPO der Akteneinsicht zugänglich.

Nun ist allerdings denkbar, und insofern sind beide gerade angeführte Erklärungen nicht immer hilfreich, daß mehrere Beschuldigte an einem Verfahren beteiligt sind, man also vor der Frage steht, ob mit „im Verlaufe der Ermittlungen“ bzw. „für die Zwecke des Strafverfahrens“ nur das gegen den jeweils in Rede stehenden Beschuldigten gemeint ist oder aber alle Verfahren, die die Tat im weitesten Sinne betreffen. Zur Verdeutlichung sei folgendes Beispiel gegeben: Im Zusammenhang mit einer Straftat werden A und B als mögliche Täter verdächtigt, gegen beide Personen werden Ermittlungen aufgenommen. Im Zuge der Ermittlungen gegen A stellt sich, etwa im Rahmen einer Telefonüberwachung, heraus, daß dieser nicht nur der fraglichen Straftat verdächtig ist, sondern darüber hinaus auch offenbar noch mehrere ähnlich gelagerte Delikte begangen hat, ohne daß ein Zusammenhang mit B erkennbar ist. Ausgehend von diesem neuen Tatverdacht werden weitere Ermittlungen angestellt, die zu weiteren Informationen führen. Problematisch wäre jetzt die Frage, ob im Verfahren gegen B dessen Verteidiger im Rahmen ihres Einsichtsrechts nach § 147 I StPO Einsicht in die Informationen aus den Ermittlungen gegen A verlangen kann, ob also die so gewonnenen Informationen Teil der „Akten“ im Ermittlungsverfahren gegen B sind.

Hierzu wird vertreten, zu den Akten eines jeweiligen Ermittlungsverfahrens gehörten auch solche einer Gesamtermittlungsakte, die sich erkennbar auf andere Mitbeschuldigte beziehen.³⁰² Führt demnach die Staatsanwaltschaft *ein* Verfahren gegen die Beschuldigten A und B, hätte der Verteidiger des B ein Akteneinsichtsrecht bzgl. sämtlicher im Verfahren gewonnener Information, und zwar auch dann, wenn sich diese erkennbar nur auf A bezögen, wie etwa in bezug auf die aus den Folgen der Telefonüberwachung gewonnenen Informationen. Anders sei es dann, wenn das Verfahren gegen den Mitbeschuldigten bereits abgetrennt sei. Bzgl. der Informationen und der daher rührenden Akten des Ursprungsverfahrens bestehe dann weiterhin beiderseitiges vollumfängliches Einsichtsrecht in die Akten des jeweils anderen Verfahrens. Im Hinblick auf Informationen, die nach der Trennung der Verfahren gewonnen worden seien, sei ein solches allerdings nicht mehr anzunehmen.³⁰³

Davon leicht abweichend wird vertreten, daß die Frage, ob die Ermittlungen auch in dem konkreten Verfahren vorgenommen worden seien, über das Kriterium der Tatbezogenheit zu lösen seien. Zu den tatbezogenen Ermittlungen gehörten alle anlässlich der Tat durchgeführten

³⁰² *Schneider*, a.a.O..

Erhebungen, die sich *auf den Täter*³⁰⁴ bezögen.³⁰⁵ Das deutet darauf hin, daß Informationen jedenfalls dann nicht unter die „Akten“ eines jeweiligen Verfahrens fallen dürften, wenn sie Ergebnis von Nachforschungen sind, die sich erkennbar auf einen anderen Beschuldigten beziehen.

Die Unterschiede zwischen beiden Auffassungen mögen marginal und vor allem in der Praxis mitunter kaum nachvollziehbar sein. Es dürfte jedoch, gerade um nicht nachvollziehbare Abgrenzungen zu vermeiden, die sinnvollste Lösung sein, unter „Akten“ immer alle Aktenteile eines Ermittlungsverfahrens zu verstehen, auch wenn sie sich auf einen anderen Mitbeschuldigten beziehen. Der zu befürchtenden Gefahr des Mißbrauchs durch den Verteidiger könnte man unter Rückgriff auf das Mißbrauchsverbot vorbeugen, eine Problematik, die auszuführen freilich hier nicht der richtige Platz sein dürfte. Umgekehrt dürfte aus Mißbrauchsgesichtspunkten ein Einsichtsrecht des Verteidigers in nach der Trennung gewonnene, eigentlich „fremde“ Aktenteile auch dann zu bejahen sein, wenn die Trennung nur zu dem Zweck erfolgte, eben diese Akteneinsicht zu verhindern.³⁰⁶

Mithin ist als Ergebnis dieses Komplexes festzuhalten, daß unter „Akten“ i.S.d. § 147 I StPO grundsätzlich „sämtliche vom ersten polizeilichen Zugriff seitens der Strafverfolgungsorgane gesammelten Schriftstücke sowie die im Verlauf der Ermittlungen geschaffenen verkörperten Ermittlungs- und Verhandlungsergebnisse“ zu verstehen sind³⁰⁷, also alle Kenntnisse, die für die Zwecke des Strafverfahrens gesammelt worden sind³⁰⁸, und zwar unabhängig davon, ob die Ermittlungen im konkreten Verfahren erkennbar nur auf einen Mitbeschuldigten bezogen waren. Es ist auch darauf hinzuweisen, daß die Staatsanwaltschaft keine Selektion von Informationen vornehmen darf. Sie muß also alle gewonnenen Erkenntnisse zu den Akten nehmen und kann auch nicht etwa Erkenntnisse, die sie für irrelevant hält, aus den Akten fernhalten. Letzteres wird auch als Grundsatz der Aktenvollständigkeit bezeichnet, der sich im übrigen nicht nur auf die Informationen bezieht, die die Staatsanwaltschaft als Ergebnis eigener Ermittlungen gewonnen hat, sondern auch auf solche sachbezogenen Informationen, die ihr sonstwie zugetragen worden sind.³⁰⁹

³⁰³ *Schneider*, a.a.O..

³⁰⁴ Eigene Hervorhebung.

³⁰⁵ *Beulke*, a.a.O., S. 294.

³⁰⁶ In diese Richtung auch *Groß/Fünfsinn* in NStZ 1992, 105, 106.

³⁰⁷ *Schneider*, a.a.O..

³⁰⁸ *Welp*, a.a.O..

³⁰⁹ *Schneider*, a.a.O..

b. Einzelfragen des Aktenbegriffs

Innerhalb des Aktenbegriffes gibt es im wesentlichen zwei Punkte, bei denen eine gewisse Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Zugehörigkeit zu den der Akteneinsicht unterfallenden Akten: die sog. „polizeilichen Spurenakten“ sowie die staatsanwaltlichen „Handakten“. Für das Thema der Arbeit ist diese Frage deshalb von Bedeutung, weil sich die Frage nach der Beschränkung im konkreten Fall nur dann stellt, wenn der Verteidiger auf diese überhaupt irgendwie zugreifen darf.

aa. Die polizeilichen Spurenakten

Insbesondere das Beispiel der „polizeilichen Spurenakten“ ist geeignet, die sich am Aktenbegriff des § 147 I StPO grundsätzlich entzündenden Kontroversen noch einmal näher zu beleuchten: Als polizeiliche Spurenakten bezeichnet man polizeiliche Ermittlungsvorgänge, die sich auf die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat beziehen, nicht jedoch auf den Beschuldigten selbst. Sie weisen in der Hauptsache auf andere Personen hin, welche als Täter allerdings letztlich nicht in Betracht kommen.³¹⁰ Der Unterschied zu dem oben behandelten Fall, in dem ein Ermittlungsverfahren gegen mehrere Beschuldigte geführt wird, ist, daß durch die Spurenakten der Polizei der Ermittlungsvorgang der Polizei als Ganzes von Anfang an dokumentiert wird, also nicht bereits eine Konkretisierung des Tatverdachts gegeben sein muß.

Das Interesse des Verteidigers an der Einsicht in diese Akten liegt auf der Hand, enthalten sie doch Informationen, wie gerade eben die zum Beschuldigten führende Konkretisierung des Tatverdachts, die „inkulpatorische Hypothesenbildung“, vonstatten ging und damit u.U. auch Hinweise auf etwaige Fehler bei diesem Vorgang.³¹¹ Auch die bereits im vorangehenden, „allgemeinen Teil“ angesprochene „Zlof-“ oder „Oetker- Entscheidung“ des BGH³¹² drehte sich im Kern um die Frage des Einsichtsrechts des Verteidigers in diese Spurenakten. Hier hatte der Verteidiger dahingehend argumentiert, daß bereits die Auswahl der Beweismittel ein beweisrelevanter Umstand sei, der der Kontrolle durch den Angeklagten nach Maßgabe des Art. 103 I GG unterliegen müsse.³¹³

Andererseits wird auch das Interesse der Staatsanwaltschaft, mitunter sogar der Gerichte nachvollziehbar, wenn man sich verdeutlicht, daß hier ein ganzer Berg zusätzlicher Information ruht, der erhebliche Verfahrensverschleppungspotentiale in sich birgt und oftmals nicht viel an reinem Informationswert für die Verteidigung beinhalten mag. Die Spurenakten im

³¹⁰ Meyer-Gößner in NStZ 1982, 353 ff.; Schneider, a.a.O., S. 340.

³¹¹ Schneider, a.a.O..

³¹² BGHSt 30, 131 ff..

³¹³ BGHSt 30, 134.

Fälle „Zlof“ umfaßten z.B. die „gigantische Materialflut“ von immerhin 5000 Ermittlungsvorgängen.³¹⁴

Hinzu kommt, daß das Interesse an einer Verhinderung der Akteneinsicht des Verteidigers auch deshalb besonders groß sein kann, weil die Spurenakten oftmals gerade eine Menge an Informationen enthalten, die öffentliche und private Belange betreffen. Sie bezeichnen etwa Informanten der Polizei näher oder könnten verdeckte Ermittler enttarnen, noch dazu ohne daß daraus für das betreffende Verfahren irgendein Nutzen zu ziehen sein muß.³¹⁵

In der mehrfach zitierten „Zlof-“ oder „Oetker- Entscheidung“³¹⁶ hat der BGH einen Anspruch des Verteidigers auf Einsicht in die Spurenakte abgelehnt. Das tat er zwar zunächst mit der Begründung, die Akten eines Strafverfahrens könnten nur im Hinblick auf den „nämlichen Prozeßgegenstand“ entstehen, der seinerseits aber nicht nur durch die Tat, sondern auch durch die Identität des oder der Beschuldigten bestimmt werde und endgültige Konkretisierung durch die öffentliche Klage erfahre.³¹⁷ Die Tatbezogenheit einer Information als solche reiche schon deshalb nicht aus, weil sie „in den Ermittlungsintentionen“ liege und daher keine Rückschlüsse auf das Ermittlungsergebnis zulasse.³¹⁸

Spurenakten seien „tatbezogene“ Ermittlungen zur Überprüfung eines Gegenstands, eines Sachverhalts oder einer Person“. Sie seien also durch die Tat, allerdings nicht durch Tat *und* Täter bestimmt und damit als verfahrensfremde Akten einzuordnen.³¹⁹

Man merkt den Formulierungen des BGH jedoch an, daß die eigentliche Begründung für seine Entscheidung und die Zurückweisung der Revision darin liegt, daß eine Ausweitung des Stoffumfanges auf ein nicht mehr vertretbares Maß und die damit einhergehenden Gefahren prozessualen Mißbrauchs befürchtet werden. Ausgeführt wird u.a., die vom Verteidiger ins Feld geführte Aufklärungspflicht des Gerichtes müßte durch die Einbeziehung der mehreren tausend Spurenakten „ohne sachliche Anhaltspunkte ins Uferlose“ ausgedehnt werden.³²⁰

Dem Gesetz lasse sich auch ein Recht der Verteidigung auf „Gegenkontrolle“ nicht entnehmen. Vielmehr sehe dieses nur eine mittelbare Kontrolle vor, im Wege der Aufklärungspflicht

³¹⁴ *Beulke*, a.a.O. S. 296

³¹⁵ *Beulke*, a.a.O. S. 292.

³¹⁶ BGHSt 30, 131 ff..

³¹⁷ BGH a.a.O. S. 138.

³¹⁸ BGH a.a.O. S. 139, was natürlich nicht von der Hand zu weisen ist, wenn man davon ausgeht, daß die Staatsanwaltschaft nach § 160 I StPO in den Fällen der Verdachtserlangung zwar tätig werden muß, allerdings eben auch nur „zu ihrer Entschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist“, es also keine „tatunbezogenen“ Ermittlungen geben kann .

³¹⁹ BGH, a.a.O..

³²⁰ BGH, a.a.O., S. 140.

des Gerichts und der Möglichkeiten der Verteidigung, über die der Umfang dieser Pflicht und ihre Voraussetzungen mitbestimmt werden könnten.³²¹

Auch sei der Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör „nicht beeinträchtigt“ worden, da es bei diesem nur darum gehe, dem Beschuldigten die Möglichkeit zu geben, sich zu dem im Verfahren bekanntgewordenen Tatsachenstoff zu äußern, nicht hingegen, zusätzlichen Argumentationsstoff aus Quellen zu gewinnen, die das Gericht nicht gekannt habe und die deshalb für die Bildung der richterlichen Überzeugung keine Rolle gespielt hätten. Immerhin anerkennt der BGH, daß zu einer sachgerechten Verteidigung nötig ist, daß der Verteidiger Gelegenheit hat, alle maßgeblichen Tatsachen und Beweisergebnisse kennenzulernen, schlägt dann aber einen gedanklichen Salto rückwärts mit der Behauptung, maßgeblich für den Grundsatz des rechtlichen Gehörs könne nur das sein, was für das Verfahren Bedeutung erlange.³²²

Als das eigentlich Kuriose an dieser Aussage ist wohl anzusehen, daß sie die Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts gefunden hat. Letzteres hat in seiner Entscheidung³²³ hinsichtlich dieses Falles zum einen festgestellt, daß der Grundsatz des rechtlichen Gehörs nur die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den dem Gericht bekannten Tatsachen garantiere, ohne allerdings einen Zuwachs an Information zu verbürgen.³²⁴ Darüber hinaus sei auch gleich aus mehreren Gründen kein Verstoß gegen den *Grundsatz des fairen Verfahrens* gegeben: Weil nämlich erstens die Staatsanwaltschaft bei der Beurteilung der Schuld- und Rechtsfolgenrelevanz von Spurenakten nach § 160 II StPO strikt objektiv vorgehe und im Zweifel entlastendes Spurenmaterial dem Gericht vorzulegen habe; zweitens der Verteidiger durch Beweis- und Beweismittlungsanträge das Gericht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung anhalten könne und er drittens die Möglichkeit habe, bei der Staatsanwaltschaft Einsicht in die Spurenakte zu beantragen und dieses Begehren auch über §§ 23 ff. EGGVG durchzusetzen.³²⁵

Gegen letztgenannten Punkt spricht – bei aller Entschärfung, die durch diese Aussage geschah – die Tatsache, daß dadurch eine revisionsrechtlich bedeutsame partielle Verlagerung der Sachaufklärung einhergeht.³²⁶

Der Argumentation bzgl. den Beweis- und Beweismittlungsanträgen kann man unmittelbar die Worte des BGH aus der bereits mehrfach angeführten Entscheidung entgegenhalten, wenn davon die Rede ist, der Antrag des Verteidigers entbehre jeder Konkretisierung in der Be-

³²¹ BGH, a.a.O.

³²² BGH, a.a.O. S. 141.

³²³ BVerfG in NSTZ 1983, 273 ff..

³²⁴ A.a.O., S. 273.

³²⁵ BVerfG, a.a.O., S. 274.

³²⁶ Schneider, a.a.O., S. 341.

weisthematik und verlange vom Gericht die „Überprüfung eines Aktenberges trotz Fehlens jeglicher Anhaltspunkte für das Vorhandensein relevanter Erkenntnisquellen“.³²⁷ Was deutlich macht, daß die angeführte Möglichkeit ohne Kenntnis der Spurenakte „weitgehend leerläuft“.³²⁸ Letztlich leuchtet es auch unmittelbar ein, daß diese Argumentation keine ist, jedenfalls keine, die sinnvollerweise als rechtlich erheblich anzusehen sein sollte: Ohne die (auch nur ungefähre) Kenntnis der Spurenakte *kann* ein Antrag des Verteidigers den Konkretisierungsanforderungen, die an einen Beweis- und selbst an einen Beweisermittlungsantrag gem. § 244 III StPO zu stellen sind, regelmäßig nicht genügen³²⁹. Die demnach also notwendige Detailkenntnis ist aber nur aus der Spurenakte zu bekommen. An diese ist allerdings nur heranzukommen, wenn der Antrag ausreichend konkretisiert ist usw.. Die Absurdität dieses Gedankens dürfte erkennbar sein.

Durch die Entscheidungen beider Gerichte würde – hielte man sie für richtig – der Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu einem „rein formalen Recht“ herabgestuft.³³⁰ Inhalt dieses Rechts kann nicht bloß sein, überhaupt Stellung beziehen zu dürfen, sondern dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, alle maßgeblichen Tatsachen und Beweisergebnisse, die in dem Verfahren überhaupt zu Tage gefördert worden sind, kennenzulernen.³³¹ Man muß sich hier nur vor Augen führen, daß der Umfang des rechtlichen Gehörs dann immer davon abhängt, wie weit die Staatsanwaltschaft ihn zieht. Bei aller Objektivität der deutschen Staatsanwaltschaft ist doch wenigstens denkbar, daß diese nur belastendes Material bei Gericht einreicht und kein entlastendes, das allerdings vorhanden ist. Das rechtliche Gehör dann auf diese Auswahl zu beschränken, kann nicht Sinn dieses prozessualen Grundrechts sein. Letztlich ist auch wieder zu sagen, daß es immer bedenklich bis verheerend ist, wenn man ein prozessuales Recht (noch dazu ein so grundlegendes wie das auf rechtliches Gehör) zur Disposition desjenigen stellt, gegen den es sich (auch) richtet: Wenn der Staat (in Gestalt der Staatsanwaltschaft) den Umfang des gegen ihn gerichteten Rechts bestimmen kann, ist im Zweifel ein solches Recht obsolet.

Hinzuzufügen ist dem, daß der der Aussage des Bundesverfassungsgerichts zugrundeliegenden Annahme einer völlig objektiven Staatsanwaltschaft die bereits mehrfach angesprochenen Zweifel anhaften, mag dies auch noch so oft die Grundkonzeption der StPO sein. Abgesehen

³²⁷ BGH a.a.O. S. 143.

³²⁸ *Schneider*, a.a.O., S. 341.

³²⁹ Vgl dazu *Peters* in FS Dünnebier, 53, 65; *Dahs*, Handbuch, Rn 236, spricht in diesem Zusammenhang davon, daß dem Verteidiger durch diese Rechtsprechung die Möglichkeit des Beweisantrages regelmäßig genommen sein dürfte, da ein solcher in der Regel nicht schlüssig formuliert werden könne, also nur der unsicherere Weg des Beweisermittlungsantrages bleibe, der freilich auch voraussetze, daß der aufzuklärende Tatsachenkomplex einigermaßen konkretisiert werden könne.

³³⁰ *Beulke*, a.a.O., S. 293.

davon ändert diese Objektivität der Staatsanwaltschaft nichts daran, daß es völlig unbestritten ist, daß die Staatsanwaltschaft spätere relevante Aktenvorgänge, etwa die Befragung eines Entlastungszeugen, zur Hauptakte nehmen *muß*, und zwar auch dann, wenn sie der Meinung ist, die gemachte Aussage enthalte keinerlei für das Verfahren letztlich relevanten Informationen. Es ist nicht ersichtlich, wieso das für frühere Verfahrensstadien nicht gelten sollte, insbesondere weil Sinn und Zweck des Akteneinsichtsrechts der ist, den Verteidiger über alle Untersuchungshandlungen – unabhängig von deren Ergebnis – in Kenntnis zu setzen.³³²

Betrachtet man nun das Kriterium der Verfahrensbezogenheit, wie es der BGH in der o.g. Entscheidung postuliert hat, so ist außerdem zu sagen, daß der dort verlangte doppelte Anknüpfungspunkt (tat- und täterbezogen) im Gesetz weder bei einer Auslegung nach dem Wortsinn, noch nach einer systematischen oder teleologischen Auslegung einen Anhaltspunkt findet.³³³

Setzt man sich mit dem Argument, ein Einsichtsrecht in die Spurenakten sei auch deshalb abzulehnen, weil diese in besonderem Maße öffentliche und private Interessen betreffen³³⁴, auseinander, findet sich in der Literatur u.a. der Vorschlag, falls es dabei um die Gefährdung von Zeugen, polizeilichen Gewährsleuten oder einfach auch von Privatleuten gehe, solle die Spurenakte im Einzelfall unter Gesichtspunkten des Notstandsgedankens partiell von der Einsicht ausgeschlossen werden.³³⁵ Dies sei jedenfalls einem generellen Ausschluß der Spurenakte vom Akteneinsichtsrecht vorzuziehen.³³⁶ So viel Charme dieses Argument haben mag, so sehr ist es – jedenfalls an dieser Stelle – deplaziert: Die Einschränkung eines bestehenden Akteneinsichtsrechts kann sinnvollerweise erst dann erfolgen, wenn man sich über die grundsätzliche Einsichtsfähigkeit einer Akte klar geworden ist. Dieses Argument hier anzuführen, wie der BGH das tut, aber auch darauf hier inhaltlich einzugehen, setzt vom gedanklichen Aufbau her voraus, daß man die Gefährdung öffentlicher und privater Belange als konstitutiv für das Akteneinsichtsrecht ansieht. Es genügt allerdings ein Blick auf § 147 I und II StPO, um zu bemerken, daß die Gefährdung dieser Belange in der Konzeption der StPO keine konstitutive Rolle spielt, sondern eine beschränkende, was die erfolgte Konstituierung bereits voraussetzt.

Abgesehen davon, daß durch eine Vermengung dieser beiden Punkte die bestehenden Probleme nicht gerade einfacher würden, muß man sich auch vor Augen halten, daß es hierbei

³³¹ *Beulke*, a.a.O..

³³² *Beulke*, a.a.O. S. 291.

³³³ *Schneider*, a.a.O. S. 341.

³³⁴ BGH, a.a.O., S. 140.

³³⁵ *Beulke*, a.a.O. S. 292 f..

³³⁶ *Beulke*, a.a.O..

nicht nur um eine Ordnungsfrage geht, um ein formelles Problem. Wie eingangs des Kapitels bereits gesagt, befindet sich die Arbeit konstruktiv auf der Ebene eines Grundsatzes und der damit zusammenhängenden Frage, was von diesem Grundsatz (Akteneinsicht ist zu gewähren) alles umfaßt wird. Wie ebenfalls dargestellt, ist die Frage der Beschränkbarkeit des bestehenden Akteneinsichtsrechts die nach einer Ausnahme von diesem Grundsatz. Das hat auch Konsequenzen für denjenigen, der sich auf die Beschränkbarkeit bzw. auf die Nichtbeschränkbarkeit berufen will: Folgte man dem Aufbauedanken, der diesem Argument zugrundeliegt, müßte derjenige, der sich auf die Nichtbeschränkbarkeit im konkreten Fall berufen will, im Zweifel beweisen, daß die genannten öffentlichen und privaten Belange *nicht* gefährdet sind. Im umgekehrten Fall wäre die Nicht- Gefährdung der (nicht nachzuweisende) Normalfall und die Gefährdung die dann vom sich darauf Berufenden nachzuweisende Ausnahme. Daß letztgenannter Fall ganz ohne Frage der Konzeption des Gesetzes entspricht, sollte aus dem zu § 147 I und II StPO Gesagten ersichtlich sein.³³⁷ Das Argument des BGH ist also ganz abgesehen von der Frage nach inhaltlicher Sinnhaftigkeit an dieser Stelle ganz schlicht fehl am Platze und bedarf daher auch keiner weiteren *inhaltlichen* Behandlung.³³⁸

Was den Ausgangspunkt der Entscheidung des BGH im in Rede stehenden Fall anbelangt, die Tatsache nämlich, daß die Spurenakte u.U. eine immense Anzahl von Informationsmaterial umfaßt, so sind zunächst einmal zwei Vorschläge anzuführen, die den Umfang der zu bearbeitenden und einsichtsfähigen Materie deutlich reduzieren würden, ohne völlig auf ein Akteneinsichtsrecht in die Spurenakten zu verzichten:

Das OLG Koblenz bejahte in einem Urteil³³⁹ ein Akteneinsichtsrecht in Spurenakten dann, wenn auf diese in den Verfahrensakten Bezug genommen wurde. Diese Anerkennung eines Akteneinsichtsrechts ist in Wirklichkeit allerdings nur eine scheinbare, stellt sich das Recht auf Akteneinsicht in diesen Fällen als völlig selbstverständliche Konsequenz der Tatsache dar, daß durch diesen Verweis die Spurenakten unbestrittenermaßen zu Akten i.S.d. § 147 I StPO wurden.³⁴⁰ Der scheinbare Kompromiß ist also keiner.

Außerdem wird in der Literatur vertreten, daß ein Akteneinsichtsrecht in die Spurenakten unstrittig nur dann gegeben sei, wenn die dem Gericht vorgelegten Akten eine Aufstellung der

³³⁷ So auch *Groh* in DRiZ 1985, 52, 53.

³³⁸ Dem in der vorangehenden Fußnote genannten Beitrag läßt sich nicht entnehmen, ob der Verfasser das Argument einer solchen partiellen Einschränkung auf dieser Ebene bringen will oder ob er hier nur auf die (später ansetzende) Beschränkungsmöglichkeit hinweisen will. Davon abgesehen ist allerdings die Berufung auf Notstandsgesichtspunkte hier in höchstem Maße zweifelhaft: Der Gesetzgeber hat durch § 147 II StPO eine Abwägung zwischen genau diesen privaten und öffentlichen Belangen auf der einen Seite und den Interessen und Verteidigungsrechten des Beschuldigten auf der anderen Seite getroffen. Es erscheint fraglich, ob daneben noch andere Belange zu einer Einschränkung führen können sollten. Auf diese Frage wird allerdings im weiteren Verlauf der Arbeit noch einzugehen sein.

³³⁹ OLG Koblenz in NJW 1981, 1570.

Spurenakten enthielten.³⁴¹ Einen Kompromiß, also eine allen Seiten gerecht werdende Lösung enthält auch dieser Ansatz allerdings nicht. Schließlich legt man hier die Entscheidung über das Einsichtsrecht wiederum in die Hände der Staatsanwaltschaft, womit sich die bekannte Problematik erneut auf tut.

Man wird daher mangels ernsthafter Alternativen nicht umhinkommen, eine Entscheidung zu treffen zwischen einer gewissen Verfahrensökonomie und der umfangreichen Wahrung der Beschuldigtenrechte. Zuerst ist hier zu sagen, daß administrative Probleme eigentlich kein Grund sein dürfen, um prozessuale Grundrechte einzuschränken. In dieselbe Richtung geht auch der Gedanke, daß – wo die Spurenakten besonders umfangreich sind – die Ermittlungen wohl auch besonders umfangreich und komplex gewesen sein müssen und sich die Täterfindung offenbar nicht ganz einfach gestaltete; was ja nahelegt, daß dieser Prozeß nicht völlig unproblematisch abgelaufen sein muß und sich daher Fehler eingeschlichen haben, eher jedenfalls als in einfach gelagerten Fällen. Anders ausgedrückt: Geht es um einen Ladendiebstahl, fällt die Spurenakte wohl regelmäßig recht dürftig aus, unter dem Gesichtspunkt des Umfangs könnte es hier daher keine Bedenken geben, daß der Verteidiger die Spurenakte einsehen kann, obwohl man das Interesse in diesem Fall – es ist sicher nicht zu unterschätzen – in aller Regel geringer einschätzen dürfte als in einem spektakulären Mordfall, in dem nach langer Zeit und intensiven Ermittlungen unter vielen Verdächtigen einer herausgefiltert wurde, auf den sich die Ermittlungen nunmehr konzentrieren. Der Rückgriff auf dieses Argument ist deshalb so fatal, weil es dem Verteidiger seine Rechte genau in dem Moment abschneidet, wo er sie am dringendsten benötigt. Der Satz des BGH, die Aufklärungspflicht des Gerichts müsse „überschaubar und erfüllbar“ sein³⁴², übersieht zwei wesentliche Gesichtspunkte: Einerseits kann es nicht die Staatsanwaltschaft sein, die diese Überschaubarkeit festlegt und andererseits ist auch nicht einzusehen, wieso in einem Verfahren, in dem sich dem Verteidiger die Ermittlungsführung als unüberschaubar darstellt, dem Gericht eine spruchreife Version serviert werden sollte. Einfach ausgedrückt: So viel Anstrengung muß man im Zweifel in einem Rechtsstaat von einem Gericht erwarten dürfen!

In der Frage der polizeilichen Spurenakte ist nach Abwägung aller Argumente die einzige verbleibende Möglichkeit die, dem Verteidiger das die volle Spurenakte umfassende Einsichtsrecht auch bzgl. dieser Akten zu eröffnen. Es findet sich, das sei noch der Vollständigkeit halber erwähnt, der Vorschlag, die Staatsanwaltschaft möge in besonders umfangreichen Sachen zunächst auswählen, welche Spurenakten mit den Hauptakten vorzulegen seien. Dazu

³⁴⁰ *Beulke*, a.a.O., S. 286 sowie *Schneider*, a.a.O., S. 341 m.w.N..

³⁴¹ *Wasserburg* in *NStZ* 1981, 211 ff..

³⁴² *BGH*, a.a.O., S. 140.

sei sie aufgrund ihrer exponierten Stellung im Ermittlungsverfahren in besonderer Weise befähigt. Sie solle freilich in den dem Gericht vorgelegten Akten einen Hinweis darauf geben, daß zusätzliche Akten existierten. Diese seien dann wahlweise bei Staatsanwaltschaft oder Polizei zu verwahren, um dort dem Verteidiger zur Einsicht nach § 147 I StPO zur Verfügung zu stehen.³⁴³ Dieser Vorschlag setzt allerdings voraus, daß man das Akteneinsichtsrecht bzgl. der Spurenakten grundsätzlich bejaht. Darauf aufbauend kann er sicherlich eine sinnvolle Art und Weise des Vorgehens sein. Er kann allerdings nichts daran ändern, daß der Verteidiger sich gegebenenfalls durch einen immensen Berg von Akten arbeiten muß, um eine sachgerechte Verteidigung zu leisten.

bb. Die staatsanwaltlichen Handakten

Bei den staatsanwaltlichen Handakten handelt es sich um Blattsammlungen der Staatsanwaltschaft, die während eines Ermittlungs- oder Strafverfahrens entstehen.³⁴⁴ Es ist allgemein anerkannt, daß diese Handakten nicht unter das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers nach § 147 I StPO fallen³⁴⁵, was auch in Nr. 187 II RiStBV seinen Niederschlag gefunden hat. Anders als bei der polizeilichen Spurenakte ist also die grundsätzliche Frage der Akteneinsicht nicht umstritten. Nicht ganz klar wird jedoch im Einzelfall die Frage beantwortet, was Bestandteil dieser Handakten ist und sein darf.

Relativ problemlos unter die „Handakten“ der Staatsanwaltschaft fallen Kopien von Urkunden, Verfügungen oder sonstigen Bestandteilen der Akte, deren Originale z.B. zur Fortführung der Ermittlungen an anderer Stelle benötigt werden.³⁴⁶ Weiterhin ist Teil der Handakten der Staatsanwaltschaft auch der Schriftverkehr mit anderen Behörden, falls dieser nicht die Schuld- oder Straffrage betreffen kann, sowie alle innerbehördlichen Dienstvorgänge, also etwa Weisungen, Anregungen, Berichte (auch solche an eine vorgesetzte Behörde) u.ä.³⁴⁷ Hier kann es u.U. dann problematisch werden, wenn es darum geht, ob z.B. eine Weisung des Generalstaatsanwalts an den zuständigen Dezernenten, die von diesem beabsichtigte Verfahrenseinstellung nicht vorzunehmen, einen innerdienstlichen Vorgang darstellt oder nicht.³⁴⁸ Angesichts der Weisungsgebundenheit der Staatsanwälte ist eine solche Weisung kein Eingriff in den formellen Verfahrensablauf, sondern lediglich in die Art und Weise der Aktenbehandlung, und damit nur die Weisung, einen Eingriff in den formellen Verfahrensablauf vor-

³⁴³ *Beulke*, a.a.O., S. 297.

³⁴⁴ *Schneider*, a.a.O., S. 339.

³⁴⁵ *Schneider*, a.a.O.; *KK-Laufhütte* zu § 147 Rn 4; *Kleinknecht* in FS Dreher, S. 721 ff..

³⁴⁶ *Schneider*, a.a.O.; diese Fälle sind bzgl. ihrer Relevanz für die Wahrnehmung der Verteidigungsrechte auch als eher gering einzustufen, da ja der Informationsgehalt so oder so immer noch in der Akte steckt.

³⁴⁷ *L/R-Lüderssen*, zu § 147, Rn 30.

³⁴⁸ Beispielsfall entnommen *Schneider*, a.a.O., S. 340.

zunehmen, nicht aber selbst ein solcher. Da es aber bei der Art und Weise der Aktenbehandlung nur um den innerbehördlichen Willensbildungsprozeß geht, muß diese Weisung nicht dem Akteneinsichtsrecht zugänglich gemacht werden, denn auf die Kenntnis dieser Vorgänge besteht kein Anspruch seitens des Verteidigers.³⁴⁹

Etwas anderes kann sich jedoch bzgl. eventuell bereits zu den (Haupt-) Akten geordneter Verfügungen ergeben: Hätte also der Dezernent im Beispielfall bereits einen Einstellungsbescheid geschrieben und zu den Akten geheftet, wäre dieser bereits Bestandteil der Akten geworden und könnte dann nicht mehr ohne weiteres aus diesen entfernt werden, da in diesem Fall dann der Grundsatz der Aktenvollständigkeit beeinträchtigt wird.³⁵⁰ Hier müßte dann wenigstens ein Vermerk der Staatsanwaltschaft den Vorgang irgendwie nachvollziehbar machen.³⁵¹

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß Handakten der Staatsanwaltschaft grundsätzlich nicht Akten i.S.d. § 147 I StPO darstellen, es allerdings im Einzelfall schwierig sein kann, innerdienstliche Vorgänge als solche zu erkennen, und daß sich dann etwas anderes ergibt, wenn eigentlich innerdienstliche Vorgänge bereits in irgendeiner Form in den (Haupt-) Akten dokumentiert worden sind, weil dann der Grundsatz der Aktenvollständigkeit betroffen ist.

3. Die Beschränkung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO

Nachdem im vorangegangenen Teil dargestellt wurde, worauf sich das Akteneinsichtsrecht des § 147 I StPO bezieht, soll im nun folgenden Teil gezeigt werden, inwiefern dieses Akteneinsichtsrecht beschränkbar ist.

Die gesetzliche Verankerung dieser Beschränkung findet sich in § 147 II StPO. Wie zu Beginn des Kapitels beschrieben, stellt diese Beschränkungsmöglichkeit die Ausnahme vom Grundsatz der unbeschränkten Akteneinsicht dar.³⁵² Der Staat darf grundsätzlich Ermittlungen anstellen und Informationen über Einzelne sammeln, er ist bei Kenntniserlangung von einer Straftat nach § 160 I StPO dazu sogar verpflichtet. Das folgt daraus, daß er das ordnende Element einer Gesellschaft darstellt und also die Einhaltung von deren Regeln durchsetzen muß. Der Einzelne hat dann aber auf nächster Stufe einen grundsätzlichen Anspruch, zu erfahren, wieviel der Staat über ihn weiß. Die „Normwerdung“ dieses Anspruchs ist das Akteneinsichtsrecht nach § 147 I StPO. Bei dieser Wissensparität kann es aber nicht bleiben, weil nämlich der Staat zur Ausübung seiner Ordnungsfunktion zeitweilig gegenüber den Einzelnen

³⁴⁹ *Schneider*, a.a.O..

³⁵⁰ *Schneider*, a.a.O..

³⁵¹ *Barton* in FS Staatsanwaltschaft Schleswig- Holstein S. 335, 336.

³⁵² *Burkhard* in DSfZ 2000, 850, 850; *Walischewski* in StV 2001, 243, 247.

ein gewisses Plus an Macht, sprich hier: an Information, benötigt.³⁵³ Dieses Plus verwirklicht sich im Rahmen des Rechts auf Akteneinsicht durch die Beschränkungsmöglichkeit des § 147 II StPO, die dem Staat in Gestalt der Staatsanwaltschaft einen Informationsvorsprung in bezug auf die Akten zugesteht. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang vor allem zwei Punkte:

Zum einen ist ein Mehr an Macht auf Seiten des Staates in den Augen des Gesetzgebers nur bis zum Vermerk des Ermittlungsabschlusses in den Akten nötig. Nach diesem Zeitpunkt hat der Staat offenbar seiner Ordnungsfunktion genügt und tritt nunmehr dem Angeklagten als gleichberechtigter Gegner vor einer neutralen dritten Instanz, der Justiz, gegenüber. Zum anderen ist der der Staatsanwaltschaft gewährte Vorsprung streng funktionsgebunden und auch verhältnismäßig, d.h. in angemessener Weise auszuüben, wie sich auch aus der Tatsache ergibt, daß es sich um einen Ausnahmetatbestand handelt.

Das erste Problem, das sich im Zusammenhang mit § 147 II StPO stellt, ist genau die sich an diese Aussage anschließende Frage, ob nämlich die der Staatsanwaltschaft hier gewährte Möglichkeit der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts *an sich* verfassungsgemäß ist, d.h. ob u.U. Normen des GG entgegenstehen. Hieran anschließend wird auf die Frage einzugehen sein, wie der Gefährdungsbegriff des § 147 II StPO auszulegen ist, mithin wann eine Gefährdung des Untersuchungszweckes gegeben ist. Die hierfür gefundene Lösung wird danach mit der Arbeitshypothese verglichen werden, wobei sich sowohl die Lösung an der Hypothese als auch die Hypothese an der Lösung messen lassen muß.

Schließlich wird das so gefundene Ergebnis im Hinblick darauf zu untersuchen sein, ob es auch im speziellen Fall des inhaftierten Beschuldigten eine brauchbare Lösung bietet, wobei an dieser Stelle die Rechtsprechung des EGMR („Lamy- Urteil“³⁵⁴) eine prägende Rolle spielen wird.

a. Die Verfassungsmäßigkeit von § 147 II StPO

Es wurde bereits angesprochen, daß § 147 II StPO und die damit verbundene Einschränkungsmöglichkeit der Akteneinsicht dazu dient, ein gewisses Plus an Informationsmacht der Staatsanwaltschaft in gewissen Fällen aufrechtzuerhalten. Erstens wird zu fragen sein, ob es an sich verfassungsmäßig sein kann, der Staatsanwaltschaft dieses Plus an Informationsmacht zuzugestehen. Findet sich hier ein positives Ergebnis, soll zweitens untersucht werden, ob die Regelung des § 147 II StPO dieses Plus auch verfassungsgemäß ausgestaltet.

³⁵³ Diese Funktion des § 147 II StPO wird gemeinhin als „Effektivitätssicherung der Strafverfolgung“ bezeichnet, vgl. etwa *Walischewski*, S. 55 m.w.N..

³⁵⁴ StV 1993, 283 f.

aa. Die generelle Zulässigkeit eines Plus an Informationsmacht für die Staatsanwaltschaft

Man kann also feststellen, daß sich hier auf einer ganz abstrakten Ebene zwei Positionen gegenüberstehen: zunächst die des Einzelnen, der sich informieren können will über Art und Umfang der ihn betreffenden vorliegenden Information, die staatlicherseits gesammelt wurde; sodann jene des Staates, der zur Effizienz der Strafrechtspflege darauf angewiesen zu sein scheint, daß er dem Einzelnen nicht alles mitteilen muß, was er über ihn weiß, wenigstens nicht jederzeit. Um das Ganze in eine verfassungsrechtliche Terminologie zu gießen: Es stehen sich gegenüber die Rechte des Beschuldigten (das auf ein faires Verfahren und das auf Gewährung rechtlichen Gehörs) und das Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, also Verteidigungs- und Aufklärungsinteressen. Das ist der „grundlegende Antagonismus des Ermittlungsverfahrens“.³⁵⁵

Es soll an dieser Stelle – es ist wichtig, dies klarzustellen – *nicht* um die Frage gehen, ob die Verweigerung des Akteneinsichtsrechts im Rahmen eines Haftprüfungsverfahrens³⁵⁶ oder sonstwie im Rahmen gerichtlichen Rechtsschutzes³⁵⁷ gegen prozessuale Grundrechte des Beschuldigten / des Verteidigers verstößt. Gegenstand der unmittelbar folgenden Erörterungen ist vielmehr nur die Frage, ob ein Verstoß gegen Verfassungsrecht bereits in der *Möglichkeit* der Akteneinsichtsverweigerung *an sich*, wie sie sich aus § 147 II StPO ergibt, zu erblicken ist.

Wenn man den Blick auf § 147 II StPO wendet, so wird dort dieser Konflikt im Ermittlungsverfahren zugunsten des Aufklärungsinteresses des Staates gelöst: Dieser kann im Zweifel die Informationsherausgabe verweigern, wenn eben dieses Aufklärungsinteresse in Gefahr erscheint. Bei der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit geht es also darum, ob diese Entscheidung der StPO zugunsten des Aufklärungsinteresses und damit zugunsten des ermittelnden Staates und zuungunsten des Einzelnen eine verfassungsrechtlich vertretbare ist.

Betrachtet man nun die einzelnen betroffenen Rechtspositionen des Beschuldigten und stellt man sich die Frage, ob eine der beiden bereits dem Grunde nach dazu führt, einen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft an dieser Stelle nicht zuzulassen, so ist zunächst der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs, der verfassungsrechtlich in Art. 103 I GG verankert ist, zu erörtern.

Sinn des Anspruchs ist zu verhindern, daß der Beschuldigte unter Mißachtung seiner Menschenwürde zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens wird. Art. 103 GG soll also seine

³⁵⁵ Welp, a.a.O., S. 311.

³⁵⁶ Dazu später, vgl. Teil 2 A. II. 3.c..

³⁵⁷ Vgl. zu dieser Problematik etwa *Walischewski*, S. 94.

Subjektstellung garantieren.³⁵⁸ Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs ist daher ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.³⁵⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung den Anspruch u.a. dahingehend konkretisiert, daß der Beschuldigte im Verfahren Gelegenheit bekommen muß, zu Wort zu kommen und insbesondere sich zu dem maßgeblichen Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern³⁶⁰, wobei damit auch die Pflicht des Gerichts korrespondiert, diese Äußerungen zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen.³⁶¹ Es wird deutlich, daß der Verteidiger in erheblichem Maße seinen Anspruch auf rechtliches Gehör durch die Akteneinsicht wahrnimmt: Wissen er und der Beschuldigte also etwa nicht, um welchen Vorwurf es sich handelt und auf welche Tatsachen er sich stützt, werden sie kaum in der Lage sein, sich dazu adäquat zu äußern. Wichtig für das hier zu behandelnde Problem der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts ist in diesem Zusammenhang allerdings auch, daß die nähere Ausgestaltung dieses prozessualen Grundrechts den einzelnen Verfahrensordnungen überlassen ist.³⁶² Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt also *nicht*, daß der Beschuldigte unbedingt einen Anspruch haben muß, sich zu jeder Verfahrenslage zu allen aufgeworfenen Fragen umfassend zu äußern. Daher geht auch aus dem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs noch nicht hervor, daß er zu jeder Zeit des Verfahrens (also auch im Ermittlungsverfahren) einen allumfassenden Anspruch auf Akteneinsicht haben muß. Art. 103 GG steht also einer Einschränkung nicht grundsätzlich entgegen.

Das andere betroffene Beschuldigtenrecht ist das auf ein faires Verfahren. Der Grundsatz des fairen Verfahrens ist nach allgemeiner Ansicht bereits dem Rechtsstaatsprinzip immanent.³⁶³ Daneben ist der Grundsatz des fairen Verfahrens auch Bestandteil der EMRK, hier ist er (auch als fair-trial-Grundsatz bezeichnet) in Art. 6 I EMRK geregelt. Auch der Grundsatz des fairen Verfahrens ist – wie der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs – Ausfluß der Menschenwürde der Verfahrensbeteiligten und der daraus resultierenden Forderung, den Beschuldigten nicht als Objekt des Verfahrens zu behandeln, sondern ihm eine Subjektstellung zukommen zu lassen.³⁶⁴ Mit dem Grundsatz ist die Pflicht zu einem gegenüber allen Verfahrensbeteiligten fairen Vorgehen gemeint, es wird ein allgemeines Prinzip der Verfahrensgerechtigkeit ausgedrückt.³⁶⁵ Eine solche Verfahrensgerechtigkeit wird durch das Akteneinsichtsrecht dahingehend etabliert, daß eine Wissensparität zwischen der Staatsanwaltschaft

³⁵⁸ *Haller/Contzen*, Das Strafverfahren, Rn 24.

³⁵⁹ *KK-Pfeiffer*, Einl., Rn 26.

³⁶⁰ BVerfG in NJW 1983, 2762 f.

³⁶¹ BGHSt 28, 44, 46.

³⁶² *Haller/Contzen*, a.a.O.; *KK-Pfeiffer*, a.a.O..

³⁶³ *Haller/Contzen*, a.a.O., Rn 23; *KK-Pfeiffer*, a.a.O., Rn 28, jeweils m.w.N..

³⁶⁴ BVerfG in NJW 1983, 1043.

³⁶⁵ *L/R-Gollwitzer*, MRK Art. 6, Rn 68; *Haller/Contzen*, a.a.O..

und Verteidigung geschaffen wird. Für die Klärung der in Rede stehenden Frage der Einschränkung des Akteneinsichtsrechts ist allerdings wichtig, daß abstrakt gesehen die Verfahrensgerechtigkeit, und damit im konkreten Fall des Akteneinsichtsrechts auch die Wissensparität, in der Regel nicht mit Blick auf den einzelnen Verfahrensvorgang, sondern vielmehr im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des jeweiligen Verfahrens zu würdigen ist.³⁶⁶ Das hat zur Folge, daß allein durch die Möglichkeit eines Informationsvorsprungs der Staatsanwaltschaft an einem bestimmten Punkt des Verfahrens (hier: im Ermittlungsverfahren) der Grundsatz des fairen Verfahrens noch nicht verletzt sein muß, da es für diesen eben nicht erforderlich ist, daß Wissensparität zu jeder Phase des Verfahrens herrscht.

Allein die grundsätzliche Möglichkeit der Einschränkung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren führt also noch nicht dazu, daß eines der beiden Rechte verletzt ist. Es bleibt allerdings zu klären, inwiefern die *Regelung* des § 147 II StPO verfassungsrechtlich bedenklich ist, insofern sie u.U. einen diesen Grundsätzen nicht gerecht werdenden Weg eingeschlagen hat:

Das Bundesverfassungsgericht hat mehrfach entschieden, daß die Regelung des § 147 II StPO „verfassungsrechtlich unbedenklich“³⁶⁷ sei.³⁶⁸ Das Ermittlungsverfahren diene der Verdachtsklärung und sei daher nicht von Anfang an „offen“, also unter Offenlegung aller ermittelten Informationen, zu führen.³⁶⁹ Durch ein solches „offenes Ermittlungsverfahren“ würden nämlich im Zweifel die zentralen Anliegen des Strafverfahrens, als da seien Sachverhaltserforschung und Wahrheitsfindung, unerträglichen Erschwernissen und Verdunklungsmöglichkeiten ausgesetzt.³⁷⁰ An anderer Stelle ist davon die Rede, das Rechtsstaatsprinzip erfordere eine wirksame und funktionstüchtige Strafrechtspflege³⁷¹, ohne die die Gerechtigkeit nicht durchgesetzt werden könne. Es sei daher nicht zu beanstanden, wenn der Staatsanwaltschaft ein Informationsvorsprung eingeräumt werde.³⁷²

Soweit ersichtlich wird in der Literatur das so gefundene *Ergebnis* nicht wirklich kritisiert. Bezweifelt wird allerdings in Teilen die dahinführende *Argumentation* des Bundesverfassungsgerichts. So wird etwa gesagt, durch die Zuordnung der funktionierenden Strafrechtspflege zum Rechtsstaatsprinzip werde ein Gegensatz des Rechtsstaatsprinzips zu den Beschuldigtenrechten und dessen Anerkennung als Verfahrenssubjekt aufgebaut, der in dieser

³⁶⁶ L/R-Gollwitzer, a.a.O..

³⁶⁷ So das OLG Hamm am 3.2.1994 (Az: 3 Ws 678/93; als JURIS- Dokument abrufbar) in Interpretation der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Thema.

³⁶⁸ BVerfG in NSTZ 1984, 228, 228; StV 1994, 465 f.; sowie der Vorprüfungsausschuß des BVerfG in NJW 1984, 1451 f..

³⁶⁹ BVerfG in StV 1994, 465, 466.

³⁷⁰ BVerfG a.a.O..

³⁷¹ So z.B. hergeleitet in BVerfGE 51, 324, 343; 53, 152, 160.

Form nicht existiere, da auch die Stellung des Beschuldigten und dessen Rechte im Rechtsstaatsprinzip wurzeln.³⁷³ Es handele sich also nicht um einen Konflikt der Beschuldigtenrechte mit dem Rechtsstaatsprinzip, sondern um ein Spannungsverhältnis innerhalb des Rechtsstaatsprinzips.³⁷⁴ Abgesehen davon, wird gesagt, gehe es auch nicht um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege schlechthin, also um ihre Existenz, sondern nur um die Effektivierung ihrer Instrumente und Abläufe.³⁷⁵

Dem wird man sicherlich insofern zustimmen müssen, als eine funktionierende Strafrechtspflege kein von den Beschuldigtenrechten zu trennender Wert ist. Eine effektive und funktionierende Strafrechtspflege beinhaltet auch immer, daß das Ziel der Sachverhaltsklärung und Wahrheitsfindung *mit den Mitteln des Rechtsstaates* erfolgt, also unter Wahrung der Beschuldigtenrechte. Ein Antagonismus von funktionierender Strafrechtspflege und Beschuldigtenrechten besteht demnach ganz sicher nicht in der Form, wie das Bundesverfassungsgericht ihn beschrieben hat. Daß allerdings ein gewisser Gegensatz der Interessen von Staatsanwaltschaft und Verteidiger im Ermittlungsverfahren besteht, daran kann genauso wenig ein Zweifel bestehen.

Wenn man nun beide Interessenpositionen gegeneinander abwägt, erscheint als gangbarer Weg, zu schauen, ob eine der beiden Interessenpositionen nur dann zur Geltung kommen kann, wenn man sie völlig berücksichtigt, und ob für diesen Fall die andere Interessenposition derart stark beeinträchtigt wird, daß man nicht mehr von einer wirklichen Berücksichtigung reden kann. Mit anderen Worten: Wenn die Beschuldigtenrechte nur dann zu wahren wären, wenn ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft zu keiner Zeit bestünde, man aber andererseits zur Berücksichtigung des Interesses der Staatsanwaltschaft am Erreichen des Ermittlungszweckes einen solchen Vorsprung nicht unbedingt benötigte, könnte man auch ohne einen Vorsprung beiden Interessen genügen, ein solcher wäre dann nicht vonnöten.

Bezogen auf das Interesse der Staatsanwaltschaft am Erreichen des Ermittlungserfolges stellt sich die Frage, ob diesem auch ohne einen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in diesem Verfahrensstadium ausreichend Rechnung getragen werden kann. Ohne in die Details der Frage nach der genauen Größe des Informationsvorsprungs und damit die Erörterung des Gefährdungsbegriffes bei § 147 II StPO einsteigen zu wollen, kann man ganz konkret jedenfalls bei Zwangsmaßnahmen davon ausgehen, daß es Situationen geben *kann* (nicht muß), in denen der Zweck der jeweiligen Maßnahme gefährdet ist, wenn Informationsparität herrscht, und in denen aus diesem Grund ein Informationsvorsprung nötig ist. In manchen Fällen

³⁷² BVerfG in NJW 1984, 1451 f..

³⁷³ Bahnsen, S. 80 f. m.w.N..

³⁷⁴ Bahnsen, S. 80.

scheint es also nicht möglich zu sein, daß die Staatsanwaltschaft eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung betreibt und so den Zweck des Ermittlungsverfahrens erreicht, ohne daß sie zu bestimmten Zeiten einen gewissen Vorsprung an Information behalten kann. Im Hinblick auf diese Interessen ist demnach zu sagen, daß sie durch eine völlige Aufgabe des Informationsvorsprunges nicht ausreichend berücksichtigt würden.

Im nächsten Schritt stellt sich die Frage, ob ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft möglich ist, ohne *völlig* die Interessen des Beschuldigten und des Verteidigers außer Acht zu lassen. Anders ausgedrückt: ob es auch möglich ist, diesen Interessen in vertretbarem Maße Rechnung zu tragen, wenn man einen Informationsvorsprung zuläßt. Hierzu ist zu sagen, daß dadurch natürlich in gewisser Weise die Rechte und Interessen des Verteidigers beeinträchtigt werden. Es ist aber nicht so, daß diesen Interessen nur dann Rechnung getragen werden kann, wenn zu jeder Zeit des Verfahrens Wissensparität besteht. Das ergibt sich im übrigen auch aus dem oben bereits zu den einzelnen betroffenen Rechten Gesagten:

Der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs bedeutet nicht, daß der Beschuldigte an jedem Punkt des Verfahrens in bezug auf jede Einzelheit informiert wird und ihm die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Eine Verletzung wäre jedenfalls dann zu verneinen, wenn Akteneinsicht nach Abschluß der Ermittlungen – wie § 147 II StPO das tut – immer³⁷⁶ und davor in den Fällen, in denen eine Gefährdung nicht denkbar ist, also grundsätzlich, gewährt würde und nur ausnahmsweise eine Verweigerung möglich wäre.

Auch der Grundsatz des fairen Verfahrens verlangt – wie bereits gesagt – nicht, daß Verfahrensgerechtigkeit und damit Wissensparität in jeder Verfahrensphase bestehen. Wenn man nun die Wissensparität an einer Stelle im Verfahren zugunsten der Staatsanwaltschaft ausnahmsweise aufhebt, um sie aber zum einen im Regelfall zu belassen und zum anderen nach Abschluß der betreffenden Stelle jedenfalls wieder herzustellen, dann kann das dem Grundsatz des fairen Verfahrens genügen. Jedoch ist auch hier fraglich, ob das durch die Regelung des § 147 II StPO auf eine diesen Maßstäben gerecht werdende Art und Weise umgesetzt worden ist.

bb. Die Zulässigkeit der Umsetzung durch § 147 II StPO

In bezug auf beide betroffenen Rechte stellt sich die Frage, ob die konkrete Versagungsmöglichkeit, die § 147 II nach dem Wortlaut der Staatsanwaltschaft gewährt, nicht zu sehr in die Rechte eingreift und nicht zu einseitig das Verfahren zugunsten der Staatsanwaltschaft aus-

³⁷⁵ Hassemer in StV 1982, 279 f., *Bahnsen*, a.a.O..

³⁷⁶ S. dazu unter eindeutiger Ablehnung einer analogen Anwendung von § 147 II StPO nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens OLG Hamburg in MDR 1991, 1072 f..

gestaltet. § 147 II StPO eröffnet der Staatsanwaltschaft nämlich eine Beschränkungsmöglichkeit für den Fall, daß eine Ermittlungszweckgefährdung eintreten *kann*. Geht man *vom Wortlaut* des § 147 II StPO aus, so will dieser die *Gefährdung* des Ermittlungszwecks verhindern. Maßstab für die Einschränkung des Einsichtsrechts kann also nach dem Wortlaut zwangsläufig nicht die Frage sein, ob eine Gefährdung bereits vorliegt, sondern nur, ob eine Gefährdung zu befürchten ist.

Es gibt nun zwei Wege mit diesem Wortlaut umzugehen:

(1) Reduktion des Wortlauts nach dem Wortsinn

Man kann sich zum einen fragen, ob das Potential einer Gefährdung überhaupt bestehen kann, ohne daß nicht auch eine Gefährdung gegeben ist. Gefahr meint allgemein „drohenden Schaden, drohendes Unheil“.³⁷⁷ Die Beeinträchtigung ist bei Vorliegen einer Gefahr demnach nicht zwingende Folge, sondern nur *eine* Möglichkeit. Ebenso gut kann es auch so sein, daß eine Beeinträchtigung nicht eintritt. Anders ausgedrückt: Gefährdung hat bereits aus sich heraus einen potentiellen Charakter.

Man könnte nun sagen, daß es daher auch nicht denkbar ist, daß es nur *potentiell* zu einer *Gefährdung* kommen kann. Denn das Potential einer Gefährdung trüge dann immer bereits das Potential der Beeinträchtigung in sich. Und Potential einer Beeinträchtigung ist Gefährdung. Demnach könnte also niemals eine potentielle Gefährdung gegeben sein, ohne daß dies gleichzeitig eine Gefährdung wäre. In diesem Fall wäre die Kategorie der potentiellen Gefährdung aber überflüssig. Mit anderen Worten liegt eine Gefährdung vor oder nicht. In dem Moment, in dem man sie für möglich hält, ist sie bereits vorhanden. Sie kann daher nicht nur möglicherweise bestehen. Ergebnis dessen wäre, daß man den Wortlaut sinnvollerweise dahingehend korrigieren müßte, daß eine Gefährdung des Untersuchungszweckes tatsächlich gegeben sein muß, weil eine Gefährdung ja niemals nur potentiell sein könnte. Man kann demnach der Ansicht sein, eine „potentielle Gefährdung“ sei eine Tautologie. Dann wäre die Formulierung des § 147 II StPO „gefährden kann“ gedoppelt, und das Verb „können“ hier also überflüssig und wegzudenken.

(2) Verfassungsmäßigkeit einer potentiellen Gefährdung

Zum anderen kann man es zunächst bei dem Wortlaut von § 147 II StPO belassen und eine potentielle Gefährdung für grundsätzlich möglich halten. Konsequenz wäre, daß nach dem Wortlaut des § 147 II StPO die Akteneinsichtsverweigerung der *Prävention einer Gefährdung*

³⁷⁷ Definition entnommen Meyers Taschenlexikon, Stichwort „Gefahr“.

des Ermittlungszwecks dient. Das Problematische an Präventivmaßnahmen ist allerdings in der Regel, daß sie sich gerade nicht auf etwas beziehen, das sicher eintreten wird, sondern auf etwas, bei dem eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür gegeben ist, daß es eintreten wird, bei dem aber eben auch nicht *sicher* ist, daß es eintreten wird. Anders ausgedrückt ist in diesen Fällen immer eine Prognoseentscheidung desjenigen notwendig, der über das Ergreifen der jeweiligen Präventivmaßnahme zu befinden hat. Das Problematische an Prognoseentscheidungen wiederum ist, daß – aufgrund der Tatsache, daß sie sich immer nur auf einen hypothetischen Verlauf stützen können – oftmals vorher, nachher und zur Zeit der Entscheidung umstritten sein wird, ob die Prognose zutrifft oder nicht.

Im konkreten Fall der potentiellen Gefährdung des Ermittlungszwecks wird das besonders deutlich: Nachträglich ist nicht mehr zu überprüfen, ob die Möglichkeit einer Gefährdung des Ermittlungszwecks realiter bestanden hat. Wurde der Ermittlungszweck nicht gefährdet (was ja nach dem Wortlaut des § 147 II StPO Ziel der Beschränkung des Akteneinsichtsrechts war), kann eine positive Gefährdung logischerweise nicht festgestellt werden. Bei der Frage nach der Richtigkeit der Prognoseentscheidung muß in diesem Fall darauf abgestellt werden, ob die Akteneinsichtsrechtsbeschränkung dafür kausal wurde, daß die Gefährdung nicht eintrat, oder, wenn das nicht der Fall sein sollte, sie sich als mindestens aus der ex- ante- Perspektive geeignet darstellt, diese zu verhindern. Wurde hingegen der Ermittlungszweck trotz der Einschränkung der Akteneinsicht gefährdet, kann zunächst festgestellt werden, daß diese objektiv gesehen überflüssig war, weil sie aus der objektiven Perspektive heraus nichts an der Gefährdung ändern konnte. Demnach wäre die Prognoseentscheidung der Staatsanwaltschaft in allen diesen Fällen aus objektiver Sicht als falsch anzusehen. Es bleibt allerdings die Möglichkeit, hier die Richtigkeit der Entscheidung auch auf Grundlage der ex- ante- Perspektive zu beurteilen. So oder so wird deutlich, daß es in keinem denkbaren Fall ein sicheres objektives Kriterium gibt, an dem man die Entscheidung der Staatsanwaltschaft messen könnte.

In einem nächsten Schritt wird man sich näher mit dem Begriff der Gefährdung auseinanderzusetzen haben. Zunächst stellt man fest, daß eine Gefährdung des Ermittlungszweckes noch keine Beeinträchtigung desselben ist, daß diese vielmehr bereits dann vorliegt, wenn zu befürchten ist, daß der Ermittlungszweck beeinträchtigt werden wird.³⁷⁸ Mit anderen Worten: Auch beim Vorliegen einer Gefährdung ist der Ermittlungszweck noch nicht sicher betroffen, vielmehr ist auch das Verhindern einer Beeinträchtigung beim Vorliegen einer Gefährdung eine Präventivmaßnahme. Und auch bei diesem Schritt ist eine Prognoseentscheidung der Staatsanwaltschaft notwendig, was wiederum die oben beschriebenen Probleme mit sich

³⁷⁸ KK-*Laufhütte*, zu § 147, Rn 9.

bringt, namentlich, daß es kein objektiv sicheres Kriterium dafür geben kann, wann eine Gefährdung zu einer Beeinträchtigung führen wird.

Man stellt demnach fest, daß es nach dem Wortlaut des § 147 II StPO erstens ausreicht, daß durch die Gewährung der Akteneinsicht eine Gefährdung entstehen *kann*, also der Staatsanwaltschaft ein gewisser Einschätzungsspielraum, der zwangsläufig mit der dadurch nötigen Prognoseentscheidung verbunden ist, eingeräumt wird in bezug auf die Beurteilung der Frage, ob die Akteneinsichtsgewährung eine Gefahr nach sich ziehen *kann*. Zweitens bedeutet auch das sichere Vorliegen einer Gefahr nicht, daß es zur Beeinträchtigung des Ermittlungszwecks kommen *muß*. Die Staatsanwaltschaft hat hier demnach erneut eine Prognoseentscheidung zu treffen. Drittens hat somit die Staatsanwaltschaft im Rahmen des § 147 II StPO zwei Prognoseentscheidungen zu treffen, wenn man beim Wortlaut bleibt.

Kennzeichen einer solchen Prognoseentscheidung ist nun aber, daß regelmäßig ein größerer Kreis von Fällen als relevant angesehen werden wird, ganz einfach weil der Prognostizierende immer auch Unwägbarkeiten einkalkulieren muß. Diese führen dazu, daß eine Reihe von Fällen einbezogen wird, in denen das Eintreten der jeweiligen Bedingung möglich ist, sich dieses Potential tatsächlich aber nicht realisiert. Sind also „normalerweise“ (beim Vorliegen des Merkmals A tritt Folge B ein o.ä.) Fälle betroffen, in denen das Potential sich auch realisiert (sei hier: x), so ist bei einer Prognoseentscheidung jedenfalls auch diese Anzahl, darüber hinaus aber auch noch eine Anzahl von Fällen betroffen, in denen sich das Eintrittspotential nicht realisiert (sei hier: y). Bei Prognoseentscheidungen ist demnach eine viel größere Anzahl von Fällen betroffen ($x + y$) als in den Fällen, in denen sich die Gefahr auch immer realisiert. Darüber hinaus zieht das auch eine weniger große Überprüfbarkeit³⁷⁹ nach sich, weil ex post immer nur geprüft werden kann, ob aus der ex- ante- Sicht die jeweilige Prognose vertretbar war, also das Potential gegeben war, nicht hingegen, ob es zur Gefahrrealisierung auch im konkreten Fall kam. Konsequenz daraus ist aber neben der weitaus größeren Anzahl möglicherweise betroffener Fälle, daß die Macht dessen, der die Prognose trifft, erheblich wächst. Das ist in der Regel der Fälle nicht anders denkbar, weil Prävention sinnvoll und oft auch notwendig ist, ihr aber eine Prognoseentscheidung immanent ist.

Problematisch ist bei § 147 II StPO allerdings, daß dem Wortlaut folgend gleich zwei dieser Entscheidungen notwendig sind:

Geht man von der tatsächlichen Beeinträchtigung des Untersuchungszwecks rückwärts gewandt vor, ergibt sich für die *Gefährdung des Untersuchungszwecks* eine Anzahl von Fällen

³⁷⁹ Sollte man diese überhaupt für möglich erachten, zu dieser Diskussion jedoch später, Teil 2 A. II. 3.d..

x_1 (tatsächliche *Beeinträchtigung*) + y_1 (Fälle potentieller *Beeinträchtigung*, in denen sich das *Potential nicht realisiert*).

Weiter rückwärts gewandt bedeutet das bei einer dem Wortlaut nach hinreichende *Möglichkeit der Gefährdung*, daß hier eine Anzahl von Fällen x_2 (tatsächliche *Gefährdungen*, mithin $x_1 + y_1$) + y_2 (Fälle potentieller *Gefährdung*, in denen sich dieses *Potential nicht realisiert*) betroffen ist. Demnach kann bei der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung, ob die Akteneinsicht nach § 147 II StPO verweigert werden kann, eine Anzahl $x_2 (x_1 + y_1) + y_2$ von Fällen einbezogen werden, um eine Beeinträchtigungsanzahl von x_1 Fällen zu verhindern. Es ist also davon auszugehen, daß die Staatsanwaltschaft eine immens große Anzahl von Fällen als verweigerungsrelevant berücksichtigen kann und daß zudem die Berücksichtigung in einer erheblichen Anzahl von Fällen ($y_1 + y_2$) nur bedingt nachvollziehbar ist.

Mit Blick auf den Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft an dieser Stelle des Verfahrens ist danach festzustellen, daß § 147 II StPO dieser die Möglichkeit gibt, in einer extrem großen Anzahl von Fällen die Akteneinsicht zu verweigern, um eine relativ geringe Anzahl von tatsächlichen Beeinträchtigungen zu verhindern. Der Informationsvorsprung, den § 147 II StPO dem Wortlaut nach der Staatsanwaltschaft ermöglicht, ist also extrem groß und unbestimmt.

Blickt man nun auf die Feststellung zurück, daß ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zwar grundsätzlich denkbar ist, ohne den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs oder den Grundsatz des fairen Verfahrens zu verletzen, daß aber die gesetzliche Regelung eine gewisse Vorsicht an den Tag legen sollte, wenn es um die Eingriffe in diese Rechte geht, dann ist die Frage einer Verletzung der betroffenen Beschuldigtenrechte vor dem Hintergrund der soeben bemerkten Breite der Einschränkungsbefugnis erneut zu thematisieren:

Eine Verletzung des Anspruchs auf Gewährung rechtlichen Gehörs wäre – wie oben bereits gesagt – jedenfalls dann zu verneinen, wenn Akteneinsicht grundsätzlich gewährt würde und nur ausnahmsweise eine Verweigerung möglich wäre. Betrachtet man nun den Wortlaut des § 147 II StPO und die immens große Anzahl von Fällen, in denen die Verweigerung der Einsicht möglich ist, kann man nicht mehr davon sprechen, daß diese Norm de facto nur im Ausnahmefall zur Beschränkung des Akteneinsichtsrechts führt. Die dogmatische Konstruktion des § 147 I und II StPO ist zwar die des Regel- Ausnahme- Modells. Angesichts der Möglichkeiten zur Akteneinsichtsbeschränkung, die § 147 II StPO dem Wortlaut nach eröffnete, stellt sich dies jedoch als eine rein theoretische Ausgestaltung dar, die – *derart* umgesetzt – in der Praxis nicht zu verwirklichen wäre. Wenn aber die Verweigerung der Akteneinsicht nicht

mehr nur die Ausnahme wäre, würde in unverhältnismäßiger Weise in den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs eingegriffen. Es läge durch die Regelung des § 147 II StPO ein Verstoß gegen dieses Beschuldigtenrecht vor.

Auch der Grundsatz des fairen Verfahrens verlangt zwar – wie bereits gesagt – nicht, daß Verfahrensgerechtigkeit und damit Wissensparität in jeder Verfahrensphase bestehen. Wenn man nun die Wissensparität an einer Stelle im Verfahren zugunsten der Staatsanwaltschaft *ausnahmsweise* aufheben würde, um sie aber im Regelfall zu belassen, dann würde das dem Grundsatz des fairen Verfahrens genügen. Wenn sich aber die Aufhebung der Wissensparität an einer Stelle des Verfahrens nicht mehr als Ausnahme, sondern als Regelfall darstellte, wäre die Verfahrensgerechtigkeit dort so weitgehend nicht gewahrt, daß eine solche Regelung nicht mehr als dem Grundsatz des fairen Verfahrens genügend angesehen werden könnte. Wenn man *vom Wortlaut* des § 147 II StPO ausgeht, müßte man beide Beschuldigtenrechte als verletzt ansehen.

Nun steht dieser Feststellung das gewichtige Argument entgegen, daß zum einen das Bundesverfassungsgericht die Regelung des § 147 II StPO als „verfassungsrechtlich unbedenklich“ angesehen hat³⁸⁰ und zum anderen der weitaus größte Teil der hierzu geschriebenen Literatur im Ergebnis derselben Meinung ist. Interessant an der Literatur zu dieser Frage ist allerdings, daß diese regelmäßig nur von einem einstufigen Prognoseprozeß ausgeht, der über § 147 II StPO der Staatsanwaltschaft an die Hand gegeben wird. Die zentralen Fragen in den Argumentationen drehen sich regelmäßig darum, wann eine Gefahr hinreichend i.S.d. § 147 II StPO ist, also darum, ab welchem Grad der Gefährdung diese mit ausreichender Wahrscheinlichkeit auf eine Beeinträchtigung hinweist, ob sie beispielsweise konkret sein muß oder auch eine abstrakte Gefährdung des Ermittlungserfolges ausreicht.³⁸¹ Wenn überhaupt bemerkt wird, daß im Rahmen des § 147 II StPO bereits dann die Akteneinsicht ausgeschlossen werden könnte, wenn diese eine Gefährdung auch nur herbeiführen *kann*, so werden daraus keine Schlüsse gezogen.³⁸² Wenn man sich die Frage stellt, warum diese Thematik bislang noch nicht in dieser Form erörtert wurde, muß man sich zwei Aspekte vor Augen halten:

Zum einen, daß man auf dem Standpunkt stehen kann, das Potential einer Gefährdung könne überhaupt nicht gegeben sein, ohne daß eine Gefährdung gegeben ist. Das führte zu der oben³⁸³ beschriebenen Konsequenz, daß eine Verweigerung der Akteneinsicht auch nur in Fäl-

³⁸⁰ BVerfG in NSTz 1984, 228, 228; StV 1994, 465 f.; sowie der Vorprüfungsausschuß des BVerfG in NJW 1984, 1451f..

³⁸¹ So etwa *Burkhard* in *wistra* 1996, 171, 172; Brüssow/Krekeler/Mehle-Gillmeister zu § 4, Rn 162; *Groh* in DRiZ 1985, 52, 53; *Welp*, a.a.O., S. 319; *KK-Laufhütte*, zu § 147, Rn 9 und viele mehr.

³⁸² So etwa *Zacharias*, Zeugengefährdung, S. 206; *KK-Laufhütte*, a.a.O.; *Groh*, a.a.O..

³⁸³ S.o., Teil 2 A. II. 3.d..

len einer tatsächlichen Gefährdung des Untersuchungszwecks möglich wäre.³⁸⁴ Eine Verletzung der Beschuldigtenrechte läge dann nicht vor.

Zum anderen stellt sich, wenn man das nicht annimmt, die Frage, welche Konsequenzen die Erkenntnis der Verletzung der Beschuldigtenrechte hätte. Bevor man § 147 II StPO für verfassungswidrig erklären könnte, gälte es, die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung auszuloten, da eine solche der Feststellung der Verfassungswidrigkeit immer vorgeht.³⁸⁵

Führt man sich vor Augen, wieso soeben angenommen wurde, die zu weite Einschränkungsmöglichkeit des § 147 II StPO verletze prozessuale Grundrechte des Beschuldigten, so kann man eine sinnvolle Lösung der Problematik darin erblicken, die Bedingung für die Einschränkung der Akteneinsicht so zu lesen, daß die Akteneinsicht dann versagt werden kann, wenn der Untersuchungszweck gefährdet *ist*. Die Staatsanwaltschaft hätte dann lediglich *eine* Prognoseentscheidung zu treffen, der Kreis der möglichen Vorgänge wäre überschaubarer und klarer zu umreißen. Eine solche geltungserhaltende Reduktion erscheint an dieser Stelle der naheliegendste Weg.

Nach Betrachtung beider Aspekte stellt man fest, daß ein verfassungskonformer Umgang mit § 147 II StPO und der dort enthaltenen Möglichkeit der Akteneinsichtsbeschränkung dadurch zu bewältigen ist, daß man statt, wie es der Wortlaut des § 147 II StPO tut, auf eine potentielle Gefährdung abzustellen – wie im Fall der anderen Möglichkeit – das Vorliegen einer tatsächlichen Gefährdung verlangt, um die Akteneinsicht verweigern zu können.

(3) Ergebnis zu bb.

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß § 147 II StPO aus beiden Blickwinkeln als verfassungsgemäß anzusehen ist. Die Frage, die sich im weiteren stellt, ist in der Tat die in der Literatur vielfach erörterte, wie genau der Gefährdungsbegriff des § 147 II StPO zu verstehen ist.

cc. Ergebnis zu a.

Ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft ist in gewissem Umfang nötig, ohne Verletzung von Beschuldigtenrechten möglich und hat in § 147 II StPO auch eine Ausgestaltung erfahren, die der Problemlage Rechnung trägt.

³⁸⁴ Das Bundesverfassungsgericht benutzt in StV 1994, 465, 466 die Formulierung, die Akteneinsicht könne verweigert werden, wenn sie „den Untersuchungszweck gefährden *würde* [eigene Hervorhebung]“, was darauf hinweist, daß es auch davon ausgeht, daß eine Gefährdung *tatsächlich* vorliegen muß und nicht bloß *möglich* sein muß, um einen Ausschluß von der Akteneinsicht nach sich ziehen zu können. Das ist der Rahmen, in dem das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift für „nicht zu beanstanden“ erklärt hat.

³⁸⁵ BVerfGE 48, 40, 45 f..

Dem wird zwar entgegengehalten, dieser Vorsprung der Staatsanwaltschaft sei nur in einer geringen Anzahl von Fällen wirklich relevant, in aller Regel liege die möglichst frühzeitige Einbindung des Verteidigers deutlich im Verfahrensinteresse und fördere die Sachverhaltsaufklärung.³⁸⁶ Eine solche Kritik, sollte sie denn tatsächlich eine Abschaffung des Vorsprungs der Staatsanwaltschaft befürworten, verkennt, daß es gar nicht um die Frage geht, ob ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in jedem Fall i.S.d. Funktionstüchtigkeit des Verfahrens vorteilhaft ist, sondern darum, daß es für den Zweck des Verfahrens nötig sein kann, und die Staatsanwaltschaft daher die *Möglichkeit* haben muß, sich diesen Vorsprung zu verschaffen. Ob es dem Verfahrenszweck tatsächlich zuträglich ist oder nicht, steht auf einem anderen Blatt. § 147 II StPO gewährt einen Anspruch, der nach pflichtgemäßem *Ermessen* der Staatsanwaltschaft auszuüben ist (worauf jedoch an späterer Stelle noch einzugehen sein wird) und der daher so angelegt ist, daß er dieser Erkenntnis Rechnung trägt.

Bei dem hier zugrunde gelegten Verständnis von § 147 II StPO wird man diesen jedenfalls *dann* für eine auch rechtspolitisch ausgewogene Grundentscheidung des Gesetzgebers halten können, wenn man sich bewußt macht, daß der Verfahrenszweck durch die Vorenthaltung der Akten und die damit verbundene Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten im Einzelfall genauso sehr gefährdet sein kann, wie durch Handlungen des Beschuldigten/ des Verteidigers nach Offenlegung der Akten.³⁸⁷

b. Die Gefährdung des Ermittlungszwecks nach § 147 II StPO

Die Arbeit wird sich in den folgenden Abschnitten mit der Frage auseinandersetzen, welcher Gefährdungsbegriff § 147 II StPO zugrundeliegt und welche Gefahren geeignet sind, die Möglichkeit einer Akteneinsichtsverweigerung nach sich zu ziehen. Man kann das gewissermaßen als Kernelement der Arbeit im Hinblick auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem bzw. Verteidiger ansehen: Die Frage, wie groß nun letztlich der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in diesem Verhältnis sein kann, wird, wenigstens was dieses Verhältnis anbelangt, in der Form gestellt, daß die *konkrete Größe* dieses Vorsprungs untersucht werden soll. Es wird also nicht mehr wie in den vorhergehenden Teilen der Arbeit darum gehen, herauszufinden, wem gegenüber ein Informationsvorsprung gegeben sein kann bzw. auf welche Elemente er sich dem Grunde nach beziehen darf.

Zunächst wird darauf einzugehen sein, von wem eine Gefährdung des Ermittlungszwecks ausgehen kann, und sodann, wann eine Gefährdung vorliegt, die eine Beschränkung des Ak-

³⁸⁶ Bockemühl, Handbuch, S. 73 (Rn 71), ohne allerdings die Einschränkungsmöglichkeit des § 147 II StPO deshalb abzulehnen.

³⁸⁷ Welp, a.a.O., S. 411.

teneinsichtsrechts nach sich zu ziehen geeignet ist. An dieser Stelle sollen die wichtigsten bisher zu diesem Thema vertretenen Ansichten genannt werden und auch auf die zu Beginn der Arbeit vorgestellte Arbeitshypothese zurückgegriffen und ihre Tauglichkeit an dieser Stelle geprüft werden.

aa. Das Subjekt der Gefährdung nach § 147 II StPO

Nach dem Wortlaut des § 147 II StPO kann die Akteneinsicht verwehrt werden, wenn durch „die Einsicht in die Akten oder in einzelne Aktenstücke“ der Untersuchungszweck gefährdet werden kann. Es wird schnell einleuchten, daß diese Formulierung nichts Erhellendes zu der Frage beitragen kann, von wem diese Gefährdung ausgehen soll, da die Akteneinsicht selbst kein Akteur des Verfahrens ist. Betrachtet man diejenigen Verfahrensbeteiligten, die als mögliche Subjekte der Gefährdung in Frage kommen, so findet man den Beschuldigten und seinen Verteidiger. Vom Wortlaut des § 147 II StPO mag zunächst näher liegen, den Verteidiger als Subjekt der Gefährdung anzusehen, weil § 147 II StPO *ihm* das Akteneinsichtsrecht gibt.³⁸⁸ Es wurde aber im Verlaufe der Arbeit bereits festgestellt, daß sich aus Art. 6 III c) EMRK ergibt, daß es auch dem Beschuldigten selbst möglich sein muß, das Akteneinsichtsrecht auszuüben.³⁸⁹ Aus diesem Gesichtspunkt heraus erscheint es wiederum nicht zwingend, den Verteidiger als Gefährdungssubjekt anzusehen.

Umgekehrt ist es gerade so, daß es ja eigentlich das Verfahren des Beschuldigten ist, um das es geht. Wenn also überhaupt jemand ein „ureigenes“ Interesse an Gefährdung und damit möglicher Beeinträchtigung des Ermittlungserfolges haben kann, dann der Beschuldigte³⁹⁰ (wobei das natürlich auch anders sein kann und der Ermittlungserfolg gerade im Interesse des unschuldig Beschuldigten liegt). Aus dieser Perspektive machte es Sinn, bei der Frage nach der Gefährdung auf Handlungen des Beschuldigten abzustellen. Man sollte aber andererseits berücksichtigen, daß gerade auch der Verteidiger in manchen Fällen prozessuales Wissen hat, das langjähriger praktischer Tätigkeit entspringt. Diese Kenntnisse können neben dem bloßen Wissen um die Tatsachen des konkreten Falles zu einer Beeinträchtigung des Ermittlungserfolgs führen. Man kann daher sagen, daß es mitunter zu eng gefaßt wäre, die Gefährdung des Ermittlungserfolgs nur vom Beschuldigten abhängen zu lassen. Hinzu kommt, daß zwar bereits von einem Weitergaberecht des Verteidigers, u.U. sogar von einer diesbzgl. Pflicht gegenüber dem Beschuldigten hinsichtlich gewonnener Information ausgegangen wurde, wenigstens theoretisch aber auch der Fall denkbar ist, daß eine solche Weitergabe gerade nicht

³⁸⁸ So *Groh* in DRiZ 1985, 52, 53.

³⁸⁹ Vgl. dazu oben Teil 2 A. I..

³⁹⁰ Für eine Gefährdung vor allem vom Beschuldigten selbst *Welp*, a.a.O., S. 322.

stattfindet. Hieraus wird dann deutlich, daß auch der Beschuldigte nicht einziges Gefährdungssubjekt für den Begriff der Gefährdung, die § 147 II StPO verhindern will, sein kann. Letztlich ist es unerheblich, von wem eine solche Gefährdung mittelbar oder unmittelbar ausgehen kann, solange sie nicht von den Ermittlungsbehörden selbst ausgeht. Das Subjekt der Ermittlungszweckgefährdung wird man nicht in dem Sinne genau bezeichnen können, daß eine bestimmte Person damit gemeint ist. Als abstraktes Kennzeichen für die potentielle Gefährdung läßt sich daher nur sagen, daß sie in der Gewährung der Akteneinsicht ihren Ursprung hat und aus der Sphäre derjenigen Personen heraus denkbar ist, denen diese gewährt wird.

bb. Der Untersuchungszweck i.S.d. § 147 II StPO

Die Frage nach der Gefährdung des Untersuchungszweckes zu stellen, heißt zunächst einmal sich zu fragen, was genau der Terminus „Untersuchungszweck“ i.d.S. meint. Als Untersuchungszweck kann man, da sich § 147 II StPO auf die Frage der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren bezieht, den Zweck des Ermittlungsverfahrens bezeichnen. Man hat sich also die Frage zu stellen, welchem Zweck die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens dient, worüber wiederum § 160 I StPO Aufschluß gibt: Es geht in einem Ermittlungsverfahren um die Erforschung des Sachverhaltes zur Entschließung darüber, ob Klage zu erheben ist oder nicht.

Nun taucht in der Literatur häufig die Formulierung auf, Untersuchungszweck i.S.d. § 147 II StPO sei die Wahrheitsfindung, die Sachaufklärung oder auch die Sachverhaltsaufklärung.³⁹¹ Angesichts des Wortlauts von § 160 I StPO kann man die Frage stellen, ob die Aussagen in dieser Form als glücklich zu bezeichnen sind: Sie entsprechen nämlich nur dann den gesetzlichen Vorgaben, wenn man die Begriffe rein prozessual versteht, also etwa i.S.d. Findung der prozessualen Wahrheit (mithin der Wahrheit, die mit den Mitteln des Strafprozesses nachweisbar ist) und der Aufklärung des prozessual beweisbaren Sachverhaltes. In beiden Fällen wäre mitunter auch die Erkenntnis eingeschlossen, daß die prozessual nachweisbare Situation mit der tatsächlichen im Einzelfall nicht übereinstimmt, letztere aber nicht beweisbar ist. Auch diese Feststellung könnte Teil einer Entschließung über die Klageerhebung sein und wäre daher Untersuchungszweck i.S.d. § 147 II StPO. Da das aber nicht das Verständnis ist, was den Begriffen der Wahrheitsfindung etc. gemeinhin zugrundeliegt, kann man die Verwendung in diesem Kontext als mindestens unglücklich ansehen. Besser wäre es daher, im-

³⁹¹ So etwa KK-*Laufhütte*, zu § 247, Rn 9; *Burkhard* in *wistra* 1996, 171, 173; *Groh* in *DRiZ* 1985, 52, 53; *Schneider* in *Jura* 1995, 337, 343.

mer nur die Entschließung über die Erhebung der öffentlichen Klage, wie sie in § 160 I StPO als Verfahrensziel formuliert ist, als Untersuchungszweck zu bezeichnen.

cc. Die Gefährdung des Untersuchungszwecks

Wie bereits angedeutet, werden zu der Frage der Auslegung des Gefährdungsbegriffs in § 147 II StPO eine Vielzahl von Meinungen vertreten, was wohl auch daran liegt, daß sich – wie gezeigt – in den Fällen einer Prognoseentscheidung der Rückgriff auf objektive Kriterien als schwierig erweist. Es soll im folgenden versucht werden, die wichtigsten der vertretenen Meinungen darzustellen und eine Lösung des Problems zu finden.

(1) Abstrakter Gefährdungsbegriff

Die erste anzuführende Meinung geht vom sog. „abstrakten Gefährdungsbegriff“³⁹² aus, der für das Vorliegen einer Gefährdung verlangt, daß die Staatsanwaltschaft aufgrund plausibler Erwägungen davon ausgeht, die Akteneinsicht könne die Sachverhaltsaufklärung nicht unerheblich beeinträchtigen.³⁹³ Die in § 147 II StPO vorausgesetzte Situation müsse so beschaffen sein, daß sie bei einer „Gesamtwürdigung nach Art der Tatbegehung und Person des Täters und unter Berücksichtigung seines Umfelds die Besorgnis“ rechtfertige, daß es zu verfahrensgefährdenden Handlungen kommen werde.³⁹⁴ Im Unterschied zu dem im weiteren Verlauf zu erörternden „konkreten Gefährdungsbegriff“ soll keine konkrete Gefährdung des Untersuchungszweck notwendig sein. Eine nur ganz vage und entfernte Gefährdungsmöglichkeit soll aber auch nicht hinreichen.³⁹⁵ Für diese Ansicht wird angeführt, nur auf diesem Wege sei es möglich, den Erfordernissen moderner Strafverfolgung in hinlänglichem Maße Rechnung zu tragen. Insbesondere in den immer bedeutender werdenden Fällen organisierter Kriminalität³⁹⁶ sei das Problem, daß diese sich „genuin“³⁹⁷ dadurch auszeichneten, daß ein „weit verzweigtes, in seinen Verästelungen nur schwer überschaubares Netz krimineller Verbindungen“³⁹⁸ bestehe. In diesem sei einer Verdunklungsgefahr nur dann beizukommen, wenn man nicht das Vorliegen tatsächlicher Anhaltspunkte für Verdunklungshandlungen verlange, weil dies dazu führe, daß § 147 II StPO zu Beginn der Ermittlungen weitgehend leerlaufen müs-

³⁹² *Schneider* in Jura 1995, 337, 343; auch als „weiter Gefährdungsbegriff“ bezeichnet, so z.B. bei *Walischewski*, S. 100 ff..

³⁹³ *Klussmann* in NJW 1973, 1965, 1965; *Krey*, Rn 599; wohl auch *KK-Laufhütte*, zu § 147, Rn 9.

³⁹⁴ *Schneider*, a.a.O..

³⁹⁵ Soweit lediglich dieses negative Kriterium darstellend *Kleinknecht/Meyer-Göfner*, zu § 147, Rn 35; *Marxen* in NJW 1977, 2188, 2190.

³⁹⁶ Die ein immer größeres Problem für die moderne Gesellschaft darstellen.

³⁹⁷ *Schneider*, a.a.O..

³⁹⁸ *Schneider*, a.a.O..

se.³⁹⁹ Vielmehr sei hier ein Einsatz dieser Norm nur sinnvoll, wenn es möglich sei, auf „tagtäglich reproduziertes Erfahrungswissen“⁴⁰⁰ zurückzugreifen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß – wenn man eine solch weite Definition zuläßt – sich nie ausschließen ließe, daß der Verteidiger aus der Akteneinsicht Informationen gewinnt, die irgendwie den Gang des Verfahrens beeinträchtigen könnten.⁴⁰¹ Insbesondere in den Verfahren, die als Paradebeispiele für die Notwendigkeit eines weiten, also abstrakten Gefährdungsbegriffes herangezogen werden, könnte dann vor dem Vermerk des Abschlusses der Ermittlungen nach § 169 a StPO nie Akteneinsicht gewährt werden, weil sich eine Beeinträchtigung hier immer irgendwie konstruieren ließe. Das kann aber zum einen nicht Sinn und Zweck der Regel- Ausnahme- Regelung des § 147 I und II StPO sein, weil dann nämlich dieses Regel- Ausnahme- Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt würde. Darüber hinaus würde eine solche Ansicht damit auch den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs und den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzen. Außerdem, wird dem von einigen Autoren hinzugefügt, wäre eine Gefährdung bei diesem Verständnis ohne größere Probleme jederzeit anzunehmen, schon weil jeder Beschuldigte versuchen wird, eine Anklageerhebung irgendwie zu verhindern, so daß plausible Anhaltspunkte für die Gefährdung beinahe automatisch mit Begründung der Beschuldigteneigenschaft vorlägen. Die Verhinderung der Anklageerhebung sei aber legitimes Ziel sowohl des Verteidigers als auch des Beschuldigten.⁴⁰²

Der Untersuchungszweck kann so oder so auch darin liegen, die Unschuld des Beschuldigten festzustellen, so daß man zwar sagen kann, daß der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger die Verhinderung der Anklageerhebung zu erreichen versuchen, nicht hingegen, daß dies der Verhinderung des Untersuchungszwecks gleichkommt; vielmehr kann das Erreichen des Untersuchungszwecks gerade in der Intention des Verteidigers liegen.

Letztlich wird man bzgl. des abstrakten Gefährdungsbegriffes sagen müssen, daß dieser vielleicht geeignet sein mag, das Interesse der Staatsanwaltschaft an einer „ungestörten Ermittlungsarbeit“ (die aus rechtsstaatlichen Gründen tunlichst nicht mit dem Untersuchungszweck gleichgesetzt werden sollte) zu größtmöglicher Geltung kommen zu lassen. Ein solches ist allerdings nicht Ziel des Ermittlungsverfahrens und berücksichtigt keinesfalls ausreichend die Beteiligungsrechte des Beschuldigten.⁴⁰³ Der abstrakte Gefährdungsbegriff befindet sich in gefährlicher Nähe zu der Annahme, bereits durch die Einsichtnahme sei der Untersuchungs-

³⁹⁹ *Schneider*, a.a.O..

⁴⁰⁰ *Schneider*, a.a.O..

⁴⁰¹ *Burkhard*, a.a.O., S. 173.

⁴⁰² *Walischewski*, S. 101 m.w.N. in Fn 347.

⁴⁰³ So auch *Bockemühl*, Handbuch, S. 72, Rn 69.

zweck gefährdet, was sicherlich nicht ratio legis des § 147 II StPO ist.⁴⁰⁴ Außerdem legt er die Vermutung nahe, eine Gefährdung könne von der Staatsanwaltschaft gleichsam „intuitiv“⁴⁰⁵ begründet werden, was besonders dann nicht von der Hand zu weisen ist, wenn man die o.g. Forderung betrachtet, es müsse möglich sein, das „tagtäglich reproduzierte Erfahrungswissen“⁴⁰⁶ der Staatsanwaltschaft zu berücksichtigen. Man muß sich vor Augen führen, daß mit dieser Interpretation des Gefährdungsbegriffes die Subjektstellung des Beschuldigten im Verfahren u.U. völlig in den Hintergrund gedrängt wird: Im Paradebeispiel der organisierten Kriminalität müßte ein Beschuldigter also regelmäßig ohne Mitwirkungsmöglichkeiten das Ermittlungsverfahren über sich ergehen lassen, weil er dieses mangels eigenen Wissens nicht aktiv mitgestalten kann. Das kann man aber nicht mehr als den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens genügend bezeichnen. Der abstrakte Gefährdungsbegriff ist aus diesen Gründen abzulehnen.

(2) Der „extrem konkrete“ Gefährdungsbegriff

Das klassische und von beinahe allen Meinungen, die zum Gefährdungsbegriff vertreten werden, auch anerkannte⁴⁰⁷ Beispiel ist das der bevorstehenden Zwangsmaßnahme, bei der allein das Wissen darum bereits geeignet erscheint, das zum Erfolg derselben mitunter notwendige Überraschungsmoment zunichte zu machen. Unabhängig davon, ob man den Untersuchungszweck auf die einzelne Information oder das gesamte Ermittlungsverfahren bezieht, leuchtet es ein, daß in Fällen, in denen dieses Überraschungsmoment notwendig ist, eine Untersuchungszweckgefährdung immer anzunehmen sein wird. Nun wird, allerdings weitaus seltener, vertreten, daß sich der Gefährdungsbegriff von § 147 II StPO auf diese Zwangsmaßnahmen beschränke.⁴⁰⁸

Eine solche Ansicht läßt allerdings außer Acht, daß es auch andere Informationen geben kann, deren Kenntnis eine Untersuchungszweckgefährdung nach sich zieht. Man kann es ganz platt ausdrücken: Wenn der Gesetzgeber die Möglichkeit der Akteneinsichtsverweigerung nur auf strafprozessuale Zwangsmaßnahmen hätte beschränken wollen, hätte er das auch ausdrücklich tun können. Daß er es nicht tat, spricht dafür, daß er diese Möglichkeit auch dann nicht verschlossen wissen wollte, wenn es sich zwar nicht um eine Zwangsmaßnahme handelt, eine Beeinträchtigung des Untersuchungszweckes aber dennoch möglich ist (etwa wenn Zeugen befragt werden sollen, bei denen zu befürchten steht, daß der Beschuldigte derart auf sie ein-

⁴⁰⁴ *Groh* in DRiZ 1985, 52, 53.

⁴⁰⁵ *Burkhard*, a.a.O..

⁴⁰⁶ *Schneider*, a.a.O..

⁴⁰⁷ So etwa BGHSt 29, 99, 102 f.; *KK-Laufhütte*, zu § 147, Rn 9; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, § 19, Rn 64.

⁴⁰⁸ So *Dahs*, Handbuch, Rn 216.

wirkt, daß ihre Aussagen verfälscht werden). Es besteht auch gar kein Bedarf, die vom Gesetzgeber gewählte, abstrakte Fassung des § 147 II StPO durch eine derart konkrete Interpretation letztlich all ihrer Abstraktionskraft zu berauben. Das ist weder sinnvoll noch *ratio legis* des § 147 II StPO.

(3) Der konkrete Gefährdungsbegriff

Ausgehend von der Tatsache, daß ein allzu konkreter, dann eigentlich gar nicht mehr abstrakter Gefährdungsbegriff nicht der *ratio legis* des § 147 II StPO entspricht, und davon, daß ein abstrakter und also gar nicht mehr konkreter Gefährdungsbegriff die Verfahrensrechte des Beschuldigten verletzen würde, hat sich eine Meinung in der Literatur herausgebildet, deren Gefährdungsbegriff man als „konkreten“ bezeichnen könnte, ohne allerdings damit aussagen zu wollen, daß er sich damit auf eine bestimmte Art von Fällen beschränkt, also etwa die Zwangsmaßnahmen. Nach dieser Ansicht definiert sich die Gefährdung i.S.d. § 147 II StPO so, daß aufgrund bestimmter Tatsachen und der Würdigung der Persönlichkeit des Beschuldigten, der Art des ihm vorgeworfenen Delikts und mit Blick auf Art, Umfang und Stand der Ermittlungen davon ausgegangen können werden muß, daß die konkrete Gefahr besteht, daß die Akteneinsicht den Untersuchungszweck beeinträchtigen könnte.⁴⁰⁹

An anderer Stelle wird die konkrete Gefährdung auch dahingehend umschrieben, daß „im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte vorliegen [müßten], die objektiv geeignet erscheinen, eine Gefährdung des Untersuchungszweckes [...] herbeizuführen“, wobei diese Gefährdung objektiv „hinreichend wahrscheinlich“ sein müsse.⁴¹⁰

Für diese Ansicht wird zunächst angeführt, eine abstrakte Auslegung des Gefährdungsbegriffes provoziere geradezu Auslegungsschwierigkeiten und rechtsstaatlich problematische Entscheidungen in der Praxis.⁴¹¹ Außerdem wird ein Vergleich zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff gezogen.⁴¹²

Der Vergleich zum polizeirechtlichen Gefahrenbegriff mag ein Anhaltspunkt sein. Er kann aber nicht entscheidend sein für die Auslegung des Gefahrenbegriffs in § 147 II StPO. Betrachtet man die Definitionen, so kann man sich schon fragen, wo genau der Gewinn liegen soll. Ersetzt man wie in der zweiten aufgeführten Beschreibung die Unbekannte „konkrete Gefährdung“ durch zusätzliche Unbekannte wie „objektiv geeignet“ und „hinreichend wahrscheinlich“ (ist dieses „hinreichend“ mit dem aus § 203 StPO zu vergleichen?), so geschieht

⁴⁰⁹ *Walischewski*, S. 112; ähnlich auch *Groh*, a.a.O.; *Burkhard*, a.a.O., S. 173; *Bahnsen*, S. 43; *Eisenberg* in NJW 1991, 1257, 1260.

⁴¹⁰ *Burkhard*, a.a.O.; *Groh*, a.a.O..

⁴¹¹ *Groh*, a.a.O..

⁴¹² *Groh*, a.a.O..

das nur scheinbar mit Gewinn. Darüber hinaus wird ein ganzer Wust an anscheinend willkürlich zusammengesetzten Kriterien hergenommen, der bei den praktisch mit der Materie Beschäftigten mehr Verwirrung denn Klarheit herbeiführen dürfte. Letztlich ist nämlich jedes einzelne der genannten Kriterien nicht so klar umrissen, daß Mißverständnisse damit leichter vermeidbar wären.

(4) Eigene Lösung

Im Ergebnis ist die Vorstellung einer abstrakten Gefährdung als Kriterium des Gefährdungsbegriffes des § 147 II StPO grundsätzlich ein denkbarer Weg, es fehlt bislang allerdings an einer Erklärung des Begriffes, die nicht neue Verwirrung zu stiften geeignet wäre. Aus diesem Grund ist auch der konkrete Gefährdungsbegriff abzulehnen.

Wenn man versucht, das Problem des Gefährdungsbegriffes des § 147 II StPO einigermaßen in den Griff zu bekommen, erscheint es angesichts der Vielfalt der Ansätze und Gedanken, die in der Literatur zu dieser Frage geäußert wurden, ratsam, zweierlei Punkte zu sehen:

Zum einen kann man eine gewisse Tendenz der Literatur dahingehend beobachten, daß die jeweilige Lösung nicht unbedingt nur als Ergebnis der Erwägung von rechtlichen Gesichtspunkten zustande gekommen sein könnte. Anders ausgedrückt: Ist der jeweilige Autor Staatsanwalt, ist die Staatsanwaltschaft natürlich der Garant größtmöglicher Rechtsstaatlichkeit und daher die Akteneinsicht des Verteidigers eigentlich überflüssig, weil es keiner Kontrolle der Staatsanwaltschaft bedarf, weshalb die Akteneinsicht natürlich so umfassend wie nur möglich ausschließbar sein muß. Ist allerdings der jeweilige Autor ein Vertreter der Verteidigungsseite, so werden die unantastbaren Beschuldigtenrechte wie eine Monstranz vor jeder Argumentation hergetragen, was dazu führt, daß natürlich möglichst alles möglichst immer kontrollierbar und also einsichtsfähig sein muß. Insgesamt bekommt man das Gefühl, daß ein Großteil der Literatur auch keine wirklich tragenden rechtsdogmatischen Argumente für die jeweilige Ansicht anführt, sondern sich auf das gebetsmühlenartige Wiederholen von Zitaten beschränkt, die ihrerseits keine fundierte Begründung beinhalten.

Zum anderen gibt es eine ganze Reihe von Einzelfragen, die diskutiert werden, ohne daß in diesem Rahmen nach einer allgemeingültigen Lösung gesucht würde. Diese Einzelfragen werden mit Blick auf Sinn und Zweck des § 147 II StPO diskutiert. Es könnte sich daher als förderlich auch zur Herausfilterung einer allgemeingültigen Lösung erweisen, einmal die wichtigsten dieser Probleme zu betrachten.

(a) Die Einbeziehung der Gefährdung Dritter

Hier ist zunächst die Frage anzuführen, ob unter die Gefährdung des Untersuchungszwecks auch die Gefährdung Dritter, also z.B. von Zeugen fallen kann. Die dem zugrundeliegende Situation ist in mehreren Konstellationen vorstellbar:

- (1) Man kann sich etwa vorstellen, daß ein Zeuge eine Aussage bereits getätigt hat, diese Aussage aber im weiteren Verfahren keinerlei Rolle mehr spielen wird, weder im Ermittlungsverfahren selbst, noch in der Hauptverhandlung. Aus Gründen eines eventuell vorhandenen Ehrenkodexes ist aber dennoch zu befürchten, daß bei Bekanntwerden der Daten des Zeugen dieser in Gefahr ist.
- (2) Auch ist denkbar, daß die Aussage des Zeugen für das Ermittlungsverfahren insofern keine Rolle mehr spielen kann, als die in ihr enthaltenen Informationen für das Ermittlungsverfahren bereits als gesichert gelten können, eine Aussage des Zeugen in der Hauptverhandlung nach § 250 StPO aber von Bedeutung sein könnte. Da diese dann nur unter den engen Voraussetzungen des § 251 I StPO durch eine Protokollverlesung ersetzt werden könnte, ist ein Interesse des Beschuldigten an einer Zeugengefährdung durchaus denkbar.
- (3) Schließlich kann es so sein, daß die Aussage des Zeugen für das Ermittlungsverfahren selbst noch einen Zweck haben kann, daß also der Zeuge beispielsweise erst einen Teil seiner Aussage gemacht hat, der zweite Teil aber weitere wichtige Erkenntnisse erhoffen läßt. Auch hier ist es nicht abwegig, daß der Zeuge nach Akteneinsicht des Verteidigers einer gewissen Gefahr ausgesetzt sein wird.

Bevor man daran geht, eine Lösung der drei Fälle anzudenken, erscheint wichtig, darauf hinzuweisen, daß es um die Frage geht, ob eine der drei Situationen dazu geeignet ist, über den Gefährdungsbegriff des § 147 II StPO, also z.Zt. des Ermittlungsverfahrens eine Akteneinsichtsbeschränkung auszulösen. Es geht *nicht* darum, ob *nach Abschluß* des Ermittlungsverfahrens oder gar in der Hauptverhandlung dem Verteidiger jedenfalls Akteneinsicht gewährt werden muß.

In Situation (1) kann die Gewährung von Akteneinsicht ausschließlich zu einer Gefährdung des Zeugen führen, der Untersuchungszweck ist – gleich wie man ihn interpretiert⁴¹³ – in keinem Fall beeinträchtigt. Die Sicherheit des Zeugen ist aus der Sicht der Staatsanwaltschaft dann für das Ermittlungsverfahren ein rein rückwärts gewandtes Faktum, das keinerlei Sinn mehr für die Zukunft haben wird. Wenn man den Untersuchungszweck in einem allgemeinen Sinne versteht, damit also die Entschließung über die Erhebung der öffentlichen Klage meint,

⁴¹³ Vgl. zu dieser Frage bereits oben, Teil 2 A. II. 3.b..

die § 160 I StPO als Verfahrenszweck vorgibt, kann dieser freilich auch dann betroffen sein, wenn etwa der Verteidiger einer solchen Aussage *entlastende* Aspekte entnehmen kann. Dann macht sich die Akteneinsicht hinsichtlich des Untersuchungszwecks aber höchst positiv bemerkbar. Von einer Untersuchungszweckgefährdung kann dann nicht die Rede sein. In diesen Fällen kann die Staatsanwaltschaft nicht nach § 147 II StPO die Akteneinsicht verweigern, da diese Vorschrift nicht den Zeugen als solchen schützen soll.⁴¹⁴ Will man auch in diesen Fällen der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit der Akteneinsichtsverweigerung eröffnen, könnte das lediglich im Wege einer Gesetzesänderung geschehen, in deren Rahmen der Gesetzgeber dann die Zeugengefährdung der Gefährdung des Untersuchungszwecks gleichstellt.⁴¹⁵ An dieser Stelle sei noch kurz auf einen Vorschlag aus der Literatur eingegangen, hier eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechts auf Notstandsgesichtspunkte zu stützen.⁴¹⁶ Die Relevanz für die Erörterung dieses Vorschlags im Rahmen der Arbeit liegt auf der Hand, geht es doch im Kern darum, ob neben den gesetzlich normierten Einschränkungsmöglichkeiten für die Staatsanwaltschaft noch andere Mittel existieren, einen Informationsvorsprung zu begründen oder aufrechtzuerhalten. Blickt man zurück auf die Diskussionen um die Fragen, ob unter Berücksichtigung der Beschuldigtenrechte ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft an dieser neuralgischen Stelle des Verfahrens überhaupt und in Gestalt des § 147 II StPO möglich sein darf, dann scheint es vorsichtig ausgedrückt bedenklich, der Staatsanwaltschaft hier einen zusätzlichen Einschränkungsgrund an die Hand zu geben, ohne ausführlich die Konsequenzen für alle möglichen Beteiligten abzuwägen. Mit anderen Worten kann man wohl davon ausgehen, daß der Gesetzgeber die Zeugengefährdung in § 147 II StPO bewußt *nicht* eingefügt hat und auch seither keine Notwendigkeit hierzu gesehen hat. Daran etwas ändern zu wollen, rührt an einem äußerst fragilen System, und es kann nicht ausgeschlossen werden, daß sich dieses System dadurch deutlich zuungunsten der Beschuldigtenseite verschiebt. Aus diesen Gründen ist der konkrete Vorschlag ebenso abzulehnen wie die grundsätzliche Möglichkeit, neben den gesetzlich normierten Einschränkungsmöglichkeiten noch weitere aus bekannten Rechtsinstituten – wie dem Notstand – zu kreieren.

⁴¹⁴ Zacharias, Zeugengefährdung, S. 210.

⁴¹⁵ Ein Vorschlag dafür findet sich etwa bei Zacharias, a.a.O., S. 212.

⁴¹⁶ Beulke in FS Dünnebieber, S. 293, der das zunächst nur auf die polizeilichen Spurenakten bezieht. Angesichts der Tatsache, daß er diese allerdings als Bestandteil der Akten ansieht, zieht das als Konsequenz nach sich, daß man eine solche Einschränkungsmöglichkeit auf die Akten insgesamt ausdehnen müßte. Auch wenn das im Rahmen des Vorschlages angeführte Argument, die hierdurch wenigstens mögliche teilweise Akteneinsicht (in die Spurenakten) sei für den Beschuldigten besser als gar keine Akteneinsicht (in die Spurenakten), ist unter dogmatischen Gesichtspunkten abzulehnen: Sind die Spurenakten Teil der Akte, wovon ja ausgegangen wird, dann hat der Verteidiger ein Einsichtsrecht, das durch die Einführung eines zusätzlichen Verweigerungsrechts

In (2) wäre die Situation nur dann anders zu beurteilen, wenn die Tatsache, daß der Zeuge in der Hauptverhandlung zur Aussage fähig ist, als „Untersuchungszweck“ i.S.d. § 147 II StPO zu verstehen wäre. Selbst bei weitester Fassung des Begriffes ist hierunter nur die Entschließung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist (§ 160 I StPO), zu fassen. Geht man nun davon aus, daß die Zeugenaussage für die Ermittlungen selbst keine neuen Erkenntnisse mehr bringen kann, weil die Staatsanwaltschaft sämtliche dem Zeugen bekannte Informationen bereits kennt, ist die Nicht- Gefährdung seiner Person für die Entschließung über die Erhebung der öffentlichen Klage nur insoweit entscheidend, als die Staatsanwaltschaft u.U. beim Tod des Zeugen von einer Anklageerhebung absieht, weil sie trotz der vielfältigen Informationen seinerseits keine weiteren Beweise hat finden können. Daß die Staatsanwaltschaft hier nicht Klage erhebt, ist allerdings auch eine Form der Entschließung über die Erhebung der öffentlichen Klage. Mit anderen Worten: Die Akteneinsicht gefährdet hier nicht die Entschließung i.S.d. § 160 I StPO⁴¹⁷ und somit auch nicht den Untersuchungszweck gem. § 147 II StPO. Sie gefährdet „nur“ den Zeugen, dessen Schutz aber – wie gesagt – nicht Ziel von § 147 II StPO ist.⁴¹⁸ Auch in (2) wäre also davon auszugehen, daß eine Akteneinsicht *nicht* verweigert werden dürfte.

In (3) ist die Situation insofern anders, als hier durch eine Gefährdung des Zeugen dieser seine Aussage nicht fortsetzen könnte, der Staatsanwaltschaft also mitunter Informationen nicht mitgeteilt würden, die ihr bei der Entschließung über die Erhebung der öffentlichen Klage ganz unabhängig von der Person des Zeugen und der Verwertbarkeit seiner Aussage in der Hauptverhandlung nützlich sein könnten. Eine Gefährdung des Zeugen wäre in dieser Konstellation also gleichbedeutend mit der Gefährdung des Untersuchungszwecks. Der Zeuge wird hier demnach als Mittel zur Erreichung des Untersuchungszwecks geschützt. In einem solchen Fall könnte eine Akteneinsicht nach § 147 II StPO also verweigert werden.⁴¹⁹

Im Ergebnis läßt sich also sagen, daß als ein Anhaltspunkt für einen allgemeinen Gefährdungsbegriff bei § 147 II StPO gelten kann, diesen nur auf die Gefährdung des Untersuchungszwecks selbst zu beziehen, nicht aber auf die Gefährdung Dritter, weil § 147 II StPO diesen Fall nicht vorsieht.

beschnitten wird, was sich für den Beschuldigten also keinesfalls als besser darstellt. Der hier gewählte Kompromiß ist unter dogmatischen Gesichtspunkten nicht gangbar.

⁴¹⁷ Gerade anhand dieser Situation zeigt sich, daß ein Nachdenken über die Verwendung der Begriffe Wahrheitsfindung und Sachverhaltsaufklärung im Zusammenhang mit dem Untersuchungszweck aus § 147 II StPO angezeigt wäre. Zu dieser Frage jedoch bereits oben vgl. Teil 2 A. II. 3.b.bb..

⁴¹⁸ Zacharias, a.a.O., S. 210.

⁴¹⁹ So auch Zacharias, a.a.O..

Natürlich kann dem Staat die Sicherheit der am Verfahren beteiligten Zeugen nicht gleichgültig sein. Diese sind Verfahrenssubjekte, ihre Grundrechte sind daher selbstverständlich auch von staatlicher Seite zu schützen.⁴²⁰ Das ergibt sich nicht zuletzt auch aus der Fürsorgepflicht des Gerichts für Zeugen, die aus §§ 223, 251 StPO resultiert.⁴²¹ Wenn gesagt wird, daß die Sicherheit von Zeugen in die Frage der Untersuchungszweckgefährdung bei § 147 II StPO nicht mit einzubeziehen ist, so heißt das nicht, daß die Bedeutung von Zeugenrechten verkannt würde. Der Gesetzgeber hat sich aber dazu entschieden, den Zeugenschutz *an dieser Stelle* nicht zu berücksichtigen. Dieser Entscheidung sollte Rechnung getragen werden. Eine Veränderung dieser Wertung könnte eine Gefährdung des fragilen Gleichgewichts nach sich ziehen. Zeugenschutz ist unabdingbar und wird vom Gesetzgeber an anderer Stelle⁴²² wahrgenommen. Hier allerdings kann er nicht in die Abwägung einfließen.

(b) Weitere Eckpunkte

Als weitere „Eckpunkte“, die in der Literatur zu der Frage der Gefährdung i.S.d. § 147 II StPO vertreten wurden und die ein allgemein formulierter Gefährdungsbegriff zu berücksichtigen hätte, sind folgende anzuführen:

- Es wird darauf hingewiesen, daß in der Praxis die Akteneinsicht oft mit der Begründung abgelehnt werde, die Akten seien „versandt“ oder „nicht entbehrlich“.⁴²³ Es bedarf keiner großen Ausführungen, um darzulegen, daß solch ein Vorgehen nicht mit der StPO in Einklang steht, weil § 147 II StPO die Verweigerung der Akteneinsicht nur dann für zulässig erklärt, wenn eben der Ermittlungszweck gefährdet ist, nicht aber aus Gründen eines größeren verwaltungstechnischen Aufwands oder der Bequemlichkeit. Es kann hier nicht sein, daß Beschuldigten-/Verteidigerrechte beschnitten werden, weil eine Behörde die Anfertigung von Duplikaten nicht organisiert.⁴²⁴ Daß ein solches Vorgehen naheliegen sollte, ergibt sich im übrigen auch aus Nr. 12 II 1 RiStBV.

- Die Gefährdung des Untersuchungszwecks kann auch nicht pauschal angenommen werden, wenn der Beschuldigte noch nicht ausgesagt hat, sei es, daß er noch nicht vernommen wurde, sei es, daß er von seinem Recht auf Aussageverweigerung Gebrauch macht. In beiden Fällen kann nicht allein aufgrund der (noch) nicht gemachten Aussage von einer Untersuchungszweckgefährdung ausgegangen werden⁴²⁵, weil der Beschuldigte seine Rechte unabhängig

⁴²⁰ *Beulke*, StPO, Rn 196 a.

⁴²¹ *Beulke*, a.a.O..

⁴²² So etwa §§ 68 I 2, II, III oder 247 StPO und die Vorschriften des Zeugenschutzgesetzes.

⁴²³ *Dahs* in NJW 1985, 1113, 1115.

⁴²⁴ *Dahs*, a.a.O.; *Bockemühl*, Handbuch S. 73, Rn 72.

⁴²⁵ *Dahs*, Handbuch, Rn 239 f..

von seiner Mitwirkung am Verfahren hat, diese also nicht, wie ein solcher Gefährdungsbegriff nahelegte, „Belohnung“ für Hilfe sind, die den Strafverfolgungsorganen gewährt wird.

Die soeben erörterten Punkte werden als Orientierungspunkte zu gelten haben, wenn nun versucht wird, einen eigenen Begriff der Untersuchungszweckgefährdung herauszuarbeiten. Eine wichtige Rolle werden dabei auch die im 2. Teil der Arbeit aufgestellten Thesen spielen: Es soll anhand dieser Thesen nunmehr versucht werden, die Untersuchungszweckgefährdung ausgehend von der Unterscheidung verschiedener Typen von Information zu definieren:

(c) Eigener Gefährdungsbegriff

Es wurde in einem vorhergehenden Teil der Arbeit eine Kategorisierung von Information entwickelt, die davon ausgeht, daß bei gewissen Informationen die ihnen hinsichtlich des Ermittlungszweckes innewohnende Dynamik bereits verbraucht worden ist, bei anderen hingegen noch nicht; aufgestellt wurde die Vermutung, daß die Kategorisierung nach noch vorhandener oder schon verbrauchter Dynamik der jeweiligen Information ein brauchbares Kriterium für den Umgang der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren ist. Im folgenden wird es also darum gehen, eine Anwendung dieser Überlegungen auf das Verhältnis von Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten zu erproben.

Wenn man sich hierbei einmal genau anguckt, welche Bedeutung und Auswirkungen die Frage haben kann, ob eine bestimmte Information bereits weitergegeben wurde oder nicht, dann wird man feststellen, daß das, was die Staatsanwaltschaft befürchtet und durch die Beschränkung des Informationsflusses verhindern will, letztlich die negative Einwirkung auf die Information selbst ist, also auf ihren dynamischen „Gehalt“: Will etwa die Staatsanwaltschaft nach § 102 StPO eine Hausdurchsuchung beim Beschuldigten durchführen, so steckt in der Information der bevorstehenden Hausdurchsuchung selbst ein erhebliches dynamisches Potential. Kennt der Beschuldigte die Information, führt das zur mitunter völligen Entwertung des Inhalts. Die der Information innewohnende Dynamik ist also ein essentielles Element staatsanwaltlicher Verhandlungsführung gegenüber dem Beschuldigten. Trägt eine Information also noch diesen dynamischen Gehalt in sich, muß es der Staatsanwaltschaft möglich sein, die Weitergabe an den Beschuldigten zu unterbinden, um zu verhindern, daß sich *bereits dadurch* die Dynamik verbraucht, die die Information in sich trägt. Eine solche Information kann man demnach „dynamische Information“ nennen. Hier könnte die Staatsanwaltschaft dann die Akteneinsicht nach § 147 II StPO beschränken, weil eine Gefährdung des Untersuchungszwecks angenommen werden kann.

Hat aber etwa die Staatsanwaltschaft bei der Hausdurchsuchung die Tatwaffe im Nachtkasten des Beschuldigten gefunden, so ist die Dynamik, die in der Information „bevorstehende Hausdurchsuchung“ steckt, schon durch die erfolgte Durchführung der Hausdurchsuchung verbraucht. Ihre Ausnutzung kann also auch kein essentielles Moment staatsanwaltlicher Verhandlungsführung mehr sein. Durch eine Weitergabe an den Beschuldigten kann also nicht noch zusätzlich Dynamik verbraucht werden, der Informationsgehalt kann nicht dadurch entwertet werden. Angesichts des Verbrauchs der Dynamik ist eine solche Information als „statische Information“ zu bezeichnen. Bei einer solchen ist es dann aber auch nicht mehr nötig, daß die Staatsanwaltschaft die Information vor dem Beschuldigten zurückhalten, also die Akteneinsicht verweigern kann. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nach § 147 II StPO ist dann nicht gegeben.⁴²⁶

Daß eine solche Kategorisierung im Verhältnis von Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten Sinn macht⁴²⁷, zeigt sich bei einem Blick auf die Struktur von § 147 II StPO selbst:

Die Akteneinsicht kann nur dann beschränkt werden, wenn der Abschluß der Ermittlungen noch nicht gem. § 169 a StPO in den Akten vermerkt ist. Der Abschluß der Ermittlungen bzw. dessen Eintragung ist also gleichsam Ausdruck der Tatsache, daß ab diesem Zeitpunkt alle Information sicherer Bestandteil des Ermittlungswissens ist und nicht mehr gefährdet werden kann. Der Untersuchungszweck ist bzgl. sämtlicher vorhandener Information erreicht, es gibt ab diesem Zeitpunkt durch die gesetzliche Fiktion des § 147 II StPO keinerlei Information mehr, deren Dynamik im Hinblick auf das Verfahren noch eine Rolle spielen könnte. Ab der Vermerkung des Ermittlungsabschlusses ist also „von Gesetzes wegen“ (nämlich der Norm des § 147 II StPO wegen) in bezug auf alle vorhandene Information die Dynamik als verbraucht und damit die Information, ihr Inhalt als „statisch“ anzusehen. Zur Dynamik des Ermittlungsverfahrens kann sie nichts mehr beitragen, da mit der Entschließung der Staatsanwaltschaft über die Anklageerhebung dessen Zweck erreicht ist und die Information daher in ihrem Erkenntniswert für das Ermittlungsverfahren bzw. die Entschließung über die Klageerhebung durch die Akteneinsicht nicht mehr beeinträchtigt werden kann (diese Entschließung hat ja bereits stattgefunden): Nur der Untersuchungszweck des Ermittlungsverfahrens rechtfertigt die Verweigerung der Akteneinsicht; hat sich dieser durch dessen Abschluß realisiert, kann ein Erkenntniswert für das Ermittlungsverfahren durch Akteneinsicht nicht mehr gefährdet sein.

⁴²⁶ Auf die Problematik der Anwendung kriminalistischer List in diesen Fällen wird weiter unten (d) eingegangen werden.

⁴²⁷ In eine ähnliche Richtung geht auch *Burkhard* in DSz 2000, 850, 850, der den Teil, der keine Rückschlüsse auf das weitere Vorgehen der Ermittlungsbehörden erlaubt, als stets einsehbar ansieht.

Offenbar hat der Gesetzgeber hier in dem Verbrauch des dynamischen Gehalts der jeweiligen Information, die durch den mit der Entschließung über die Klageerhebung verbundenen Abschluß der Ermittlungen geschieht, eine relevante Zäsur in bezug auf die Information gesehen. Das ist allerdings *nicht* dahingehend zu verstehen, daß § 147 II StPO eine Art Orientierung an die Hand gibt, die einem nahelegt, nach dieser Zäsur die Akteneinsicht zu gewähren, sie davor zu verweigern. Vielmehr stellt § 147 II StPO mit der darin enthaltenen Aussage, daß mit der Vermerkung des Ermittlungsabschlusses in den Akten Akteneinsicht jedenfalls zu gewähren sei, eben auch nur das klar: *Spätestens* ab dieser Zeit kann in keinem Fall mehr (als Ausnahme könnten höchstens die hier nicht zu erörternden Fälle des § 96 StPO gelten) die Akteneinsicht verwehrt werden. *Spätestens* hier muß also, das wurde bereits aus Gründen des Grundsatzes des fairen Verfahrens und der ausreichenden Gewährung rechtlichen Gehörs für notwendig erachtet, Akteneinsicht gewährt werden. Das heißt allerdings nicht, daß ein Umkehrschluß dahingehend zulässig wäre, daß *davor* im Grundsatz die Akteneinsicht verweigert werden könnte. Eine in diese Richtung gehende Aussage trifft § 147 II StPO nicht. Daß das auch *gar* nicht möglich wäre, ohne Beschuldigtenrechte zu verletzen, wurde bereits dargestellt.⁴²⁸

Wenn man die Struktur des § 147 II StPO auf diese Art betrachtet, ist eine Einteilung der im Ermittlungsverfahren vorhandenen Information geradezu vorgegeben. Diese läßt sich auch vor Vermerkung des Ermittlungsabschlusses in den Akten durchführen: Handelt es sich um „statische Information“, mithin um solche, bei der man annehmen darf, daß sie durch die Akteneinsicht in ihrem Erkenntniswert für das weitere Verfahren nicht mehr beeinträchtigt werden kann, dann kann man diese Information der Information im Falle der Vermerkung des Ermittlungsabschlusses in den Akten gleichstellen; Akteneinsicht ist in diesem Fall, das gibt die gesetzliche Wertung des § 147 II StPO vor, zu gewähren. Ist die Information hingegen als „dynamische Information“ zu bezeichnen, kann sie also durch die Akteneinsicht noch in ihrem Erkenntniswert für das Verfahren beeinträchtigt werden, kann man § 147 II StPO entnehmen, daß in diesem Fall die Verweigerung der Akteneinsicht möglich ist. Überblickt man die Struktur des § 147 II StPO von diesem Blickwinkel aus, sind zwei Dinge ersichtlich: daß sich nämlich erstens die Möglichkeit der Verweigerung der Akteneinsicht, die § 147 II StPO der Staatsanwaltschaft an die Hand gibt, nur auf „dynamische Information“ beziehen *kann* und daß zweitens der Gesetzgeber durch den Zusammenhang von § 147 I und II StPO die „statische Information“ als Regelfall angesehen hat, was er auch tun mußte, um nicht Beschuldigtenrechte zu verletzen.

⁴²⁸ Teil 2 A. II. 3.a..

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß der Untersuchungszweck gefährdet ist und also die Akteneinsicht verweigert werden kann, wenn es sich um „dynamische Information“ handelt. Nur dann ist ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft vertretbar. Ist die in Rede stehende Information hingegen als „statische“ zu bezeichnen, kann die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht nicht verweigern, ein Informationsvorsprung derselben ist in diesem Fall nicht vertretbar. Das Ergebnis besteht auch im Hinblick auf die vorangehend erörterten Einzelpostulate: Falls „nur“ Dritte, also etwa Zeugen, gefährdet sind und durch deren Gefährdung nicht auch die Information über sie in ihrem Erkenntniswert für die Ermittlungen beeinträchtigt werden könnte (die Information also etwa lautet: „Zeuge X hat das und das gesagt, wird sich aber nicht weiter äußern“), ist die diesbzgl. Information als „statisch“ einzuordnen. Eine Verweigerung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO ist dann nicht möglich. Akteneinsicht ist daher zu gewähren.⁴²⁹

Anders stellt sich der Fall dar, wenn die Gefährdung des Dritten eine Beeinträchtigung des Verfahrenszwecks möglich erscheinen ließe: Dann wäre es denkbar, daß die Information (z.B.: „Zeuge X hat bereits das und das gesagt, wird weiteres sagen“) in ihrem Erkenntniswert für das Verfahren durch die Akteneinsicht beeinträchtigt wird. Die Information ist dann als „dynamisch“ einzuordnen.

(d) Tauglichkeit des eigenen Gefährdungsbegriffes in Fällen „kriminalistischer List“

Die Einteilung nach „statischer“ und „dynamischer“ Information könnte man, insbesondere in bezug auf den Beschuldigten, als problematisch ansehen: Geht es um den Beschuldigten, so könnte man sagen, hat eine Information niemals nur statischen Wert: Weiß die Staatsanwaltschaft etwa durch die durchgeführte Zwangsmaßnahme sicher, daß der Beschuldigte zur Tatzeit am Tatort gewesen sein muß, so könnte man diesem in einem Verhör die Frage stellen, ob er denn zur fraglichen Zeit am betreffenden Ort gewesen sei. Beantwortet der Beschuldigte die Frage nicht wahrheitsgemäß, könnte man daraus auf die Glaubwürdigkeit seiner Aussage insgesamt schließen. So gesehen wäre die Dynamik einer Information niemals als verbraucht anzusehen, weil sie immer in einer Weise einsetzbar ist, die den Gang des Verfahrens beeinflussen könnte. Es handelt sich bei dieser Art von Befragung, zu der jede Art von Information immer noch gut ist, um das, was gemeinhin als „kriminalistische List“ bezeichnet wird. Die

⁴²⁹ In diese Richtung auch, insbesondere für die Fälle, in denen der Beschuldigte schon Kenntnis vom Akteninhalt hat, *Walischewski* in StV 2001, 243, 247.

ganz h.M. hält das für zulässig: Der Vernehmende dürfe dem Beschuldigten sein Wissen über Tatsachen grundsätzlich verschweigen, ihn durch Unterlassen täuschen.⁴³⁰ Unbeschadet von § 136 II StPO sei nicht Zweck der Vernehmung, den Vernehmenden davon zu unterrichten, was der Vernehmende weiß, vielmehr sei es gerade umgekehrt.⁴³¹

Das Wissen, das die Staatsanwaltschaft aus einer solchen Vernehmung ziehen könnte, würde sicher einiges leichter machen. Auf diesem Wege wäre es möglich, recht schnell Aussagen in gute und schlechte einzuteilen, die guten ins Töpfchen, die schlechten ins Kröpfchen.

Man könnte sich aber auch die Frage stellen, mit welchem Ziel eine solche Art der Befragung eigentlich betrieben wird und ob sie zur Erreichung dieses Ziels gerechtfertigt erscheint. Einfach ausgedrückt stellt die Staatsanwaltschaft in diesen Fällen eine Frage, deren Antwort sie schon kennt, eine Frage also, die sie streng genommen nicht stellen müßte. Der einzige Gewinn der Beantwortung dieser Frage liegt also in den doch recht diffusen und auch zu Vorurteilen verleitenden Aussagen: „Der Verhörte sagt in einem Punkt nicht die Wahrheit“ und „Wer einmal lügt, dem glaubt man nicht“.

Mit Blick auf den Beschuldigten und auf § 136 II StPO ist es aber mehr als bedenklich, ein solches Ziel in einer Befragung zu sehen: Der erstrebte Aussagewert dieser Frage bzw. der Tatsache, daß der Beschuldigte nicht über das bestehende Wissen der Staatsanwaltschaft in Kenntnis gesetzt wird, erschöpft sich darin, den Beschuldigten zu belasten; leugnet er, am Tatort gewesen zu sein, hat man das – mehr oder weniger erwartete – Ergebnis seiner Unglaubwürdigkeit; bejaht er jedoch, am Tatort gewesen zu sein, weiß man das, was man vorher ohnehin wußte. Man mag nun sagen, daß der Beschuldigte in diesem Fall ja auch die Möglichkeit bekommen könnte, seine Anwesenheit zu erklären. Diese Möglichkeit hätte er freilich auch, wenn man ihn von Anfang an darauf aufmerksam gemacht hätte, daß man um seine Anwesenheit am Tatort zur Tatzeit wisse. Das einzige Ziel einer solchen Frage ist daher, den Beschuldigten zu belasten. Geht man aber davon aus, daß der Beschuldigte wegen der Unschuldsvermutung als unschuldig zu gelten hat, mutet es schon etwas merkwürdig an, eine Befragung zu dem Zweck durchzuführen, die Glaubwürdigkeit des Beschuldigten zu unterminieren oder aber eine als wahr angesehene Version bestätigt zu bekommen, aus der man eine weitere Belastung des Beschuldigten schließt. Derartiges Vorgehen nennt *Paul Watzlawick* „Illusion der Alternativen“: Man gibt dem Gesprächspartner (hier: dem Beschuldigten) nur zwei Möglichkeiten zur Wahl; entscheidet er sich für die eine, beschuldigt man ihn, sich nicht für die andere entschieden zu haben. Das Kommunikationsverhalten folgt dem Muster: „Tut

⁴³⁰ BGHSt 40, 70 ff.; *Beulke*, StPO, Rn 136; KK-*Boujong*, zu § 136 a, Rn 21; *K/M-G*, zu § 136 a, Rn 16.

⁴³¹ *L/R-Hanack*, zu § 136 a, Rn 37.

er A, hätte er B tun sollen, und tut er B, hätte er A tun sollen.“⁴³² Es läßt den Partnern in Kommunikationssituationen (und als solche ist das Ermittlungsverfahren auch anzusehen) keine Chance auf ein annähernd befriedigendes Ergebnis: Der Befragte hat die Wahl zwischen Pech und Schwefel, ohne dieses freilich zu wissen. Er kann sich gar nicht richtig entscheiden. Der Fragende hingegen erhält eine Antwort, von der er weiß, daß sie in jedem Fall sein bereits negatives Bild vom Befragten bestätigt. *Watzlawik* sagt dazu: „Mit dieser Taktik ist nicht nur die eigene [des Befragenden] Rechtschaffenheit und Normalität bewiesen, sondern auch für ein gerüttelt Maß von Elend gesorgt.“⁴³³ Im alltäglichen Leben bereiten solche Situationen eingeschränkter Kommunikation viel Kummer, nicht umsonst wird ein solches Vorgehen für beide beteiligten Seiten als sicherer Weg ins Unglücklichsein beschrieben.

Im Ermittlungsverfahren allerdings geht die Wirkung über reinen Kummer hinaus. Auch beschränkt sie sich nicht darauf, die Kommunikationssituation „Ermittlungsverfahren“ in ausweglose Lagen zu bringen: Da diese Art der Befragung nur der Bestätigung eines negativen Bildes dient, das die Staatsanwaltschaft vom Beschuldigten hat (seine Illusion besteht darin, daß er glaubt, z.B. die Frage „Waren Sie schon einmal am Tatort?“ auf eine Art und Weise beantworten zu können, die ihn nicht belastet, was realiter nicht der Fall ist), kann hier auch nicht mehr gesagt werden, die Staatsanwaltschaft gehe bei ihren Ermittlungen von der Unschuld des Beschuldigten aus. Ginge sie nämlich von der Unschuld aus, müßte sie Befragungen dieser Art vermeiden. Die Anwendung „kriminalistischer List“ ist also eine Ermittlungsmethode, die mit der Unschuldsvermutung kollidiert.

Davon abgesehen, scheint fraglich, wie die Forderung des § 136 II StPO, daß dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen, auch nur annähernd erfüllt werden kann, wenn der Beschuldigte diese nicht einmal kennt, nicht einmal weiß, welche belastenden Tatsachen sein Gegenüber weiß.⁴³⁴

Zunächst wird hiergegen vorgebracht, es handle sich bei § 136 II StPO um eine Sollvorschrift.⁴³⁵ Das mag zwar auf den ersten Blick dem Wortlaut entsprechen, läßt aber völlig außer acht, welchen Gedanken § 136 II StPO entspringt. Als im Zuge der Reform des Strafverfahrens die StPO aus der Taufe gehoben wurde, bestanden zu keiner Zeit Zweifel daran, daß die Funktion der Vernehmung „jedenfalls und wesentlich“ die Verteidigung des Beschuldigten sein sollte. Eine der Haupterrungenschaften dieser Reformbewegung war gerade die Aufwertung des Beschuldigten vom bloßen Objekt des Inquisitionsverfahrens zum Subjekt des Prozesses mit eigenen Mitwirkungs- und Gestaltungsrechten. Der dadurch dem Beschuldigten

⁴³² *Watzlawik*, Anleitung, S. 84.

⁴³³ *Watzlawik*, Anleitung, S. 88.

⁴³⁴ So auch *Lesch* in ZStW 111, 624, 642.

eingerräumte status activus kann von diesem aber regelmäßig erst durch die Vernehmung wahrgenommen werden.⁴³⁶ Durch das Zulassen von Fangfragen dieser Art („kriminalistischer List“) wird aber die Reformbewegung des letzten Jahrhunderts partiell widerrufen.⁴³⁷ Der Beschuldigte wird wieder zum Objekt staatlicher Untersuchung herabgewürdigt.

Außerdem wird dadurch verkannt, daß die Subjektstellung des Beschuldigten im Strafverfahren nicht bloß aus dem Grund heraus geschieht, daß der Beschuldigte geschützt werden soll. Die Ausschaltung von inquisitorischer List geschieht nämlich mindestens auch zum Zweck der Vermeidung von Fehlern, also gerade *im* Interesse der Wahrheitsfindung und *nicht diesem entgegen*. § 136 II StPO als maßgebliche Vorschrift bei der Beurteilung der Zulässigkeit solcher Art der Befragung⁴³⁸ ist nur dahingehend zu verstehen, daß „Fangfragen und listige Vorgehensweisen“ verboten sind.⁴³⁹

In diesem Sinne argumentierte im übrigen auch schon die „zeitgenössische“ Literatur z.Zt. der Entstehung der StPO: *Glaser* sah etwa die „Lösung aller Widersprüche [...] darin, dass man aufhört, das Verhör als auf ein Geständnis abzielend zu betrachten“.⁴⁴⁰

Darüber hinaus ist es aber auch kaum möglich, den Umfang eigener Rechte zutreffend abzuschätzen, wenn man bei einer Befragung nicht weiß, welchen Kenntnisstand der Befragende hat. Weiß etwa der Beschuldigte, daß die Staatsanwaltschaft Kenntnis von seiner Anwesenheit am Tatort zur Tatzeit hat, so wird er u.U. gut beraten sein, von seinem Recht auf Zeugnisverweigerung Gebrauch zu machen. Um aber die Tragweite des dahinter steckenden Nemo-tenetur-Prinzips in der konkreten Situation in vollem Umfang erkennen und dieses also gegebenenfalls auch wahrnehmen zu können, ist es unerlässlich, daß der Beschuldigte den Kenntnisstand des Gegenüber in bezug auf seine Verwicklung in die Vorgänge erfährt.

Da eine Kategorisierung wie die hier entwickelte aber nur dann als problematisch einzuordnen ist, wenn man davon ausgeht, daß jede denkbare Information theoretisch noch zu dieser Art von zusätzlicher Erkenntnisgewinnung einsetzbar ist, kann gesagt werden, daß die Kategorisierung nicht problematisch ist, weil eben eine solche Art der Erkenntniserlangung nicht zulässig sein wird.

⁴³⁵ *L/R-Hanack*, zu § 136, Rn 34.

⁴³⁶ *Lesch*, a.a.O., S. 643.

⁴³⁷ *Lesch*, a.a.O., S. 644.

⁴³⁸ *Degener* in GA 1992, 443, 464.

⁴³⁹ *Degener*, a.a.O..

⁴⁴⁰ *Glaser*, a.a.O., S. 620.

(e) Ergebnis zu (4)

Gerade die genannten Beispiele sollten verdeutlicht haben, daß die eigene Lösung den Vorteil einer relativ abstrakten Vorgabe bietet (und sich nicht etwa auf Zwangsmaßnahmen beschränkt), ohne in Beliebigkeit zu verfallen (wie der abstrakte Gefährdungsbegriff). Zugleich sollte anhand dieser Unterscheidung eine in der Praxis einfach durchführbare Abgrenzung möglich sein (im Unterschied zum konkreten Gefährdungsbegriff).

Aus diesen Gründen erscheint es sinnvoll, eine Gefährdung des Untersuchungszwecks i.S.d. § 147 II StPO immer dann als gegeben zu betrachten und also die Akteneinsicht verweigern zu können, wenn es sich um eine „dynamische Information“ handelt. Im von § 147 StPO vorgegebenen Regelfall der „statischen Information“ hingegen ist eine Gefährdung des Untersuchungszwecks nicht anzunehmen, Akteneinsicht muß in diesen Fällen zu jeder Zeit des Verfahrens gewährt werden.

c. Der Sonderfall der Akteneinsicht bei Untersuchungshaft des Beschuldigten

Nachdem der Versuch gemacht worden ist, einen allgemeinen Begriff der Gefährdung des Untersuchungszwecks aus § 147 II StPO abzuleiten, soll nun untersucht werden, ob sich der so gefundene Begriff auch in einem viel diskutierten Sonderfall als praktikabel erweist. Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers ist in den Fällen der Untersuchungshaft des Beschuldigten deshalb so interessant und unterscheidet sich insofern von den Fällen der „normalen“ Akteneinsicht, weil es in erheblichem Maße – insbesondere bei Haftprüfungsentscheidungen – den Grundsatz des fairen Verfahrens berührt.

Um diese Tatsache näher zu erklären, erscheint es sinnvoll, einen etwas größeren Bogen zu schlagen: Untersuchungshaft kann nach § 112 I StPO dann verhängt werden, wenn ein Haftgrund vorliegt. Die Haftgründe werden von § 112 II StPO näher definiert; neben der Fluchtgefahr aus Nr. 2 ist hier vor allem die Verdunkelungsgefahr zu nennen, die in Nr. 3 geregelt ist. Diese ist legaldefiniert als Gefahr, daß die Ermittlung der Wahrheit erschwert werde (§ 112 II Nr. 3 StPO). Wenn man diese Umschreibung betrachtet, so fällt eine gewisse Affinität zu dem auf, was von vielen Vertretern in Literatur und Rechtsprechung als Untersuchungszweck angesehen wurde, nämlich die Wahrheitsermittlung und Sachverhaltsaufklärung.⁴⁴¹ Das legt nun wiederum nahe, einen gewissen Gleichlauf beider Voraussetzungen in dem Sinne anzunehmen, daß man jedenfalls immer dann, wenn man vom Haftgrund der Verdunkelungsgefahr

⁴⁴¹ Es wurde bereits gesagt, daß diese Ausdrücke nicht ganz glücklich gewählt sind; der Untersuchungszweck ist aber wohl insofern als Spiegelbild der Verdunkelung anzusehen, als das im Rahmen dieses Haftgrundes zu Vermeidende das Erschwerende der Feststellung des strafrechtlich relevanten Sachverhaltes ist (so OLG Köln in StV 1997, 642), was nahelegt, daß auch hier das Ziel natürlich nur die Beantwortung der Frage sein kann, was im weiteren Prozeßverlauf zu geschehen habe: Klageerhebung oder Einstellung der Klage.

ausgeht, auch die Gefährdung des Ermittlungszwecks für gegeben hält. Das hat jedoch eine zweifache Folge: Erstens wird die Staatsanwaltschaft dann in den Fällen, in denen sie wegen Verdunkelungsgefahr Untersuchungshaft anordnet oder anordnen könnte, auch immer nach § 147 II StPO die Akteneinsicht verweigern.

Zweitens wird sie die Akteneinsicht auch in dem Fall verweigern, wenn der Verteidiger eine die Untersuchungshaft betreffende gerichtliche Entscheidung herbeiführen will. Der Verteidiger gerät dann in einen Teufelskreis: Weil Verdunkelungsgefahr angenommen wurde, wird die Akteneinsicht verweigert. Gegen den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr kann aber nicht wirksam vorgegangen werden, weil Akteneinsicht nicht gewährt wird. Es sollte deutlich sein, daß dies eine für die Beschuldigtenseite nicht ganz befriedigende Situation ist.

Beide Themenkreise werden im folgenden angesprochen werden. Zunächst soll die bestehende Untersuchungshaft daraufhin untersucht werden, ob allein aufgrund des Haftgrundes der Verdunkelungsgefahr schon eine Gefährdung des Untersuchungszwecks i.S.d. § 147 II StPO anzunehmen ist und also die Akteneinsicht verweigert werden kann.

Danach wird es um die Frage gehen, ob die Verweigerung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung bei bestehender Untersuchungshaft aufrechterhalten werden kann, selbst wenn eine Gefährdung des Untersuchungszwecks anzunehmen ist. Hier ist von besonderer Bedeutung, daß die Rechtsprechung sowohl des EGMR als auch des Bundesverfassungsgerichts zu diesem Komplex dazu geführt hat, daß viel Grundsätzliches zu überdenken war.

aa. Die bestehende Untersuchungshaft als Gefährdung des Untersuchungszwecks

Einleitend wurde bereits darauf hingewiesen, daß eine gewisse Zwangsläufigkeit zwischen Verdunkelungsgefahr und Untersuchungszweckgefährdung nicht von der Hand zu weisen ist. Aufgezeigt wurde auch, daß daraus folgt, daß ein Gegensatz zwischen der Wahrnehmung der Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen der Haftprüfung und der Erreichung des Untersuchungszwecks besteht. Diese „Antinomie“⁴⁴² wurde in der Rechtsprechungspraxis lange Zeit einseitig dahingehend gelöst, daß man zuungunsten des inhaftierten Beschuldigten bei Verdunkelungsgefahr auch immer den Untersuchungszweck für gefährdet hielt und also die Akteneinsicht ausschloß⁴⁴³ und umgekehrt sogar die gerichtliche Praxis darauf verzichtete, Beweismittel im Haftbefehl näher darzulegen, weil dadurch eine Gefährdung des Untersuchungszwecks zu befürchten war.⁴⁴⁴ Ohne bereits an dieser Stelle auf die Rechtsprechung des

⁴⁴² *Schlothauer* in StV 1994, 320, 320.

⁴⁴³ *Bosch* in StV 1999, 333, 334.

⁴⁴⁴ *Schlothauer*, a.a.O..

EGMR und des Bundesverfassungsgerichts eingehen zu müssen, stellt sich die davon unabhängige Frage, ob eine solche Auslegung der beiden Begriffe von der StPO gewollt sein kann. Das wird man zunächst auf einer rein formellen Ebene erörtern können, indem man die Kompetenzen bei beiden Entscheidungen betrachtet: Ob der Untersuchungszweck gefährdet ist oder nicht, wird nach § 147 V 1 StPO im Ermittlungsverfahren von der Staatsanwaltschaft beurteilt, über die Frage der Untersuchungshaft entscheidet nach § 114 I StPO der Ermittlungsrichter. Zwei voneinander in Funktion und Verfahrensstellung deutlich unterschiedene Organe haben Entscheidungen zu treffen, und das unabhängig voneinander. Das macht deutlich, daß ein automatischer Gleichlauf von Verdunkelungsgefahr und Untersuchungszweckgefährdung schon aus diesem Grund nicht Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung sein kann.

Dieses Argument mag man noch als haarspalterisch abtun, was allerdings bei einem anderen Argument schwerer zu bewältigen sein wird: Eingangs wurde bereits darauf verwiesen, daß der Beschuldigte sich hier im Falle einer Untersuchungshaft aufgrund Verdunkelungsgefahr in einem Teufelskreis sieht. Das könnte man noch hinnehmen, wenn man von der Situation des § 147 II StPO ausginge, in der – wie dargestellt – auf eine jederzeitige und vollumfängliche verfahrensrechtliche Gleichstellung der Beteiligten verzichtet werden kann und muß, so daß es folgerichtig wäre, wenn der Beschuldigte nicht zu jeder Zeit alle seine Rechte wahrnehmen könnte. Problematisch ist allerdings, daß der Teufelskreis hier nicht nur das Akteneinsichtsrecht betrifft, sondern auch die in § 117 I StPO vorgesehene Haftprüfung. Es bedarf keiner großen Ausführungen, um klarzumachen, daß durch die Anordnung von Untersuchungshaft bzw. ihre Aufrechterhaltung mit der persönlichen Freiheit ein Verfassungsgut von besonders hohem Wert betroffen ist⁴⁴⁵, was auch dadurch zum Ausdruck kommt, daß die Wahrung der Verhältnismäßigkeit in diesen Fällen sogar in der StPO an mehreren Stellen normiert ist, namentlich in den §§ 112 I 2, 113, 116, 120 I und 121 I StPO.

Mit der Anordnung oder der Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft greift das jeweils anordnende bzw. entscheidende Gericht so erheblich in Rechte des Beschuldigten ein, daß die StPO in § 115 I vorsieht, daß der ergriffene Beschuldigte dem zuständigen Richter *unverzüglich* vorzuführen ist, und in § 117 I, daß eine Haftprüfung *jederzeit* beantragt werden kann. Beides macht deutlich, welch große Vorsicht die StPO bei der Anordnung von Untersuchungshaft an den Tag legt. Dem Gesetzgeber war die Tragweite einer solchen Maßnahme durchaus bewußt.

Wenn man nun davon ausgeht, daß im Falle der Verdunkelungsgefahr immer auch eine Untersuchungszweckgefährdung gegeben wäre, hieße das in Konsequenz, daß kein Beschuldig-

⁴⁴⁵ KK-*Boujong*, vor § 112, Rn 6; BVerfG in StV 1992, 123; *Bosch*, a.a.O..

ter, der wegen Verdunkelungsgefahr inhaftiert ist, jemals Akteneinsicht bekommen könnte. Die Folge dessen wäre wiederum, daß dem wegen Verdunkelungsgefahr inhaftierten Beschuldigten *sämtliche* Rechtsbehelfe im Rahmen der Haft *ohne Akteneinsicht*, mithin in Unkenntnis erheblicher Teile der Akten zustünden. Von einem *effektiven* Rechtsschutz kann in einem solchen Fall nicht mehr gesprochen werden. Daß ein solcher aber gerade im Fall der Untersuchungshaft von absolut grundlegender Bedeutung ist, dürfte aus dem vorangehend Erörterten deutlich geworden sein. Um es anders auszudrücken: Man mag darüber nachdenken, ob an weniger neuralgischen Punkten des Strafverfahrens immer Parität in bezug auf die Beteiligten herrschen muß und ob in diesen Fällen aus ebendiesen Gründen Rechtsbehelfe immer effektiv ausgestaltet sein müssen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß im Falle der Untersuchungshaft ein effektiver Rechtsbehelf zum einen notwendig ist, zum anderen aber auch vom Gesetzgeber der StPO gewollt ist. Verweigert man einem inhaftierten Beschuldigten einen solchen effektiven Rechtsschutz auf der ganzen Linie, kann das nicht dem Sinn und Zweck der Haftregelungen der §§ 112 ff. StPO entsprechen. Eine solche Auslegung der Begriffe und dahingehende Rechtspraxis stehen also in klarem Widerspruch zu den Regelungen der §§ 112 ff. StPO. Sie sind daher als jedenfalls rechtswidrig abzulehnen, und das unabhängig von der Einbeziehung der im folgenden zu erörternden Urteile von EGMR und Bundesverfassungsgericht.

bb. Die Verweigerung der Akteneinsicht im Rahmen gerichtlicher Entscheidungen bei bestehendem Haftbefehl

Die im folgenden zu behandelnde Frage unterscheidet sich von der bisher erörterten hauptsächlich insofern, als es soeben darum ging, ob die Annahme einer Verdunkelungsgefahr automatisch, d.h. immer oder mindestens grundsätzlich, auch zum Vorliegen einer Untersuchungszweckgefährdung und damit zur Verweigerung der Akteneinsicht führt. Jetzt hingegen wird zu untersuchen sein, ob es im Rahmen einer bestehenden oder angeordneten Untersuchungshaft *überhaupt* möglich sein kann, dem Beschuldigten die Akteneinsicht zu verwehren und damit seine Rechte in gravierender Weise zu beschneiden, sei es aufgrund einer Untersuchungszweckgefährdung oder (wie im der EGMR- Entscheidung zugrundeliegenden Fall) ohne eine solche. Es geht also nicht mehr um die Frage, ob eine bestehende oder angeordnete Untersuchungshaft des Beschuldigten das Regel- Ausnahme- Verhältnis des § 147 II StPO umkehrt, sondern darum, ob dieses Regel- Ausnahme- Verhältnis des § 147 II StPO hier überhaupt bestehen und eine Ausnahme von der Regel der Akteneinsicht gar nicht gemacht werden darf.

(1) Die nationale deutsche Rechtsprechung vor dem Urteil des EGMR

Ausgangspunkt der Untersuchung ist eine Entscheidung des OLG Hamburg.⁴⁴⁶ Sie gleicht in ihrer Argumentation der gerade abgelehnten Rechtspraxis, ist jedoch weniger apodiktisch. Es ging im Fall um die Frage, ob im gerichtlichen Haftbefehl die Beweismittel ausreichend präzise aufgeführt waren. Letztlich berührte die Entscheidung damit aber auch die Frage, ob eine Einschränkung der Verteidigungsrechte im Fall bestehender oder angeordneter Untersuchungshaft aus Gründen der Untersuchungszweckgefährdung möglich ist. Das Gericht führt dazu aus, das Schrifttum verlange bei § 114 II Nr. 4 StPO, daß über den Wortlaut hinaus die Beweismittel im Haftbefehl aufgeführt würden.⁴⁴⁷ Dieses im Grunde berechnete Verlangen finde, so das Gericht weiter, seine Grenze jedoch jedenfalls in § 147 II StPO, der sonst unterlaufen würde. Wenn sich also die Staatsanwaltschaft auf § 147 II StPO berufe, könnten Beweismittel nicht im Haftbefehl aufgeführt werden, auch weil die Entscheidung der Staatsanwaltschaft der gerichtlichen Kontrolle entzogen sei.⁴⁴⁸

(2) Die Lamy- Entscheidung des EGMR

Der nächste Schritt ist die Lamy- Entscheidung des EGMR⁴⁴⁹: Dieser lag ein Fall zugrunde, in dem der belgische Staatsangehörige Lamy über einen Zeitraum von zunächst vier Tagen in Untersuchungshaft genommen wurde. Es fand dann ein Haftprüfungstermin statt, bei dem sein Verteidiger Argumente gegen das Vorliegen von Haftgründen vorbrachte. Die Haft wurde dennoch vom Gericht erster Instanz bestätigt. Über die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde 16 (!) Tage später vom Berufungsgericht im Sinne einer Aufrechterhaltung der Haft entschieden. Lamy machte vor dem EGMR u.a. eine Verletzung von Art. 5 IV EMRK geltend. Dies begründete er damit, daß das Haftprüfungsverfahren keinen wirklich kontradiktorischen Charakter gehabt habe, weil seinem Verteidiger bis zur jeweiligen Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Haft (sowohl der des Gerichts erster Instanz als auch der des Berufungsgerichts) keine Akteneinsicht in für die Haftfrage wesentliche Teile der Akten gewährt worden war und es also kein Verfahren i.S.d. Art. 5 IV EMRK gewesen sei. Der EGMR bewertete die dem Verteidiger vorenthaltenen Aktenteile als für die Haftfrage wesentlich und verneinte, dem Beschwerdeführer folgend, daher auch den kontradiktorischen Charakter des Verfahrens, womit auch das Vorliegen eines Verfahrens i.S.d. Art. 5 IV EMRK abzulehnen war, weil der Gerichtshof in der Entscheidung Sanchez- Reisse (EuGRZ 1988, 523) verlangt

⁴⁴⁶ OLG Hambg in MDR 1992, 693 f..

⁴⁴⁷ OLG Hamburg, a.a.O..

⁴⁴⁸ OLG Hamburg, a.a.O., S. 694.

⁴⁴⁹ StV 1993, 283 f.

hatte, daß ein Verfahren kontradiktorisch sein müßte, um den Anforderungen des Art. 5 IV EMRK zu genügen.

(3) Die Reaktionen der Rechtsprechung auf die Lamy- Entscheidung

Die Lamy- Entscheidung hat kurioserweise in den ersten Jahren ihrer Existenz (1989 - 1993) so gut wie keine Reaktionen in Deutschland hervorgerufen⁴⁵⁰, ab dem Datum ihrer Veröffentlichung in einer deutschen juristischen Zeitschrift (Juni 1993, StV), dafür aber umso heftigeren Einfluß auf die Entwicklung des Akteneinsichtsrechts im Haftverfahren genommen. In Rechtsprechung und Literatur gab es relativ schnell recht geteilte Reaktionen:

In einem Beschluß vom 9.2.1993 führte der 3. Strafsenat des KG aus, daß die Verweigerung der Akteneinsicht wegen Untersuchungszweckgefährdung im Rahmen des § 147 II StPO auch nach der Lamy- Entscheidung nicht als konventionswidrig anzusehen sei, weil es eben ein von der Lamy- Entscheidung insofern zu unterscheidender Fall sei, als die Verweigerung der Akteneinsicht nach belgischem Recht *generell* in den ersten 30 Tagen möglich war, was sich von § 147 II StPO grundlegend dadurch unterscheidet, daß dieser die Verweigerung der Akteneinsicht eben nur ausnahmsweise und in Fällen der Untersuchungszweckgefährdung er mögliche, keinesfalls aber so weitgehend wie im belgischen Recht.⁴⁵¹

In der Literatur wurde dem entgegengehalten, daß das an der konkreten Situation für den inhaftierten Beschuldigten nichts ändere und daß, wenn diesem nach § 147 II StPO die Akteneinsicht verweigert werde, dies auf den mangelnden kontradiktorischen Charakter dieselben Auswirkungen habe.⁴⁵²

Aus diesen Gründen habe die Lamy- Entscheidung des EGMR immense Wichtigkeit auch für das Akteneinsichtsrecht im deutschen Strafprozeß. Außerdem sei, angesichts der nunmehr veränderten Ausgangslage ein Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu erwarten, in dem sich dieses mit der spezifischen Frage der Akteneinsicht bei bestehender angeordneter Untersuchungshaft auseinandersetzen werde.⁴⁵³ Dieses habe sich bislang nur generell mit der Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 147 II StPO beschäftigt und diese bejaht⁴⁵⁴, ohne allerdings auf die besondere Bedeutung der Akteneinsicht bei bestehender oder angeordneter Untersuchungshaft einzugehen. Es sei freilich eine gewisse Tendenz dahingehend erkennbar, daß das Bundesverfassungsgericht immerhin klargestellt habe, daß eine nachteilige Verwendung von

⁴⁵⁰ Was sich auch daran zeigt, daß die soeben zitierte Entscheidung des OLG Hamburg zwar nach der Lamy- Entscheidung erging, diese jedoch offenbar nicht kannte.

⁴⁵¹ KG, Beschluß vom 9.2.1993 – 3 Ws 59/93, abgedruckt in *wistra* 1994, 38 f.

⁴⁵² *Zieger* in StV 1993, 320, 323.

⁴⁵³ *Zieger*, a.a.O., S. 321; von der Tendenz her ähnlich, ohne jedoch die Erwartung eines verfassungsgerichtlichen Urteils derart explizit zu nennen: *Schmitz* in *wistra* 1993, 321, 324.

⁴⁵⁴ U.a. Bundesverfassungsgericht in NJW 1965, 1171, 1171.

dem Gericht bekannten, dem Beschuldigten aber verschlossenen Akten von Art. 103 I GG verhindert werden solle.⁴⁵⁵

Eine etwas mehr in diese Richtung gehende Ansicht vertrat der 4. Strafsenat des KG in einem Beschluß vom 10.5.1993. Dort wurde u.a. auch auf die Kompetenzproblematik eingegangen und festgestellt, das Gericht sei grundsätzlich nicht befugt, sich über Entscheidung der Staatsanwaltschaft bzgl. § 147 II StPO hinwegzusetzen.⁴⁵⁶ Versage aber die Staatsanwaltschaft in einem Fall der Entscheidung nach § 115 III StPO (also einem solchen der unverzüglichen Vernehmung nach Inhaftnahme des Beschuldigten) die Akteneinsicht, so könne das Gericht seiner Verpflichtung, dem Beschuldigten rechtliches Gehör zu gewähren, nachkommen, indem es ihm etwa den wesentlichen Inhalt einer Zeugenaussage mitteile. Bedeutsam erscheint insbesondere, daß der 4. Strafsenat des KG hier betonte, in diesen Fällen sei das Interesse des Beschuldigten an einer Anhörung zu Tatsachen und Beweisen jedenfalls höher zu bewerten als das der Staatsanwaltschaft an der Geheimhaltung der Akten.⁴⁵⁷ Es wurde damit, im Unterschied zu den vorangegangenen Urteilen, erstmals ein Primat des rechtlichen Gehörs des Beschuldigten im Haftfall über die Möglichkeit der Akteneinsichtsverweigerung nach § 147 II StPO anerkannt.

Dieses Urteil fand in der Literatur unmittelbar ein positives Echo. Das wurde u.a. auch mit dem Argument untermauert, daß die Staatsanwaltschaft nicht in Interessensymbiose mit dem Gericht stehe, dieses also nicht Sachwalterin der Interessen der Staatsanwaltschaft (hier: Wahrung des Untersuchungszwecks) sei.⁴⁵⁸

Ein neuerlicher Beschluß des KG, dieses Mal des 5. Strafsenats,⁴⁵⁹ ging in die gleiche Richtung, indem festgestellt wurde, daß dem Beschuldigten im Rahmen einer Haftfortdauerentscheidung jede Verteidigungsmöglichkeit genommen sei, wenn die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht verweigere und der Haftbefehl des Gerichts bzw. dessen Beschwerdeentscheidung keine ausreichende Darlegung der Verdachtsumstände enthalte, die den Beschuldigten in die Lage versetzten, diese zu entkräften und Material zur Verteidigung herbeizubringen.⁴⁶⁰

Derselbe Senat fügte dem am 7.2.1994 einen weiteren Beschluß⁴⁶¹ hinzu, indem er einen Schritt weiter ging und einen Haftbefehl als nicht den Anforderungen des § 114 II Nr. 4 StPO gerecht werdend beurteilte, wenn dem Verteidiger des Beschuldigten keine Akteneinsicht gewährt worden sei und ihr nicht einmal in groben Zügen mitgeteilt worden sei, worauf der

⁴⁵⁵ Zieger a.a.O., unter Hinweis auf BVerfGE 63, 59 f..

⁴⁵⁶ KG, Beschluß vom 10.5.1993 – 4 Ws 151/93, abgedruckt in StV 1993, 370.

⁴⁵⁷ KG a.a.O..

⁴⁵⁸ Anm. Schlothauer in StV 1993, 371.

⁴⁵⁹ KG, Beschluß vom 5.10.1993 – 5 Ws 344/93, abgedruckt in StV 1994, 318 f..

⁴⁶⁰ KG, a.a.O., S. 319.

⁴⁶¹ KG, Beschluß vom 7.2.1994 – 5 Ws 51/94 – abgedruckt in StV 1994, 319 f..

Haftbefehl beruhe, und auch nicht erkennbar sei, wie sich der Beschuldigte gegen die Vorwürfe zur Wehr setzen könne. In einem solchen Fall sei, falls sich die Staatsanwaltschaft weiterhin weigere, Akteneinsicht zu gewähren, im Zweifel der Haftbefehl aufzuheben.⁴⁶² Auch dieser Beschluß wurde in einer unmittelbar darauffolgenden Reaktion in der Literatur⁴⁶³ überwiegend positiv beurteilt. Insbesondere wurde auch herausgestellt, daß dies einen doch erheblichen Schritt darstelle, zumal deshalb, weil angesichts der Kompetenz der Staatsanwaltschaft für die Gewährung der Akteneinsicht keine gerichtliche Möglichkeit bestand, auf die Akteneinsichtsgewährung Einfluß zu nehmen. Jetzt sei ein anderer Weg gewählt worden, mit dem das Gericht zwar nicht in die Kompetenz der Staatsanwaltschaft eingreife, aber dennoch dem rechtlichen Gehör zu ausreichender Geltung verhelfen könne: Wenn Tatsachen der Entscheidung zugrundegelegt werden sollen, dann müßten sie vorher dem Verteidiger zur Kenntnisnahme vorgelegen haben, sonst könne eine Untersuchungshaft nicht auf sie gestützt werden und sei daher gegebenenfalls aufzuheben.

Grundsätzliche Kritik wurde allerdings daran geübt, daß auch beim Beschluß des KG letztlich das Gericht zu beurteilen habe, ob die dem Verteidiger vorenthaltenen Informationen für die Frage der Untersuchungshaft von Belang seien oder nicht.⁴⁶⁴

Einen leichten Rückschlag, betrachtet man die Entwicklung hin zu einer Beachtung der vom EGMR aufgestellten Bedingungen, stellte allerdings die Entscheidung des OLG Hamm vom 3.2.1994 dar:⁴⁶⁵ Hier lehnte das Gericht eine Beschwerde gegen Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft mit dem Hinweis ab, daß zum einen Art. 5 IV EMRK nicht zur Aufhebung des Haftbefehls führen könne, weil dieser in seinem Bestand von der EMRK nicht abhängig sei. Zum anderen sei Art. 5 IV EMRK auch gar nicht verletzt, weil dieser nichts darüber aussage, daß eine Verweigerung der Akteneinsicht, die nach deutschem Recht, eben über § 147 II StPO, zulässig sei, gegen die EMRK verstoße. Hierzu gab es angesichts der fehlenden Veröffentlichungen – soweit ersichtlich – keine Reaktionen der Literatur. Die Aussage, der Haftbefehl sei in seinem Bestand nicht von der EMRK abhängig, kann man angesichts der oben getätigten Ausführungen getrost bezweifeln.⁴⁶⁶ Der Hinweis, Art. 5 IV EMRK sei aber auch gar nicht verletzt, ist erstens überflüssig, legt man den Maßstab des Gerichts zugrunde (wenn die EMRK doch gar keinen Einfluß auf den Haftbefehl haben kann, bedurfte es dieser Feststellung nicht mehr). Zweitens ist ihr aber auch das oben bereits angeführte Argument entgegenzuhalten, daß sich an der Situation für den Beschuldigten nichts ändert, ganz gleich, ob ihm

⁴⁶² KG, a.a.O., S. 320.

⁴⁶³ Anm. *Schlothauer* in StV 94, 320 f..

⁴⁶⁴ *Schlothauer*, a.a.O., S. 321.

⁴⁶⁵ OLG Hamm, Entscheidung vom 3.2.1994 – 3 Ws 678/93, abrufbar als JURIS- Dokument.

⁴⁶⁶ Teil 2 A. II. 3.c.bb.(2).

nach § 147 II StPO oder nach belgischem Recht (das nach Ansicht der Gerichte – diesen Eindruck kann man gewinnen – rückständig, fast archaisch ist) die Akteneinsicht verwehrt wird. In dieser Phase aufgeregter Planlosigkeit erging auch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.7.1993.⁴⁶⁷ Darin stellte das Bundesverfassungsgericht zunächst klar, daß der Anspruch auf rechtliches Gehör grundsätzlich auch für richterliche Entscheidungen im Ermittlungsverfahren gelte.⁴⁶⁸ Erneut bekräftigte es seine Auffassung, daß § 147 II StPO grundsätzlich nicht zu beanstanden sei, hob jedoch hervor, bei Inhaftierung habe der Beschuldigte u.U. ein nicht bis zum Abschluß des Ermittlungsverfahrens aufschiebbares Interesse an Akteneinsicht.⁴⁶⁹ Hieraus wurde gefolgert, daß ein Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht in die Akten bestehe, wenn und soweit er die sich hierin befindenden Informationen benötige, um auf die gerichtliche Entscheidung effektiv einwirken zu können. Eine Einschränkung machte das Bundesverfassungsgericht jedoch insofern, als es die Gewährung von Teilakteneinsicht im Regelfall für ausreichend erachtete.⁴⁷⁰ Deutlich ist jedoch die Aussage, daß, wenn gem. § 147 II StPO die Akteneinsicht versagt worden sei, das Gericht solche Informationen, auf die sich die Akteneinsichtsbeschränkung bezog, nicht seiner Entscheidung zugrundelegen könne und der Haftbefehl dann ggf. aufzuheben sei.⁴⁷¹ Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist in der Folge mehrfach besprochen und in Gerichtsurteilen aufgegriffen worden.

Exemplarisch sei hier zunächst (der Chronologie halber) die Entscheidung des LG Aschaffenburg⁴⁷² genannt, das eine Geltung der Maßstäbe für die Haftentscheidung auch dann annahm, wenn der Haftbefehl zwar vorliegt, der Beschuldigte sich aber auf freiem Fuß befindet.

Auch der BGH äußerte sich schließlich 1995 zu der Problematik⁴⁷³, wiederholte dort aber mehr oder weniger die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts. Als einzig neuer Gesichtspunkt der Entscheidung mögen seine Ausführungen zur Frage der Teilakteneinsicht gelten, in denen er (in dieser Deutlichkeit neu) betonte, daß ein Akteneinsichtsrecht in Haftprüfungsverfahren nicht heiße, daß dem Verteidiger Einsicht in die „,originären Ermittlungsergebnisse“ insgesamt“ gewährt werden müsse, vielmehr sei nur in die Ermittlungsergebnisse Einsicht zu gewähren, die für die Haftentscheidung von Belang waren.⁴⁷⁴

⁴⁶⁷ BVerfG, StV 1994, 465 ff., ohne daß das OLG Hamm (a.a.O.) diese Entscheidung aber bereits einbezogen hätte.

⁴⁶⁸ BVerfG, a.a.O., S. 466.

⁴⁶⁹ BVerfG, a.a.O..

⁴⁷⁰ BVerfG, a.a.O., S. 467.

⁴⁷¹ BVerfG, a.a.O..

⁴⁷² StV 1995, 644 ff..

⁴⁷³ BGH in NJW 1996, 734 f..

(4) Die Reaktionen in der Literatur

Die Stimmen in der Literatur zu dieser Frage sind geteilt. Zunächst mag man sich die Schwächen des Verfassungsgerichtsurteils vor Augen führen, das jedenfalls keine klare Aussage dahingehend trifft, ob die Grundzüge der Lamy- Entscheidung auch im deutschen Strafprozeßrecht anwendbar sind, also ein „Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht [...] in die Akten“ besteht. Dieser besteht nämlich nach dem Bundesverfassungsgericht nur, „wenn und soweit er die sich darin befindenden Informationen benötigt, um auf die gerichtliche Haftentscheidung effektiv einwirken zu können und eine mündliche Mitteilung [...] nicht ausreichend ist.“⁴⁷⁵

Auf diese Schwachstelle ging eine weitere Stimme ein:⁴⁷⁶

Keineswegs sei im verfassungsgerichtlichen Urteil über das Verhältnis von rechtlichem Gehör und Verweigerung des Akteneinsichtsrechts Grundsätzliches gesagt worden, schon gar nicht, daß sich die beiden im Haftverfahren ausschließen. Eine dahingehende Ansicht, gar ein gegenseitiger Ausschluß von rechtlichem Gehör im Ermittlungsverfahren und nach § 147 II StPO beschränkter Akteneinsicht, bestehe nicht, sei auch reichlich lebensfremd⁴⁷⁷, weil das angesichts der „bekannten Durchlässigkeit“ der Justizvollzugsanstalten letztlich zur Folge habe, daß mit der Gewährung der Akteneinsicht sogar noch ein zusätzliches Hindernis gegen die Freilassung des Beschuldigten gegeben sei, weil dann regelmäßig Verdunkelungsgefahr anzunehmen sei, da der Verteidiger dem Beschuldigten alle Informationen weitergeben dürfe.⁴⁷⁸

Betrachtet man zunächst dieses Argument, so ist dazu zu sagen, daß man ihm die von seinem Urheber selbst ins Feld geführte Lebensfremdheit entgegenhalten kann. Wenn die Justizvollzugsanstalten doch derart durchlässig sind und ein Informationsweitergaberecht des Verteidigers an den Beschuldigten so oder so besteht (so seine Annahme), welchen positiven Effekt auf die Verdunkelungsverhinderung sollte dann die Untersuchungshaft haben, angesichts der Tatsache, daß Verdunkelungshandlungen doch nicht zwingend der Beschuldigte selbst durchführen muß? Wäre die Annahme, diese Verdunkelungshandlungen könnten aus den JVA nicht organisiert werden, nicht „reichlich lebensfremd“?

Darüber hinaus wird diese Ansicht an anderer Stelle in der Literatur, freilich bereits einige Jahre vorher und daher ohne den Beitrag des Verfassers zu kennen, als „mehr als zynisch“

⁴⁷⁴ BGH, a.a.O., S. 735.

⁴⁷⁵ BVerfG, a.a.O., S. 466.

⁴⁷⁶ *Nehm* in FS Graßhoff 239 ff..

⁴⁷⁷ *Nehm*, a.a.O., S. 244.

⁴⁷⁸ *Nehm*, a.a.O..

bezeichnet⁴⁷⁹, eine Einschätzung, die den Kern der Aussage trifft: Dem Beschuldigten seine Rechte im Haftprüfungsverfahren vorzuenthalten mit dem Hinweis, bei Inanspruchnahme dieser Rechte sei er bei der Haftprüfung jedenfalls unterlegen, offenbart ein geradezu erschreckendes Verständnis von der Rolle des Beschuldigten im Prozeß.

Ein weiterer Argumentationsstrang des Beitrags stellt die Behauptung auf, dem rechtlichen Gehör unterfielen alle Informationen, die für den Erlaß des Haftbefehls von Bedeutung seien oder herangezogen würden.⁴⁸⁰ Bei der Frage, ob die jeweilige Information dem rechtlichen Gehör unterfalle, sei der Vorrang der staatsanwaltlichen Ermittlungen zu beachten, also könne immer die Staatsanwaltschaft die Entscheidung treffen, ob das rechtliche Gehör betroffen sei oder nicht.⁴⁸¹ Es mutet in der Tat recht merkwürdig an, den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs davon abhängig zu machen, ob die Staatsanwaltschaft ihren Daumen hinsichtlich einer bestimmten Information hebt oder senkt. Man könnte meinen, daß prozessuale Grundrechte unabhängig davon existieren, ob derjenige, gegen den sie sich u.a. richten, sie im konkreten Fall als existent ansehen will oder nicht. Auch hier muß wohl nicht betont werden, daß dieser Ansicht ein eigentümliches Verständnis von der Rolle des Beschuldigten und des Verteidigers im Verfahren zugrundeliegt: Der Staatsanwaltschaft derart weitgehende Rechte zuzubilligen, kann bei aller Neutralität der Staatsanwaltschaft im deutschen Strafprozeß nicht mehr als ausgewogen angesehen werden. Auch wenn der Verfasser des Beitrags zu Recht betont, daß Ausgewogenheit im Strafprozeß nicht an jeder Stelle herrschen muß und Chancengleichheit im Strafprozeß nicht heiße, daß formale Kongruenz vorliegen müsse⁴⁸², kann es nicht im Sinne eines prozessualen Grundrechts sein, daß dieses in seiner Existenz – so darf man den Worten des Verfassers wohl entnehmen – mehr oder weniger in Gänze von seinem Antipoden abhängt. Ein solches ist auch nicht dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu entnehmen, könnte es auch gar nicht, weil zu vermuten (und zu hoffen) ist, daß dieses Derartige nicht entschieden hätte.

Das Interessante am gerade zu erörternden Beitrag ist jedoch die Fähigkeit des Verfassers, den Leser aufs Höchste zu überraschen: Könnte man nach dem gerade Gehörten davon ausgehen, daß das rechtliche Gehör auch im Haftfalle im Ermittlungsverfahren nurmehr Wachs in den Händen der Staatsanwaltschaft ist, nimmt die Argumentation des Verfassers eine erstaunliche Wendung, wenn er feststellt, daß das Gericht, falls es den Anspruch auf rechtliches Gehör als verletzt ansehe, der Haftentscheidung nur die Tatsachen zugrundelegen könne, zu de-

⁴⁷⁹ *Schmitz* in *wistra* 1993, 321, 324.

⁴⁸⁰ *Nehm*, a.a.O., S. 251, allein diese Aussage zeigt ein bemerkenswertes Verständnis vom Wesen der Verteidigungsrechte.

⁴⁸¹ *Nehm*, a.a.O..

⁴⁸² *Nehm*, a.a.O., S. 249.

nen sich der Beschuldigte vorher habe äußern können, und im Zweifel eben der Haftbefehl aufzuheben sei.⁴⁸³ Sosehr man sich am Ende über die rechtsstaatliche Wandlung freuen mag, sosehr fragt man sich doch auch, in welchem Zusammenhang dieses mit den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts übereinstimmende Urteil zu den vorher gemachten Äußerungen steht. Letztlich vermag auch die Kritik dieses Beitrags also, das mag man als Ergebnis sehen, nichts daran ändern, daß eine Verweigerung der Akteneinsicht ganz offenbar doch mit der Gewährung rechtlichen Gehörs im Haftverfahren schwer vereinbar ist und das vom Verfasser heftig dementierte Ausschlußverhältnis vielleicht (*quod erit demonstrandum*) doch besteht.

Eine andere Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁴⁸⁴ konstatiert eine Verschmelzung der Rechtsbehelfe von Akteneinsichtsverweigerung und Untersuchungshaft. Diese habe zur Folge, daß in Verfahren ohne Untersuchungshaft ein Rechtsbehelf nicht möglich sei.⁴⁸⁵ Hierzu kann nur angemerkt werden, daß das zum einen nicht ganz korrekt ist, weil eine Verschmelzung nicht stattfindet: Das hieße in Konsequenz, daß dem Ermittlungsrichter die Kompetenz der Staatsanwaltschaft, über die Frage der Untersuchungszweckgefährdung zu entscheiden, zugeordnet würde. Darum geht es aber in keiner der Entscheidungen, die eine Haftbefehlsablehnung für zwingend halten, falls Akteneinsicht nicht gewährt wurde. Sinn und Zweck dessen ist gerade nicht, daß eine Überprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft stattfindet, was auch die Tatsache zeigt, daß im Zweifel eben nicht das Gericht die Akteneinsicht gewähren oder die Akte sonstwie zugänglich machen kann, sondern auf das in seiner Kompetenz stehende Mittel beschränkt bleibt, nämlich die Ablehnung des Haftbefehls. Die Staatsanwaltschaft soll hier also nicht gemaßregelt oder übergangen werden, vielmehr hat das Gericht dafür Sorge zu tragen, daß im Bereich seiner Kompetenz rechtliches Gehör in ausreichendem Umfang gewährt wird und es Entscheidungen nur dann trifft, wenn der Beschuldigte sich zu allen relevanten Fragen hat äußern können.

Zum anderen impliziert die Aussage, daß der nicht- inhaftierte Beschuldigte durch diese Entscheidung ungebührlich benachteiligt werde: Das ist nicht der Fall, der ganz und gar erhebliche und alles entscheidende Unterschied ist gerade die bestehende oder angeordnete Untersuchungshaft. Letztlich muß man die Frage des rechtlichen Gehörs im Haftverfahren von der Frage trennen, wie das rechtliche Gehör an anderen Stellen des Ermittlungsverfahrens ausgestaltet ist. Die Gewährung rechtlichen Gehörs im Haftfall derogiert gleichsam die des rechtlichen Gehörs im Ermittlungsverfahren.

⁴⁸³ *Nehm*, a.a.O., S. 252.

⁴⁸⁴ *Bohnert* in GA 1995, 468 ff..

⁴⁸⁵ *Bohnert*, a.a.O., S. 475.

Darüber hinaus wird zur Teilakteneinsicht gesagt, das Bundesverfassungsgericht habe diese gleichsam als Kompromiß vorgeschlagen⁴⁸⁶, dieser bringe jedoch mehrere Probleme mit sich: Erstens stelle sich die Frage, wie man Be- und Entlastendes trennen wolle, wie eine Trennung in für Untersuchungshaft relevante und nicht- relevante Teile vonstatten gehen solle. Diese Bereiche klar abzugrenzen, sei illusorisch.⁴⁸⁷

Weiterhin ergebe sich das Problem, *wer* diese Teilung vornehmen solle. Wenn das durch das Gericht geschehe, erzeuge es beim Beschuldigten notwendig den Eindruck, die Akten seien zu seinen Ungunsten zerfleddert worden, was die Befangenheit des Teilenden beweise.⁴⁸⁸

Beiden Kritikpunkten ist zuzustimmen, in der Tat liegt eine Schwachstelle des verfassungsgerichtlichen Urteils im Bereich der Teilakteneinsicht.

Die fundamentale Bedeutung des Urteils, so wird im folgenden gesagt, liege darin, daß das Vertrauen, das die StPO in den Haftrichter bzgl. der Prüfung der Akten gesetzt habe, vom Bundesverfassungsgericht quasi unterminiert worden sei. Die StPO habe dem Haftrichter die umfassende Prüfung der Haftfrage zugetraut und darauf vertraut, daß dieser eine solche Prüfung in einer neutralen Art und Weise durchführen könne.⁴⁸⁹

Es erscheint allerdings etwas zu weitgehend, dem Urteil solche Bedeutung beimessen zu wollen. Angesichts der Tatsache, daß der Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs in eben dieser StPO in § 33 I explizit geregelt worden ist, und § 147 II StPO nicht bestimmt, daß durch die Möglichkeit der Akteneinsichtsverweigerung auch das rechtliche Gehör im Haftverfahren außer Kraft gesetzt werden soll, erscheint eine solche Behauptung etwas gewagt. Darüber hinaus vertraut die StPO natürlich immer in ganz besonderer Weise dem Richter und seiner Neutralität. Trotzdem käme aber doch niemand auf die Idee, an weniger neuralgischen Stellen als der Untersuchungshaft dem Verteidiger jegliche Einwirkungsmöglichkeiten mit dem Hinweis darauf zu nehmen, daß die Interessen des Beschuldigten vom Richter als neutraler Instanz schon ausreichend wahrgenommen würden. Daß dieser Ansatz nicht unbedingt der eines Rechtsstaates ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

Sodann wird gesagt, Konsequenz in praktischer Hinsicht sei, daß in Zukunft immer häufiger Beschuldigte auf freien Fuß gesetzt würden, nämlich immer dann, wenn die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht verhindern wolle.⁴⁹⁰ Es folgt die (offenbar zynisch gemeinte) Feststellung, daß für die Staatsanwaltschaft durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts alles einfacher werde: Wolle sie keine Akteneinsicht gewähren, könne sie rechtmäßig keine Unter-

⁴⁸⁶ Bohnert, a.a.O., S. 476.

⁴⁸⁷ Bohnert, a.a.O., S. 476.

⁴⁸⁸ Bohnert, a.a.O., S. 478.

⁴⁸⁹ Bohnert, a.a.O., S. 479.

⁴⁹⁰ Bohnert, a.a.O..

suchungshaft beantragen, halte sie aber die Untersuchungshaft für unbedingt erforderlich, müsse sie eben die Akteneinsicht zulassen.⁴⁹¹

Schließlich ist noch auf eine recht aktuelle Äußerung in der Literatur einzugehen, die einen Schritt weiter geht als die bisher genannten.⁴⁹² Es wird darin gesagt, materiell habe die Nicht-Gewährung der Akteneinsicht bei bestehender Untersuchungshaft auch die Unverwertbarkeit von Aussagen, die in Unkenntnis der Akten gemacht worden sind, zur Folge. Eine Aussage des Beschuldigten sei immer dann unverwertbar, wenn diesem bei der Aufklärung nach § 115 III StPO keine Akteneinsicht gewährt worden sei.⁴⁹³

Im Fall der Untersuchungshaft erweise sich die Verweigerung der Akteneinsicht daher als doppelt relevant: als Grund für die Aufhebung der Untersuchungshaft, so auch postuliert vom Bundesverfassungsgericht, und als Grund für Beweisverwertungsverbote bzgl. der unter diesen Umständen gemachten Aussagen.

(5) Eigene Lösung

Es mag erfreulich für die Staatsanwaltschaft sein, wenn durch die ausreichende Gewährung rechtlichen Gehörs im Haftverfahren deren Arbeit erleichtert wird.⁴⁹⁴ Bei allem Verständnis für Praktikabilitätsprobleme kann das aber nicht der ausschlaggebende Punkt sein. Entscheidend ist vielmehr, daß dadurch die Verteidigung des Beschuldigten überhaupt erst möglich wird. In der Tat wäre es die bestmögliche Konsequenz des Verfassungsurteils, ginge man davon aus, daß die Staatsanwaltschaft in Zukunft zwischen Akteneinsichtsgewährung und Untersuchungshaft entscheiden muß, wenn die Kenntnis der zur Untersuchungshaft führenden Fakten auch eine Gefahr für den Untersuchungszweck darstellt. Bedauerlicherweise ist das im Urteil des Bundesverfassungsgerichts nicht in dieser Klarheit zum Ausdruck gekommen, so daß vom Wortlaut des Urteils ausgehend ein gewisses argumentatives Schlupfloch bleibt, weil nicht explizit gesagt wird, daß im Falle der Haftentscheidung jedenfalls Akteneinsicht zu gewähren ist. Ein solches ist aber notwendig, um dem Beschuldigten bei angeordneter oder bestehender Haft ausreichend rechtliches Gehör zu gewähren. Es macht auch keinen Unterschied, ob die Verweigerung der Akteneinsicht auf dem (grundsätzlich verfassungsgemäßen) § 147 II StPO beruht und sich damit als Folge einer Untersuchungszweckgefährdung darstellt oder auf einer Norm des belgischen Rechts, nach der dem Beschuldigten/ seinem Verteidiger in den ersten 30 Tagen grundsätzlich die Akteneinsicht verwehrt werden kann (was nach deutschem Recht wohl nicht als verfassungsgemäß anzusehen wäre). Insofern hat

⁴⁹¹ *Bohnert*, a.a.O., S. 480.

⁴⁹² *Bosch* in StV 1999, 333 ff..

⁴⁹³ *Bosch*, a.a.O., S. 338.

die Lamy- Entscheidung des EGMR auch für das deutsche Strafprozeßrecht erhebliche Auswirkungen, weil dadurch letztlich klargestellt wird, daß im Fall der angeordneten oder bestehenden Untersuchungshaft die Akteneinsicht immer gewährt werden muß, um den Anforderungen des Art. 5 IV EMRK, bzw. deren Konkretisierungen durch den EGMR, ausreichend Rechnung zu tragen, und zwar unabhängig davon, wie das jeweilige nationale Recht die Möglichkeiten der Akteneinsichtsverweigerung ausgestaltet. Das Bundesverfassungsgericht hat es unterlassen, in gleicher Klarheit darzustellen, daß eine Nicht- Gewährung der Akteneinsicht im Haftverfahren dem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nicht genügen kann. Das ist aber die sich hieraus ergebende (und vom KG schon bereits vorher erkannte⁴⁹⁵) Konsequenz. Aus dem Gesagten ergibt sich daher, daß dem Verteidiger bei bestehender oder angeordneter Untersuchungshaft immer Akteneinsicht zu gewähren ist, weil andernfalls – bezogen auf die EMRK – ein Verstoß gegen Art. 5 IV EMRK und die vom EGMR diesbzgl. aufgestellten Grundsätze und – bezogen auf das GG – ein Verstoß gegen den Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs gem. Art. 103 I GG anzunehmen wäre.

Es bleibt zu klären, welchen Umfang diese Akteneinsicht haben muß, um den Beschuldigten-rechten gerecht zu werden. Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil gesagt, eine Teilakteneinsicht werde regelmäßig reichen.⁴⁹⁶ Diese Ansicht präzisierter der BGH noch dahingehend, daß rechtliches Gehör nicht nur durch die Einsicht in die „originären Ermittlungsergebnisse“ *insgesamt* gewährt werden könne, die der Verteidiger im konkreten Fall eingefordert hatte. Teilakteneinsicht sei vielmehr ausreichend.⁴⁹⁷ Auch die bereits mehrfach genannten Entscheidungen des 4.⁴⁹⁸ und 5.⁴⁹⁹ Strafsenats des KG zeigen eine Tendenz in diese Richtung, wenn gesagt wird, der Richter habe die *maßgeblichen* Zeugenaussagen zur Kenntnis des Verteidigers zu bringen⁵⁰⁰, dieser hätte in die Lage versetzt werden müssen, die den Beschuldigten *belastenden* Aussagen zur Kenntnis zu nehmen⁵⁰¹ oder ihm sei Gelegenheit zur substantiierten Stellungnahme zu den den Beschuldigten *belastenden* Umständen zu geben.⁵⁰²

Die mit dem Aspekt der Teilakteneinsicht angesprochene Problematik ist im Kern die, ob es den Gerichten vorbehalten sein kann, die Auswahl bzgl. der Akteneinsicht zu treffen, und zwar in solche Informationen, die für die Haftfrage von Bedeutung sind und bzgl. derer daher

⁴⁹⁴ Vgl. insoweit *Bohnert*, a.a.O., S. 480.

⁴⁹⁵ KG in StV 1994, 319 f..

⁴⁹⁶ BVerfG in StV 1994, 465, 467.

⁴⁹⁷ BGH in NJW 1996, 734, 734 f..

⁴⁹⁸ KG in StV 1993, 370.

⁴⁹⁹ KG in StV 1994, 318 f. und 319 f..

⁵⁰⁰ KG in StV 1993, 370.

⁵⁰¹ KG in StV 1994, 318, 319.

⁵⁰² KG in StV 1994, 319, 320.

Akteneinsicht zu gewähren wäre, und solche, die es nicht sind und bzgl. derer daher Akteneinsicht verweigert werden könnte.

Neben den bereits angesprochenen praktischen Problemen, die eine solche Unterteilung mit sich brächte⁵⁰³, ist ganz bestimmt auch zu fragen, ob das nicht eigentlich eine Einschätzung ist, die dem Verteidiger zustehen sollte und nicht dem Gericht, weil eine solche Auswahl ur-eigenes Verteidigungsrecht sein könnte.

Will der Verteidiger effektiv gegen die Untersuchungshaft vorgehen, kann es erforderlich sein, auf Informationen zurückzugreifen, deren Relevanz der Ermittlungsrichter gar nicht abschätzen kann, und sei er noch so neutral. Widersprüche man dieser Aussage, hieße das in letzter Konsequenz doch wieder nur, der Auswahl des Haftrichters zu vertrauen und damit auf das angebliche Konzept der StPO zurückzugreifen, das diesem eine vom Verteidigereinwirken unabhängige Entscheidung zutrauen soll⁵⁰⁴, eine Ansicht deren Unrichtigkeit bereits dargestellt wurde. Ein solcher Ansatz beschränkt die Verteidigung, denkt man ihn zuende, auf eine nur formelle Funktion, die mehr oder weniger pro forma die Argumente vorbringen soll, auf die der Richter kraft seiner Neutralität von ganz alleine gekommen wäre. Es braucht nicht extra erwähnt zu werden, daß das jedenfalls nicht das Verteidigerbild der StPO ist. Um aber diesem Verteidigerbild, das einen aktiven Verteidiger beinhaltet, dem neue Aspekte einzubringen möglich sein muß, gerecht werden zu können, kann es hier nicht das Gericht sein, das die Informationen in haftfragenrelevante und nicht haftfragenrelevante unterteilt. Für den Beschuldigten selbst gilt die gleiche Aussage im übrigen aufgrund der ihm im Verfahren einzuräumenden Subjektstellung. Eine solche Auswahl muß daher dem Verteidiger obliegen, da anders eine wirklich effektive Verteidigung, wie sie der Rechtsstaat verlangt, nicht erreichbar wäre, und das an einer so neuralgischen Stelle wie dem Haftverfahren.

Als Ergebnis ist demnach bis hierhin festzustellen, daß zum einen dem Grundsatz des fairen Verfahrens und dem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs nur dann ausreichend Rechnung getragen werden kann, wenn im Falle der bestehenden oder angeordneten Untersuchungshaft dem Verteidiger Akteneinsicht gewährt wird. Darüber hinaus ergibt sich aus der Rolle des Verteidigers im Strafprozeß bzw. der Subjektstellung, die dem Beschuldigten in diesem einzuräumen ist, daß eine solche Akteneinsicht sich nicht auf Teile beschränken kann, die das Gericht für haftfragenrelevant hält. Vielmehr ist vollumfänglich Akteneinsicht zu gewähren. Der Staatsanwaltschaft verbleibt daher das Wahlrecht, ob ihr aus verfahrenstaktischen Gründen die Verweigerung von Akteneinsicht vorteilhafter erscheint oder die Untersu-

⁵⁰³ Bohnert, a.a.O., S. 476.

⁵⁰⁴ Bohnert, a.a.O., S. 479.

chungshaft. Akteneinsichtsverweigerung und Untersuchungshaft schließen sich jedoch gegenseitig aus.

(6) Vereinbarkeit mit der Arbeitshypothese

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie diese Erkenntnis mit dem vorhergehend Gefundenen vereinbar ist. Zur Rekapitulierung: Der Gefährdungsbegriff des § 147 II StPO läßt sich danach durch die Unterteilung der Information in „statische“ und „dynamische“ Information erklären: Ist eine Information „dynamisch“, kann also durch Weitergabe der betreffenden Tatsache an den Beschuldigten ihr Erkenntniswert für das Verfahren noch beeinträchtigt werden, ist eine Untersuchungszweckgefährdung anzunehmen, die Akteneinsicht kann in bezug auf diese Information verwehrt werden. Ist hingegen die Information als „statisch“ zu klassifizieren, kann ihr Erkenntniswert für das Verfahren auch durch Kenntnis nicht beeinträchtigt werden, ist eine Untersuchungszweckgefährdung nicht gegeben, bzgl. dieser Information kann die Akteneinsicht dann nicht verweigert werden.

Möglich wäre nun, die Behauptung aufzustellen, daß im Falle der bestehenden oder angeordneten Haft des Beschuldigten alle Information gleichsam „verstatisch“ wird, also zu einem Informationstypus wird, bei dem die Verweigerung der Akteneinsicht nicht mehr möglich ist. Das ließe sich damit begründen, daß der Untersuchungszweck vom Haftverfahren überlagert wird, seine Erreichung also kurzfristig keine Priorität mehr genießt und daher auch sein Schutz zurückstehen muß.

Wie gesagt, eine solche Behauptung wäre denkbar. Was sie freilich nicht erfassen kann und weshalb der Versuch einer (noch dazu krampfhaften) Einzwängung in die gefundene Kategorie des § 147 II StPO nicht sinnvoll erscheint, ist, daß richtigerweise die Erklärung dieses Ergebnisses nicht über die Regelung des § 147 II StPO zu erzielen ist, weil diese die entscheidende Dimension, nämlich die der bestehenden oder angeordneten Haft, nicht enthält. Anders ausgedrückt geht es hier gar nicht um eine Frage des § 147 II StPO, sondern um ein davon abstraktes und unabhängig zu beurteilendes Problem, nämlich das des rechtlichen Gehörs und des fairen Verfahrens in Haftfragen.

Die Frage ist demnach nicht, wie das dauernde Nicht-Vorliegen einer Untersuchungszweckgefährdung zu erklären ist, sondern wie die Tatsache zu erklären ist, daß – unabhängig von § 147 II StPO – die Information hier offenbar immer als „statisch“ anzusehen ist. Betrachtet man nun die hier gegebene Situation, so steht man – untechnisch gesprochen – vor zwei Verfahren: dem „normalen“ Ermittlungsverfahren und dem Verfahren, das sich auf die Haft des Beschuldigten bezieht. Läuft parallel zu dem „eigentlichen“ Ermittlungsverfahren allerdings

ein „zweites Verfahren“ ab, dessen Gegenstand die Haft des Beschuldigten ist, muß sich die Einteilung für die Frage, ob Information hier weiterzugeben ist oder nicht, konsequent auch auf dieses „Verfahren“ beziehen.

Bleibt man in diesem Denkmuster, so geht es dann auch nicht mehr um den Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im „normalen“ Ermittlungsverfahren, sondern um deren Informationsvorsprung im Haftverfahren, weshalb dann auch dessen Erkenntniswert für die Frage entscheidend sein muß, ob Information „statisch“ oder „dynamisch“ ist. Geht man nun davon aus, daß der Erkenntniswert einer Information im Rahmen dieses Verfahrens sich nur darauf beziehen kann, ob sie zur Frage der Haftgründe noch weiteres beiträgt und ob daher dieses Potential durch die Informationsweitergabe gefährdet ist, so muß man sagen, daß das ab dem Zeitpunkt nicht mehr der Fall ist, in dem die Staatsanwaltschaft den Haftbefehl beantragt, weil sie hier gleichsam den ganzen Erkenntniswert der gesammelten Information heranzieht. Jegliche Dynamik der betreffenden Information ist dann verbraucht. Die Situation ist derjenigen vergleichbar, in der im „normalen“ Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft den Abschluß der Ermittlungen in den Akten nach § 169 a StPO vermerkt. In beiden Fällen ist der Zweck der verfahrensbezogenen Stoffsammlung erreicht (im einen Fall die Entschließung über die Erhebung der Klage, im anderen Fall die Entscheidung über die Beantragung von Untersuchungshaft), was zur Folge hat, daß sämtliche gesammelte Information nicht mehr durch den Verbrauch der ihr innewohnenden Dynamik in ihrem Erkenntniswert für das jeweilige Verfahren beeinträchtigt werden *kann*, weil der Verfahrenszweck ja bereits erreicht ist. Aus § 147 II StPO ergibt sich im „normalen“ Ermittlungsverfahren, daß für diesen Fall alle Information als „statische“ anzusehen ist und daher Akteneinsicht jedenfalls gewährt werden muß. Vergleichbar dazu ist im Fall der Zweckerreichung des Haftverfahrens auch alle Information als „statisch“ anzusehen, weil sich durch Beantragung des Haftbefehls die Dynamik bereits verbraucht hat. In Fällen bestehender Untersuchungshaft ist also immer die Möglichkeit zu gewähren, daß der Verteidiger sich den Erkenntniswert dieser Information seinerseits zunutze machen kann. Das wird nur dann möglich sein, wenn ihm auch umfassend Akteneinsicht gewährt wird. Die Gewährung dieser Akteneinsicht ist in diesen Fällen aber unabhängig von der Gefährdung des Untersuchungszweckes, wie sie § 147 II StPO benennt. Sie folgt aus der Logik eines – wie gesagt: untechnisch gesprochen – davon zu trennenden Verfahrens.

Für das Thema der Arbeit ist allerdings hervorzuheben, daß sich die im Rahmen des Gefährdungsbegriffes bereits angewandte Kategorisierung auch für diesen Fall anbietet, nämlich die der Informationsverwertung in Fällen, in denen gegenüber dem Beschuldigten Untersu-

chungshaft angeordnet oder gar bereits vollzogen ist, und sie auch dort zu brauchbaren Ergebnissen führt.

d. Rechtsschutz gegen die Versagung der Akteneinsicht

Wenn man sich mit der Frage auseinandersetzt, ob gegen die Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber dem Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft Rechtsschutz offenstehen soll, bietet sich dem Leser ein relativ konfuse Bild⁵⁰⁵ an Meinungen, die allerdings im Ergebnis meist dahingehend übereinstimmen, daß eine Überprüfbarkeit der staatsanwaltlichen Entscheidung nicht unbedingt sinnvoll ist. Das ganz und gar Problematische an der Lösung (so denn eine möglich ist) dieser Frage ist, daß eine erhebliche Anzahl (teilweise völlig gegenläufiger) Interessen hereinspielen, deren Verhältnis zueinander in manchen Fällen auch weit davon entfernt ist, als geklärt bezeichnet werden zu können.

Betrachtet man nun das Thema der Arbeit, so erklärt sich die Relevanz dieser Thematik für dieses, wenn man sich die Ausführungen erneut vor Augen hält, die im Kapitel über die Bedeutung von Information gemacht wurden: Die aus Information erwachsende Macht ist umso größer, je weniger nachvollziehbar sie ist; hat also die Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, die Akteneinsicht unter Berufung auf § 147 II StPO zu verweigern, ohne daß das kontrollierbar wäre, so wäre die daraus für die Staatsanwaltschaft resultierende Macht als erheblich größer anzusehen, als wenn diese Entscheidung überprüfbar wäre. Stellt man also die Frage nach dem Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, so gehört in diesen Themenkreis auch die Frage danach, ob der gesetzlich normierte Informationsvorsprung kontrollierbar ist; stellte sich etwa heraus, daß er das in bezug auf das Akteneinsichtsrecht nicht ist, wäre er in gewisser Hinsicht absolut, ebenso wie die aus ihm resultierende Macht. Die Bedeutung einer solchen Feststellung für das Thema müßte in diesem Fall wohl nicht extra hervorgehoben werden.

aa. Ausgangslage

Bevor man sich in die Tiefen und damit teilweise auch Abstrusitäten der dogmatischen Diskussion begibt, erscheint es sinnvoll, ein paar Koordinaten einzuschlagen:

Wenn man die Überprüfbarkeit der Akteneinsichtsverweigerung, also Rechtsschutz gegen diese, fordert, dann ist damit die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung gemeint.⁵⁰⁶

⁵⁰⁵ Eine parallele Diskussion findet in bezug auf den Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren statt: Hier steht zu hoffen, daß die bislang sehr konfuse Lage nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 96, 44 ff.) einer Klärung entgegenseht. Beachte hierzu: *Beulke*, StPO, Rn. 322 ff. m.w.N.)

⁵⁰⁶ *Seifert-Hömig*, zu Art. 19, Rn 16.

Ein solcher Rechtsschutz wäre gegen die Entscheidung der Akteneinsichtsverweigerung nach Art. 19 IV GG dann sogar verfassungsrechtlich geboten, wenn durch die Versagung der Akteneinsicht der Beschuldigte / sein Verteidiger in ihren Rechten verletzt werden könnten bzw. eine solche Verletzung behaupteten⁵⁰⁷, und dies durch die „öffentliche Gewalt“ geschähe. Geht man von dieser Feststellung aus, erscheint die Lösung des Problems denkbar einfach und im Bereich schlichter Subsumtion angesiedelt: Handelt durch die Staatsanwaltschaft die „öffentliche Gewalt“ und kann durch die Verweigerung der Akteneinsicht in Rechte des Beschuldigten oder des Verteidigers eingegriffen werden, muß gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft der Rechtsweg offenstehen.

Ganz so einfach ist es freilich nicht: Zunächst einmal tut sich das ganze Problem überhaupt erst dadurch auf, daß die StPO eine gerichtliche Überprüfung dieser Entscheidung nicht vorsieht, wenigstens nicht im Ermittlungsverfahren selbst. Nimmt man das als Basis hin, stellt sich die Frage, ob ein solcher Rechtsbehelf notwendig ist oder nicht. Der Vorteil, den die Tatsache bietet, daß kein Rechtsbehelf normiert ist, ist der, daß in ganz starkem Maße vom Ergebnis her argumentiert wird, insofern man ja ein bißchen die Position des Gesetzgebers einnehmen kann. Daß neben der StPO auch noch ein Grundgesetz existiert, ist dabei nicht immer Leitbild der Überlegungen.

Um die im folgenden anzuführenden Überlegungen nachvollziehbarer zu machen, soll zunächst versucht werden, die Interessen darzustellen, aufgrund derer die ergebnisorientierte Diskussion manchen Beiträgen so eminent wichtig erscheint.

Daß ein gewisser Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren nötig ist, wurde bereits dargestellt, ebenso wie dessen Ausgestaltung in bezug auf das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten, durch § 147 II StPO.⁵⁰⁸ Ginge man nun davon aus, daß Art. 19 IV GG auch Rechtsschutz bzgl. der die Akteneinsicht versagenden Entscheidung der Staatsanwaltschaft gebietet, und definierte man im nächsten Schritt Rechtsschutz als gerichtliche Entscheidung, müßte das heißen, daß hier auch gewisse Mindeststandards zu gelten hätten, etwa dem Beschuldigten die Gewährung rechtlichen Gehörs zustünde, was sich jedenfalls aus Art. 103 I GG ergibt. Durch die Einräumung rechtlichen Gehörs soll verhindert werden, daß der Beschuldigte unter Mißachtung seiner Menschenwürde zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens wird, seine Subjektstellung soll also garantiert werden.⁵⁰⁹ Wie bereits erwähnt, hat das Bundesverfassungsgericht den Anspruch u.a. dahingehend konkretisiert, daß der Beschuldigte im Verfahren Gelegenheit bekommen muß, zu Wort zu kommen und insbe-

⁵⁰⁷ Seifert-Hömig, a.a.O., Rn 15.

⁵⁰⁸ Teil 2 A. II. 3..

⁵⁰⁹ Haller/Contzen, Das Strafverfahren, Rn 24.

sondere sich zu dem maßgeblichen Sachverhalt und zur Rechtslage zu äußern.⁵¹⁰ Das ist aber nur dann möglich, wenn ihm die Tatsachen, auf die sich die gerichtliche Entscheidung stützen kann, bekannt sind. Wäre also die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über die Frage der Akteneinsichtsverweigerung im Ermittlungsverfahren möglich, müßten dem Verteidiger die Tatsachen dargelegt werden, bzgl. derer die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht verweigert hat, weil eine Gefährdung des Untersuchungszwecks anzunehmen war, darüber hinaus auch die Gründe für die Annahme einer Untersuchungszweckgefährdung. Legt die Staatsanwaltschaft diese aber dar, sind sie dem Verteidiger (u.U. damit auch dem Beschuldigten) bekannt, und der Untersuchungszweck ist gefährdet. § 147 II StPO ließe dann völlig leer, wäre also ein stumpfes Schwert in den Händen der Staatsanwaltschaft. Da man aber andererseits davon auszugehen hat, daß ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in gewissen Fällen rechtsstaatlich geboten ist⁵¹¹, steht man für den Fall, daß man die Notwendigkeit eines Rechtsschutzes gegen die Akteneinsichtsverweigerung über Art. 19 IV GG bejahte, vor einer sehr komplizierten Situation: Rechtsschutz ist verfassungsrechtlich geboten, gewährt man diesen aber, so ist er bereits obsolet, weil die Maßnahme, gegen die er sich richtet, mit Gewährung des Rechtsschutzes hinfällig wird. Die Lösung des so entstandenen Problems gliche dem Versuch der Quadratur des Kreises.

Nimmt man das als Ausgangspunkt, ist verständlich, wieso geradezu verzweifelt versucht wird, zu verhindern, daß die Entscheidung über die Akteneinsichtsgewährung dem Rechtsschutz unterworfen ist. Es machte vieles einfacher, wäre sie es nicht, und so gewinnt man bei vielen Argumentationen den Eindruck, sie ständen unter der Prämisse, daß nicht sein kann, was nicht sein darf.

bb. Lösungsansätze

Um dieses Ziel des Nicht- sein- Dürfens zu erreichen, sind im wesentlichen zwei Wege auszumachen, die hauptsächlich von der Rechtsprechung geprägt wurden und von denen der eine als etwas traditioneller, der andere als etwas moderner zu bezeichnen ist. Grundüberlegung beider Ansätze ist, daß die StPO den Rechtsschutz gegen die Akteneinsichtsverweigerung jedenfalls im Ermittlungsverfahren selbst nicht vorsieht. Als möglicher Rechtsweg wird dann der der §§ 23 ff. EGGVG gesehen. Da auch dieser Rechtsweg im Ergebnis nicht greifen soll, unterscheiden sich die Wege nur im Modus der Ablehnung⁵¹²:

⁵¹⁰ BVerfG in NJW 1983, 2762 f..

⁵¹¹ s.o., Teil 2 A. II. 3.a.aa..

⁵¹² *Riess* in StV 1996, 304, 304, will allerdings dem Urteil des OLG Karlsruhe (StV 1996, 302 ff.) eine „deutliche Präferenz“ entnehmen, eine Rechtswegeröffnung für §§ 23 ff. EGGVG mindestens in den Fällen des § 147 III StPO anzunehmen.

Der etwas traditionellere Weg verweigert den Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG bereits deshalb, weil es sich bei der Ablehnung nicht um eine für §§ 23 ff. EGGVG notwendigen Justizverwaltungsakt handele, so daß die Voraussetzungen des § 23 I EGGVG bereits nicht gegeben seien.

Die modernere⁵¹³ Variante hingegen bejaht die Justizverwaltungsakteigenschaft der Akteneinsichtsverweigerung und damit die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 23 ff. EGGVG, hält den Rechtsweg aber im Ergebnis dennoch für verschlossen, weil er nach § 23 III EGGVG nur subsidiär eingreife und Rechtsschutz nach StPO grundsätzlich gegeben sei.

Beide Möglichkeiten sollen im folgenden näher erläutert und auf ihre Tauglichkeit hin untersucht werden.

(1) Ablehnung kein Justizverwaltungsakt nach §§ 23 ff. EGGVG

Zunächst soll auf den etwas traditionelleren Weg eingegangen werden. Dieser geht davon aus, daß es sich bei der Verweigerung der Akteneinsicht nicht um einen Justizverwaltungsakt handele, den aber die §§ 23 ff. EGGVG erforderten, vielmehr stelle die Verweigerung nur eine Prozeßhandlung dar, die aber nicht von den §§ 23 ff. EGGVG erfaßt werde.⁵¹⁴

Prozeßhandlungen sind nach dieser Ansicht alle Ermittlungshandlungen der Staatsanwaltschaft, die auf Einleitung, Durchführung und Beendigung des Ermittlungsverfahrens gerichtet sind.⁵¹⁵ Wegen ihres funktionalen Charakters, ihres auf die Rechtsprechung der Gerichte ausgerichteten Ziels, seien diese Handlungen materiell der von §§ 23 ff. EGGVG nicht erfaßten Rechtsprechungstätigkeit zuzurechnen. Außerdem handele es sich um unselbständige Einzelmaßnahmen, die noch nicht gestaltend in die Rechtsverhältnisse des Beschuldigten eingriffen, also auch nicht isoliert betrachtet werden könnten, zumal sie im Gegensatz zu Zwangsmaßnahmen auch nicht unmittelbar in den verfassungsrechtlich geschützten Rechtskreis des Betroffenen eingriffen.⁵¹⁶

Unabhängig davon, ob man die Verweigerung der Akteneinsicht als Prozeßhandlung einstuft oder nicht, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um einen Justizverwaltungsakt handelt. Allein die Einstufung als „Prozeßhandlung“ macht die nähere Beschäftigung mit dieser Frage

⁵¹³ Was keine Wertung beinhaltet, sondern rein chronologisch zu verstehen ist.

⁵¹⁴ Verfassungsgericht des Landes Berlin in LVerfGE 1, 195 ff.; OLG Hamburg in NJW 1972, 1586, 1586; OLG Hamm in NStZ- RR 1997, 179; OLG Saarbrücken in wistra 1994, 362; OLG Karlsruhe in NJW 1997, 267, 268; OLG Saarbrücken in NJW 1995, 1440, 1441; diese Ansicht bezeichnete der Vorprüfungsausschuß des Bundesverfassungsgerichts als grundsätzlich vertretbar und nicht gegen das Willkürverbot verstoßend, vgl. NStZ 1985, 228, 229.

⁵¹⁵ So etwa OLG Hamm in NStZ 1984, 280.

⁵¹⁶ OLG Karlsruhe in NStZ 1984, 434; OLG Hamm, a.a.O..

nicht obsolet, auch wenn die Rechtsprechung zu dieser Thematik oft diesen Eindruck erweckt.⁵¹⁷

Nach § 23 I EGGVG wäre der Rechtsweg dann eröffnet, wenn es sich bei der Verweigerung um eine Anordnung, Verfügung oder sonstige Maßnahme handelte, die von einer Justizbehörde zur Regelung einzelner Angelegenheiten auf dem Gebiet u.a. der Strafrechtspflege getroffen werden.

Daß das Gebiet der Strafrechtspflege betroffen ist, bedarf im Falle der Akteneinsicht im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren keiner weiteren Erklärungen. Weiterhin ist die Staatsanwaltschaft in ihrer Funktion als Strafverfolgungsbehörde Justizbehörde i.S.d. §§ 23 ff. EGGVG.⁵¹⁸ Es müßte nun bei der Verweigerung der Akteneinsicht auch um einen Akt gehen, der geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten zu verletzen, wobei es hierzu keiner besonderen Form bedarf, die Maßnahme jedoch unmittelbar Außenwirkung entfalten muß, also eine unmittelbare rechtliche Wirkung von ihr ausgehen muß.⁵¹⁹

Spätestens wenn dem Verteidiger die Verweigerung der Akteneinsicht mitgeteilt wird, geht dies über den Bereich des rein behördeninternen Handelns hinaus und entfaltet so Außenwirkung.

Letztlich bleibt also die Frage, ob die Verweigerung der Akteneinsicht den Beschuldigten oder den Verteidiger in Rechten verletzen kann oder nicht. Betrachtet man die Ausführungen der Gerichte zu diesem Punkt, so wird diese unter offenbar nicht immer ganz klaren Argumenten abgelehnt; man kann vermuten, daß mit dem Begriff „Prozeßhandlung“ die Tatsache umschrieben werden soll, daß ein Beschuldigtenrecht nicht verletzt werden könne. Um das etwas näher zu beleuchten, macht es Sinn, einen Vergleichsmaßstab heranzuziehen: Als solcher mag hier die Verweigerung der Akteneinsicht in Aktenteile dienen, die unter § 147 III StPO fallen. Die Oberlandesgerichte Hamm, Celle, Saarbrücken und Hamburg haben für diesen Fall hervorgehoben, daß hier der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet sei: Die Verweigerung in Aktenteile, die unter § 147 III StPO fallen, habe aufgrund ihrer unmittelbaren Wirkung auf den Rechtskreis des Betroffenen Regelungscharakter und stelle daher einen Justizverwaltungsakt dar. Diese unmittelbare Wirkung ergebe sich aus dem Wortlaut der Norm, wollte man den Verteidiger auf spätere Rechtsmittel verweisen, werde § 147 III StPO entgegen seiner Bedeutung zu einer bloßen Ordnungsvorschrift degradiert. Das könne aber

⁵¹⁷ In diese Richtung auch OLG Frankfurt in StV 1993, 96, 97.

⁵¹⁸ KK-Kissel, zu § 23 EGGVG, Rn 13.

⁵¹⁹ KK-Kissel, zu § 23 EGGVG, Rn 21 ff..

schon deshalb nicht sein, weil dieser einen sofortigen und uneinschränkbaren Anspruch auf Akteneinsicht einräume, mit dem auch ein sofortiger Rechtsschutz korrespondieren müsse.⁵²⁰

Eine Verletzung von Rechten des Beschuldigten bzw. des Verteidigers scheint demnach jedenfalls dann möglich, wenn durch die Verweigerung der Akteneinsicht Aktenteile betroffen sind, die unter § 147 III StPO fallen. Jedenfalls dann soll daher ein Justizverwaltungsakt vorliegen und also der Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG eröffnet sein. Fraglich ist allerdings, ob eine solche Unterscheidung Sinn macht: Man wird sicherlich mit den Gerichten annehmen können, daß die Verweigerung eines unmittelbar und sofort eingeräumten Rechtes unmittelbare Auswirkungen auf den Rechtskreis des Betroffenen haben kann und daß mit einem Eingriff in dieses Recht daher auch ein sofortiger Rechtsschutz korrespondieren sollte. Nicht ganz klar ist allerdings, wieso das im Fall der Verweigerung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO nicht gelten soll. In der Literatur wird zu Recht gesagt, daß diese Differenzierung zwischen den Absätzen des § 147 StPO wenig sinnvoll sei, denn der Anspruch auf Akteneinsicht bestehe immer sofort. Sehe man also im Fall des § 147 III StPO den Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG als eröffnet an, so gebe es keinen Grund mehr, diesen für § 147 II StPO als nicht eröffnet zu betrachten. Das Gericht sei hier verständlicherweise auf halbem Weg stehengeblieben.⁵²¹

In einer Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg schreibt *Welp*, die vom Gericht vorgenommene Abgrenzung zwischen § 147 II und III StPO resultiere daraus, daß es sich nach Ansicht des Gerichts bei den in § 147 II und III StPO gewährten Rechten um verschiedene handele. Diese Annahme sei jedoch falsch, die StPO gewähre in § 147 StPO nicht mehrere Rechte, sondern über § 147 I StPO *ein* Recht, dessen ausnahmsweise Verweigerung in § 147 II StPO geregelt sei, wozu § 147 III StPO wiederum eine Gegenausnahme bilde.⁵²²

Die Frage nach § 147 III StPO sei also nicht die Frage nach dem Besonderen, sondern nach dem Allgemeinen. Der vom Gericht postulierte Unterschied zwischen der Prozeßhandlung aus § 147 II StPO und dem Justizverwaltungsakt aus § 147 III StPO lasse sich auch dadurch nicht begründen, daß die Verweigerung im Falle des § 147 III StPO zu einem notorischen Rechtsbruch führen könne. Der Beschuldigte könne nämlich auch im Falle der Verweigerung nach § 147 II StPO eine Verletzung eigener Rechte geltend machen. Eine solche Unterscheidung sei einzig dann denkbar, wenn es sich beim Merkmal der Gefährdung des Untersuchungszwecks um einen nicht justiziablen Begriff handele, was aber nicht anzunehmen sei.⁵²³

⁵²⁰ OLG Hamm in StV 1995, 571; OLG Celle in StV 1983, 192; OLG Hamburg in StV 1986, 422; OLG Saarbrücken in NJW 1995, 1440, 1441.

⁵²¹ *Mehle/Hiebl* in StV 1995, 571 f. in Anm. zu OLG Hamm in StV 1995, 571.

⁵²² *Welp* in StV 1986, 446, 449 in Anm. zum OLG Hamburg in StV 1986, 422.

⁵²³ *Welp*, a.a.O., S. 450.

Man wird diesen Ansichten dahingehend zustimmen müssen, daß die hier von den Gerichten gemachte Differenzierung so nicht greifen kann. In der Tat gewährt § 147 StPO ein Akteneinsichtsrecht und dieses aufzuspalten, würde der Struktur nicht gerecht, so daß man nun mehr oder weniger vor der Erkenntnis steht, daß die Frage, ob die Beschränkung des Akteneinsichtsrechts potentiell zu einer Rechtsgutsverletzung beim Beschuldigten bzw. dem Verteidiger führen kann oder nicht, unabhängig davon zu beantworten ist, ob Aktenteile, die unter § 147 III StPO fallen, davon betroffen sind. Die Ausführungen zu § 147 III StPO legen nahe, hier insgesamt eine solche Möglichkeit zu bejahen. Das wird unterstützt von der Beobachtung, daß dem Verteidiger über § 147 I StPO jedenfalls ein Recht auf Akteneinsicht eingeräumt ist, was sich nicht zuletzt auch aus § 147 III StPO ergibt. Daraus folgt aber, daß die Versagung der Akteneinsicht grundsätzlich auch zur Verletzung von Beschuldigtenrechten führen kann, ein Justizverwaltungsakt also nicht wegen mangelnder Regelungswirkung abgelehnt werden kann.⁵²⁴ Die Verweigerung der Akteneinsicht betrifft den Beschuldigten in seiner Eigenschaft als Prozeßsubjekt, betrifft in grundlegender Weise seine Verteidigungsmöglichkeiten. Es ist daher evident, daß im Falle der Verweigerung Rechte des Beschuldigten möglicherweise verletzt sind.⁵²⁵ Im Ergebnis ist daher festzustellen, daß die Verweigerung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft grundsätzlich geeignet ist, Rechte des Beschuldigten bzw. des Verteidigers zu verletzen. Es handelt sich hierbei also um einen Justizverwaltungsakt⁵²⁶, der grundsätzlich den Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG eröffnet.

Wenn man den Begriff der „Prozeßhandlung“ betrachtet, so scheint dieser einzig dafür geschaffen worden zu sein, den Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG auszuschließen, wozu er aber nicht geeignet ist: Vom Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG nicht erfaßt werden Akte richterlicher Urheberschaft. Der Grund hierfür liegt darin, daß Art. 19 IV GG, für den §§ 23 ff. EGGVG einen Auffangrechtsweg darstellen, den Rechtsweg *durch* einen Richter, nicht aber *gegen* ihn garantiert. Entscheidendes Kriterium für die Frage nach der Anfechtbarkeit der jeweiligen Maßnahme ist also nicht die Qualifizierung als „Prozeßhandlung“, sondern der rich-

⁵²⁴ So auch OLG Frankfurt in StV 1993, 96, 97.

⁵²⁵ So auch *Welp* in StV 1989, 194, 196.

⁵²⁶ In diese Richtung wohl auch *Schlothauer* in StV 1987, 356 ff.: Dem Beschuldigten müsse es möglich sein, gegen das Akteneinsichtsbegehren des Verletzten Stellung zu nehmen. Gewähre die Staatsanwaltschaft dann trotzdem Akteneinsicht, so müsse dem Beschuldigten der Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG dagegen offenstehen, weil es sich bei der Gewährung der Akteneinsicht an Verletzten um einen diesen begünstigenden Justizverwaltungsakt mit den Beschuldigten belastender Drittwirkung handele, womit er direkt nichts darüber aussagt, was für Konsequenzen das für den Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Versagung des eigenen Akteneinsichtsbegehrens hat; wenn aber die Gewährung von Akteneinsicht einen Justizverwaltungsakt darstellt, so muß das auch für deren Verweigerung gelten.

terliche Ursprung. Dieser muß aber bei Akten der Staatsanwaltschaft, auch wenn man dieser die Stellung als „Organ der Rechtspflege“ zubilligt, verneint werden.⁵²⁷

(2) Ausschluß der §§ 23 ff. EGGVG wegen Subsidiarität

Die modernere Ansicht geht genau von diesem Punkt aus. Man könnte sie als eine „Ja- Aber-Meinung“ bezeichnen und den Eindruck gewinnen, daß die Rechtsprechung ab einer bestimmten Zeit offenbar einfach einen zu starken Druck auf die eben genannte Argumentation verspürt hat, dann nachgab, um den Druck etwas zu mildern, dennoch aber keinen Rechtsweg eröffnen wollte. Verweigert die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht, so stellt das nach dieser Meinung einen Justizverwaltungsakt dar.⁵²⁸ Die Voraussetzungen des § 23 I EGGVG liegen nach dieser Ansicht daher grundsätzlich vor.⁵²⁹

Der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG sei dennoch nicht eröffnet, da er nach § 23 III EGGVG nur subsidiär eingreife. Nach Ermittlungsabschluß sei gegen die ablehnende Entscheidung des Richters aber die Beschwerde nach § 304 StPO möglich. Damit sehe die StPO einen Rechtsbehelf gegen die Akteneinsichtverweigerung vor, der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG sei daher wegen der Subsidiaritätsklausel aus § 23 III EGGVG verschlossen.

Im Anschluß wird im Rahmen dieser Meinung immer darauf eingegangen, daß dann ja offenbar gar kein Rechtsweg mehr gegeben sei, was man als in bezug auf Art. 19 IV GG problematisch erkennt.⁵³⁰ Hier erweist sich nun § 304 StPO als bis dato ungeahnt vielseitig: War er gerade noch willkommenes Mittel, um die §§ 23 ff. EGGVG in ihre subsidiären Schranken zu verweisen, so sind sie nun Garant des Rechtsweges. Die Argumentation ist freilich in beiden Fällen ähnlich: Für § 23 III EGGVG reiche es aus, wenn die ordentlichen Gerichte zeitversetzt angerufen werden könnten, um der Rechtsweggarantie zu genügen, daß eine gerichtliche Entscheidung nach Ermittlungsabschluß herbeigeführt werden könne.⁵³¹

Art. 19 IV GG verlange zwar einen möglichst wirksamen gerichtlichen Schutz, nicht aber stets sofortigen Rechtsschutz, sondern nur Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit. Im Falle der Verweigerung der Akteneinsicht nach § 147 II StPO sei es „in aller Regel“ zumut-

⁵²⁷ So auch *Welp* in StV 1986, 446, 447.

⁵²⁸ OLG Frankfurt in StV 1989, 96 f.; in StV 1993, 292 ff. und 297 ff. sowie offenlassend, aber die Rechtswegeröffnung jedenfalls ablehnend in StV 1996, 310 ff..

⁵²⁹ OLG Frankfurt in StV 1989 a.a.O..

⁵³⁰ Ein Punkt, den die meisten Entscheidungen des „traditionelleren“ Weges nicht erörtern, obwohl sich das Problem auch hier auftut. Eine Ausnahme hiervon bildet der Beschluß des Vorprüfungsausschusses des Bundesverfassungsgerichts, in dem dieses auf die Frage einging, eine Verletzung von Art. 19 IV GG durch die Nichteröffnung aber ablehnte.

⁵³¹ Vorprüfungsausschuß des BVerfG in NSTZ 1984, 228, 229.

bar, daß er mit seinem Rechtsschutzbegehren bis nach Beendigung des Ermittlungsverfahrens abwarte, diesem könne dann nämlich nur vorübergehend nicht entsprochen werden.⁵³²

Diese Rechtsschutzmöglichkeit verstoße auch nicht deshalb gegen das Rechtsstaatsgebot, weil die Handlungen der Staatsanwaltschaft während dieser Zeit nicht überprüfbar seien. Das ergebe sich aus der neutralen Konzeption der Staatsanwaltschaft. Im übrigen sei die Verzögerung dieses Rechtsschutzes zugunsten der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege hinzu nehmen.⁵³³

Sowohl der eingeschlagene Weg als auch die Begründung begegnen in der Literatur starker Kritik: Der Kampf gegen die Verschließung des Rechtswegs nach verweigerter Akteneinsicht gleiche einem Kampf gegen Windmühlenflügel, trotz der Einsicht in die Fehlerhaftigkeit des traditionelleren Weges stehe die „Phalanx“ der Oberlandesgerichte nach wie vor.⁵³⁴

Die Argumente des OLG seien unzutreffend, der Rechtsschutz über § 304 StPO greife nicht direkt nach Beendigung des Ermittlungsverfahrens, da der Vorsitzende zu diesem Zeitpunkt noch nicht zur Entscheidung über die Akteneinsicht befugt sei.⁵³⁵

Das Problem werde zudem verkürzt, wenn das Gericht auf die spätere Rechtsschutzmöglichkeit verweise, die eben nicht sicher sei, wenn z.B. das Verfahren eingestellt werde.⁵³⁶

Die Neutralität der Staatsanwaltschaft könne nicht die Beistandsfunktion des Verteidigers ersetzen, auch nicht den Effizienzgrad erreichen, den der Verteidiger bei gleichem Kenntnisstand hätte.⁵³⁷

Außerdem wird darauf hingewiesen, daß es dafür gar nicht des Rückgriffs auf § 304 StPO bedurft hätte, Art. 19 IV GG verlange nicht Rechtsschutz gegen die Entscheidungen des Richters, sondern Rechtsschutz durch den Richter, diesem Erfordernis sei bereits durch die Möglichkeit einer richterlichen Entscheidung nach Ermittlungsabschluß genügt, nicht erst durch die Beschwerde gegen diese.⁵³⁸ Der Ansatz sei aber insgesamt unhaltbar, da es sowohl bei der Entscheidung des Richters nach § 147 IV StPO als auch bei der im Rahmen der Beschwerde nach § 304 StPO um eine vom Richter zu treffende Entscheidung über die Sach- und Rechtslage *zum Entscheidungszeitpunkt* gehe, nicht aber um eine Überprüfung der *staatsanwaltschaftlichen Entscheidung*. Das Rechtsschutzbegehren bleibe insgesamt unerledigt, weil der Beschuldigte dadurch getröstet werde, daß er in anderer Instanz einen *anderen* Antrag stellen könne. Das sei aber nicht Rechtsschutz in *derselben* Sache, und nur den könne

⁵³² Vorprüfungsausschuß des BVerfG, a.a.O..

⁵³³ OLG Frankfurt in StV 1989, 96, 97.

⁵³⁴ Welp in StV 1989, 194, 196.

⁵³⁵ *Taschke* in StV 1993, 294, 295, als Anm. zu OLG Frankfurt a.a.O. S. 292 ff..

⁵³⁶ *Taschke*, a.a.O..

⁵³⁷ *Taschke*, a.a.O., S. 296.

⁵³⁸ Welp in StV 1989, 194, 196.

§ 23 III EGGVG meinen.⁵³⁹

Außerdem ergebe sich das Bedürfnis nach Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren bereits aus der Tatsache, daß über § 406 e IV 2 StPO selbst dem Verletzten ein solcher Rechtsschutz zugebilligt werde. Dieses Recht dann aber dem Beschuldigten nicht zuzugestehen, heiße, die Rangfolge der Schutzbedürfnisse auf den Kopf zu stellen, weil das des Beschuldigten, gegen den das öffentliche Strafverfahren ja geführt werde, sich höchstens auf das des Verletzten durchschlage und dieser erst auf diesem Wege prozessual beteiligt werde.⁵⁴⁰

Dem Beschuldigten sei nach Ermittlungsabschluß und außerhalb der Ermittlungen (z.B. nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴¹ bei Spurenakten) und jedem Dritten bereits z.Zt. der Ermittlungen Rechtsschutz gegen die Verweigerung der Akteneinsicht durch die StPO gewährt. Dann mache es aber keinen Sinn, dem Beschuldigten diesen Rechtsschutz innerhalb des Ermittlungsverfahrens zu verweigern, weil man ihn an dieser Stelle kaum als weniger schutzbedürftig als den Dritten bezeichnen könne, es sei vielmehr gerade umgekehrt.⁵⁴²

cc. Entwicklung einer eigenen Lösung

Angeichts der Neueinführung des § 147 V StPO durch das StVÄG 1999 ist zunächst nach Auswirkungen dieser Änderung zu fragen. § 147 V 2 StPO gibt im Falle der Akteneinsichtsversagung die Möglichkeit, nach Maßgabe des § 161 a III StPO eine gerichtliche Entscheidung zu beantragen. Diese explizit eingeräumte Option eröffnet sich allerdings nur dann, wenn die Staatsanwaltschaft den Abschluß der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat, falls sie die Akteneinsicht nach § 147 III StPO versagt hat oder sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß befindet. Hierdurch hat allerdings keine wirklich beachtliche Änderung der Rechtslage stattgefunden: Nach Vermerk des Ermittlungsabschlusses in den Akten darf die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht nicht mehr versagen. Eine Verweigerung war in diesen Fällen als objektiv willkürliche Entscheidung auch schon vor Einführung von § 147 V 2 StPO gerichtlich nachprüfbar.⁵⁴³ Ebenso verhält es sich mit der Nachprüfbarkeit der Akteneinsichtsversagung in Fällen des § 147 III StPO: Auch hier bringt § 147 V 2 StPO lediglich eine gesetzliche Klarstellung dessen, was bereits vorher galt.⁵⁴⁴ Der Beschuldigte wird hinsichtlich seiner Rechtsschutzmöglichkeiten faktisch jedoch nicht besser gestellt, weil § 147 V 2 StPO

⁵³⁹ *Welp*, a.a.O.; so auch *Botke* in StV 1986, 120, 123 und *Bohnert* in GA 1995, 468, 474.

⁵⁴⁰ *Welp* a.a.O..

⁵⁴¹ BVerfG in StV 1983, 173, 173; insoweit folgend *Meyer-Göfner* in NStZ 1982, 353, 357 f..

⁵⁴² *Welp* in StV 1986, 446, 446.

⁵⁴³ OLG Frankfurt in StV 1993, 297, 298; BGH in NStZ 1998, 97, 97; *Dedy* in StraFo 2001, 149, 152.

⁵⁴⁴ OLG Celle in NStZ 1983, 379; OLG Karlsruhe in NStZ 1997, 49, 50; *Dedy*, a.a.O..

den Regelfall der Akteneinsichtsverweigerung, eben den des § 147 II StPO gerade nicht erfaßt. Eine Ausnahme ergibt sich lediglich in bezug auf den Fall des inhaftierten Beschuldigten. Hier wurde bislang vom Bundesverfassungsgericht die Ansicht vertreten, daß der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG nicht eröffnet ist, was allerdings nur deshalb als zulässig und vereinbar mit Art. 19 IV und 103 GG angesehen wurde, weil das Haftverfahren ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stelle.⁵⁴⁵ Der inhaftierte Beschuldigte wird also insofern besser gestellt, als er nun auch unabhängig von den Rechtsbehelfen des Haftverfahrens eine Möglichkeit zur Überprüfung der Akteneinsichtsverweigerung hat. Ob sich daraus in der Praxis allerdings ein Unterschied zur bisherigen Rechtslage ergibt, bleibt abzuwarten.

Wenn man sich also mit der Frage auseinandersetzt, wie dieser (Regel-) Fall zu lösen ist, gilt es zunächst, die Dimension der Rechtsweggarantie zu klären: Zutreffend wird darauf verwiesen, daß, bewegt man sich im Rahmen der traditionelleren Ablehnung des Rechtsschutzes, die Ablehnung des Rechtsweges aus §§ 23 ff. EGGVG keine Aussagen darüber treffe, ob der Verwaltungsrechtsweg oder der nach Art. 19 IV GG immer eröffnete ordentliche Rechtsweg gangbar sei.⁵⁴⁶ Dieses Folgeproblem umgeht die modernere Ansicht, indem einfach gesagt wird, ein Rechtsweg sei vorhanden, Rechtsschutz werde gewährt. Man kommt allerdings nicht an der Tatsache vorbei, daß – unabhängig davon, ob man nun auf die Entscheidung des Untersuchungsgerichts nach § 147 V 1 StPO oder die des Beschwerdegerichts nach § 304 StPO abstellt – eine gerichtliche Entscheidung nicht hinsichtlich der nach § 147 II StPO getroffenen Entscheidung der Staatsanwaltschaft ergeht, sondern sich auf eine neue Rechts- und Tatsachenlage bezieht: Schon die Tatsache, daß der Beschuldigte zur Zeit der Entscheidung des Untersuchungsgerichts nach § 147 V 1 StPO einen nicht mehr beschränkbaren Anspruch auf Akteneinsicht hat, zeigt, daß die nunmehr vom Gericht zu treffende Entscheidung einen ganz anderen Umfang hat als die der Staatsanwaltschaft nach § 147 II StPO. Ist im einen Fall eine echte Entscheidung notwendig und Verweigerung möglich, so hat das Untersuchungsgericht nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens die Einsicht zu gewähren. § 147 II StPO greift dann nicht mehr ein, die Entscheidung des Gerichts kann richtigerweise nur dahingehend erfolgen, daß Einsicht gewährt wird. Auch § 147 V 2 StPO bezieht sich – wie gezeigt – nicht auf die Situation des § 147 II StPO, überprüft also auch nicht die in diesem Rahmen getroffene Beurteilung.

Die Entscheidungen haben also einen unterschiedlichen Gegenstand. Man mag es für eine blanke Selbstverständlichkeit halten, angesichts der aufgezeigten Argumentationslinien er-

⁵⁴⁵ BVerfG in NSZ 1994, 3219, 3220; dazu auch *Spaetgens*, S. 61 f..

scheint es dennoch wichtig, darauf hinzuweisen, daß mit Rechtsschutz nur Rechtsschutz in derselben Sache gemeint sein kann. Durch Art. 19 IV GG wird der Anspruch auf vollständige Überprüfung der Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht verbrieft⁵⁴⁷, auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.⁵⁴⁸ Eine solche findet durch die gerichtliche Entscheidung nach Abschluß des Ermittlungsverfahrens nicht statt, weil sie gerade nicht die Überprüfung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft zum Gegenstand hat.

Hinzu kommt, daß dieses Problem noch offensichtlicher dann zutage tritt, wenn das Verfahren eingestellt wird. Ist dem Verteidiger vorher die Einsicht in die Verfahrensakten verwehrt worden, stellt sich die Frage, ob er in dieser Frage nach Verlust der Beschuldigteneigenschaft in irgendeiner Hinsicht eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen kann. Dazu hat der Vorprüfungsausschuß des Bundesverfassungsgerichts gesagt, ein Rechtsweg sei auch dann nicht gegeben, wenn das Ermittlungsverfahren eingestellt worden sei und es zu einer gerichtlichen Prüfung dann nicht mehr komme. Hier fehle es an einem anzuerkennenden Interesse für die Inanspruchnahme des Rechtswegs. Dem Beschuldigten, für den die Vermutung der Unschuld streite, könne nach einer Einstellung des Verfahrens keine zusätzliche Rehabilitierung durch ein gerichtliches Urteil verlangen, da niemand die Fortsetzung des Strafverfahrens mit dem Ziel des Nachweises der eigenen Unschuld verlangen könne.⁵⁴⁹

Das OLG Hamm meint dazu, ein solcher Anspruch sei grundsätzlich gegeben und Akteneinsicht nur analog § 96 StPO zu verwehren.⁵⁵⁰

Gleich, welcher Ansicht man zu dieser Frage folgt, die Konsequenzen stellen sich in beiden Fällen als äußerst bemerkenswert dar: Ist nach Ansicht des Vorprüfungsausschusses eine gerichtliche Entscheidung zur Frage des Akteneinsichtsrechts überhaupt nicht mehr möglich und damit die Verwehrung des Rechtsweges augenfällig, ergibt sich bei der Ansicht des OLG Hamm das oben bereits angeführte Problem, daß für diesen Fall einem am Verfahren Unbeteiligten (weil seiner Eigenschaft als Beschuldigter ja bereits Verlustigen) mehr Rechte im Hinblick auf die Verfahrensakten eingeräumt würden als dem Beschuldigten, was eine ganz und gar merkwürdige Wertigkeit ausdrückt. Das bezieht sich zwar nicht auf die direkt aus dem Einsichtsrecht resultierende Rechtsposition (man wird in diesen Fällen eine Akteneinsicht nur über § 406 e I StPO gewähren können, also unter ausreichender Berücksichtigung

⁵⁴⁶ *Welp* in StV 1986, 446, 447.

⁵⁴⁷ BVerfGE 78, 214, 226.

⁵⁴⁸ BVerfGE 57, 9, 21.

⁵⁴⁹ Vorprüfungsausschuß des Bundesverfassungsgerichts, Beschluß in NSiZ 1984, 228, 229.

⁵⁵⁰ OLG Hamm in MDR 1984, 73.

der Rechte Dritter)⁵⁵¹. Das führte dann zwar wieder dazu, daß eine akzeptable Interessengewichtung gegeben wäre bzgl. der direkten Akteneinsicht, aber die Entscheidung der Staatsanwaltschaft wäre für diesen Fall nicht annähernd nachvollziehbar, weil eben auch – und insofern unterscheidet sich dieser Fall erheblich von dem des Beschuldigten – Rechte Dritter zu beachten sind, also im Zweifel ein bestimmter Bereich im Dunkeln bleiben muß, den zu kennen durchaus auch in bezug auf die staatsanwaltschaftliche Entscheidung von Bedeutung sein könnte.

So oder so: Rechtsschutz könnte – abgesehen von den generellen Bedenken – hier nicht wirksam stattfinden, was jedenfalls als starker Makel der Ansicht bezeichnet werden muß, die den Beschuldigten hinsichtlich seines Rechtsschutzes auf die richterliche Entscheidung nach § 147 V StPO bzw. § 304 StPO verweist.

Angesichts des bereits vorher Erörterten könnte man aber auf die Idee kommen, daß wenigstens in den Fällen, in denen der Beschuldigte sich in Haft befindet, im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens eine Überprüfung der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung stattfindet.

Das OLG Frankfurt hatte sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen.⁵⁵² Nach Ansicht des Gerichts ist Rechtsschutz nach §§ 23 ff. EGGVG auch in diesem Fall nicht gegeben, weil bereits nach der StPO Rechtsschutz bestehe. Dieser sei zwar nicht unmittelbar gegen die Akteneinsichtsverweigerung gegeben, die Entscheidung über die Haftfrage führe nicht automatisch auch zu einer Entscheidung über die Frage der Akteneinsichtsverweigerung, es müsse auch gar keine unmittelbare gerichtliche Kontrolle dieser Frage stattfinden.⁵⁵³ Es werde nämlich über die Problematik in zweifacher Hinsicht gerichtlich entschieden: Einmal, in zeitlicher Hinsicht mittelbar, durch die Möglichkeit der Akteneinsicht nach Ermittlungsabschluß, zum zweiten, thematisch mittelbar, durch die Überprüfung der Haft.⁵⁵⁴

Wenn man diese Entscheidung betrachtet, so könnte man zu dem Schluß kommen, die Rechtsschutzproblematik habe sich jedenfalls in den Fällen, in denen der Beschuldigte in Haft ist, durch das Haftprüfungsverfahren erledigt. Dem kann aber nicht deutlich genug entgegengetreten werden: Die Prüfung, die das mit der Haftfrage beschäftigte Gericht hinsichtlich der Akteneinsichtsverweigerung durch die Staatsanwaltschaft durchführt, betrifft nicht die Rechtmäßigkeit dieser Verweigerung, sondern nur die Frage, ob durch diese Verweigerung eventuell der Beschuldigte bzw. der Verteidiger in ihren Verfahrensrechten im Haftprüfungs-

⁵⁵¹ Wenn man davon ausgeht, daß § 406 e I StPO implizit auch die Beschränkung enthält, daß der Verletzte nicht mehr wissen darf als der Beschuldigte, also bei einer Akteneinsichtsverweigerung gegenüber dem Beschuldigten auch der Verletzte diesbzgl. kein Akteneinsichtsrecht hätte.

⁵⁵² OLG Frankfurt in StV 1993, 292 ff..

⁵⁵³ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 293.

⁵⁵⁴ OLG Frankfurt, a.a.O..

verfahren in unzumutbarer Weise beschnitten werden. Es geht nicht darum, die Akteneinsichtsverweigerung rechtlich und tatsächlich zu kontrollieren, sondern die rechtsstaatliche Durchführung des Haftverfahrens zu garantieren. Das hat aber nichts mit der Frage zu tun, ob die Voraussetzungen des § 147 II StPO gegeben waren oder nicht, sondern einzig damit, ob dem Beschuldigten ausreichend rechtliches Gehör gewährt wurde bzw. ein faires Verfahren stattfand. Beide Probleme sind strikt zu trennen. Durch die Haftentscheidung wird daher keinesfalls der Rechtsschutz hinsichtlich der Akteneinsichtsverweigerung ersetzt. Das Haftverfahren kann daher kein Verfahren sein, das die Subsidiaritätsklausel des § 23 III EGGVG betrifft, ebensowenig ist es geeignet, der Wahrung der Rechtsweggarantie in diesen Fällen zu dienen.

Es lohnt sich an dieser Stelle, noch einen kurzen Blick auf das bereits angedeutete Verhältnis der Rechtsschutzfrage im Fall des Beschuldigten mit § 406 e IV 2 StPO zu werfen. Dieser gibt dem Verletzten die Möglichkeit, das aus § 406 e I 1 StPO resultierende Recht gerichtlich durchzusetzen, hier besteht also gegen eine etwaige Ablehnung ein in der StPO normierter Rechtsweg. Es wurde bereits die Ansicht genannt, das Bedürfnis nach Rechtsschutz für den Beschuldigten im Rahmen der Verweigerung der Akteneinsicht ergebe sich bereits aus der Tatsache, daß über § 406 e IV 2 StPO selbst dem Verletzten ein solcher Rechtsschutz zugebilligt werde. Dieses dann aber dem Beschuldigten nicht zuzugestehen, heiße, die Rangfolge der Schutzbedürfnisse auf den Kopf zu stellen, weil das des Beschuldigten, gegen den das öffentliche Strafverfahren ja geführt werde, sich höchstens auf das des Verletzten durchschlage und dieser erst auf diesem Wege prozessual beteiligt werde.⁵⁵⁵

Das OLG Frankfurt ist dem entgegengetreten mit der Aussage, § 406 e StPO diene dazu, eine gewisse Waffengleichheit zwischen den beteiligten Personen herzustellen. Bei der Überprüfbarkeit der Akteneinsichtsverweigerung im Rahmen des § 147 II StPO durch die Staatsanwaltschaft gehe es aber um die Frage der „Waffengleichheit“ zwischen Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem.⁵⁵⁶ Hier sei dann keine Waffengleichheit vonnöten, weil die Staatsanwaltschaft zur effektiven Strafverfolgung einen Informationsvorsprung im Ermittlungsverfahren gegenüber dem Beschuldigten benötige. Aus diesem Grund sei ein Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG nicht gegeben.

Diese Argumentation ist so allerdings nicht ganz schlüssig: Was die Waffengleichheit angeht, so betrifft sie die grundsätzliche Frage, *ob* es *überhaupt* einen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft geben kann. Bejaht man das (wie geschehen), ist Waffenungleichheit quasi systemimmanent. Das Problem der Überprüfbarkeit des Umfangs des Informationsvorsprun-

⁵⁵⁵ *Welp* in StV 1989, 194, 196.

ges bezieht sich dann aber eben auch nur auf die Nachprüfung und Kontrolle der an sich bereits bestehenden Ungleichheit. Daß auch diese bzw. ihr Umfang sich in einem gesetzlich abgesteckten Rahmen bewegen müssen, ist ebenso evident wie die Feststellung, daß die Einhaltung dieses Rahmens in einem Rechtsstaat grundsätzlich der Kontrolle bedarf. Der vom OLG gemachte Versuch, das „Mißverhältnis“ zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten des Verletzten und des Beschuldigten im Falle der Akteneinsichtsverweigerung zu erklären, kann daher als nicht erfolgreich bezeichnet werden.

Es sei noch auf einen letzten Rettungsversuch des OLG Hamburg hingewiesen⁵⁵⁷, in dem das Gericht die Ansicht vertrat, der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG sei schon deshalb auszuschließen, weil auf diese Art das organische Rechtsbehelfssystem der StPO (innerhalb dessen ein Rechtsbehelf gegen die Akteneinsichtsverweigerung nicht vorgesehen sei) gestört werde. Hierauf hat *Welp* zu Recht entgegnet, diese Argumentation greife nicht: Die Tatsache, daß die StPO hierfür keinen Rechtsbehelf vorsehe, sei gerade der Punkt, der den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG wegen der Subsidiaritätsklausel aus § 23 III EGGVG erst eröffne.⁵⁵⁸ In der Tat macht eine solche Argumentation angesichts der bloßen Existenz des Rechtsweges aus §§ 23 ff. EGGVG keinerlei Sinn. Ein subsidiär eingreifender Rechtsweg setzt ja denkbare Voraussetzungen voraus, daß vorher das bestehende System im jeweiligen Rechtsgebiet eine Lücke aufgewiesen hat. Behauptet man nunmehr pauschal, der Gesetzgeber habe auf dem Gebiet der Strafrechtspflege keine Rechtsbehelfe außer den in der StPO aufgeführten gewollt, so stellt sich ernstlich die Frage, wieso er die Strafrechtspflege explizit in § 23 I EGGVG erwähnt hat. Eine Antwort hierauf dürfte schwerlich zu finden sein.

Man stellt am Ende der Erörterung fest, daß die Situation offenbar tatsächlich der einer Quadratur des Kreises gleicht: An einem Rechtsschutzbedürfnis des Beschuldigten bzw. des Verteidigers für die Fälle der Verweigerung der Akteneinsicht kommt man nicht vorbei, Art. 19 IV GG läßt sich hier nicht ausschalten. Dem Wortlaut nach ist der Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG auch eröffnet. Weder kann durch die verschiedenartigen Vorschläge der Rechtsprechung der Rechtsweggarantie in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden, noch erscheinen sie als taugliches Argument, den Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG über die Subsidiaritätsklausel des § 23 III EGGVG zu versperren. Vielmehr erscheint dieser Rechtsweg für Fälle wie diesen wie geschaffen.

Andererseits bleibt das eingangs erwähnte Dilemma, daß man die Notwendigkeit eines gewissen Informationsvorsprungs der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bejaht hat, so daß

⁵⁵⁶ OLG Frankfurt in StV 1993, 297, 299.

⁵⁵⁷ OLG Hamburg in StV 1986, 422.

⁵⁵⁸ *Welp* in StV 1986, 446, 448.

im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung, durch die dem Rechtsschutzbedürfnis genügt würde, auch gewisse Mindeststandards zu gelten hätten. So müßte etwa dem Beschuldigten rechtliches Gehör eingeräumt werden, was sich jedenfalls aus Art. 103 I GG ergibt. Das ist aber nur dann möglich, wenn ihm die Tatsachen, auf die sich die gerichtliche Entscheidung stützen kann, bekannt sind. Wäre also die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung über die Frage der Akteneinsichtsverweigerung im Ermittlungsverfahren möglich, müßten dem Beschuldigten bzw. dem Verteidiger die Tatsachen dargelegt werden, bzgl. derer die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht verweigert hat, weil eine Gefährdung des Untersuchungszwecks anzunehmen war, darüber hinaus auch die Gründe für die Annahme einer Untersuchungszweckgefährdung. Legt die Staatsanwaltschaft diese aber dar, sind sie dem Beschuldigten bzw. dem Verteidiger bekannt, und damit ist der Untersuchungszweck gefährdet. § 147 II StPO liefe dann völlig leer, wäre also ein stumpfes Schwert in den Händen der Staatsanwaltschaft, wobei man aber andererseits davon auszugehen hat, daß ein Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft in gewissen Fällen rechtsstaatlich geboten ist.⁵⁵⁹

Es bleibt daher die scheinbar nicht zu lösende Frage, wie beiden Anforderungen genügt werden kann, wie also einerseits dem Beschuldigten und dem Verteidiger Rechtsschutz in ausreichendem Umfang gewährt werden kann, ohne daß § 147 II StPO zur bloßen Makulatur verkommt. *Bosch*⁵⁶⁰ sieht einen Ausweg aus diesem Dilemma darin, daß zwar dem Verteidiger die Möglichkeit des Rechtsschutzes nach §§ 23 ff. EGGVG grundsätzlich offenstehe, er aber keinen Anspruch auf Einsicht in die Verfahrensakten habe. Auf materieller Rechtsschutzebene soll dieses Manko dann mit einem Beweisverwertungsverbot für den Fall kompensiert werden, daß der Beschuldigte vor der Aussage nicht besonders auf die Risiken einer Selbstbelastung ohne Aktenkenntnis hingewiesen wurde. Dieser Sicherungsmechanismus sei aufgrund des rein verfahrenssichernden Charakters der Untersuchungshaft und der Tatsache, daß die Verteidigung wegen der Nichtgewährung der Akteneinsicht nur eingeschränkt möglich sei, notwendig.⁵⁶¹ Man wird diesen Ausweg freilich auch nicht ohne weiteres als das Ei des Kolumbus ansehen dürfen, weil die besondere Interessenlage des Beschuldigten nur in einem sehr schwachen Umfang berücksichtigt wird.

Man sollte sich allerdings mit der Erkenntnis anfreunden, daß beiden Bedürfnissen (denen des Beschuldigten und denen der Staatsanwaltschaft) nicht in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist. Mithin sollte man einen Mittelweg zwischen beiden suchen: Einerseits werden § 147 II StPO und die sich daraus ergebenden Möglichkeiten für die Staatsanwaltschaft durch die

⁵⁵⁹ S.o., Teil 2 A. II. 3.a.aa.

⁵⁶⁰ *Bosch* in StV 1999, 333, 338 f..

⁵⁶¹ *Bosch*, a.a.O., S. 339.

grundsätzliche Möglichkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht völlig entwertet. Andererseits könnte man die Mitwirkungsrechte des Verteidigers auch dahingehend beschränken, daß die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung zwar grundsätzlich möglich bleibt, aus Gründen der besonderen Situation, in der sich das Verfahren hier befindet, die Gewährung rechtlichen Gehörs jedoch eine nicht ganz so tragende Rolle spielt, wie man das sonst gewohnt ist. Anders ausgedrückt könnte der Kompromiß so aussehen, daß man durch eine gerichtliche Entscheidung Kontrolle in einem gewissen, den rechtsstaatlichen Grundbedürfnissen genügenden Umfang zuläßt und so wenigstens vermeidet, daß ein kontrollfreier und damit potentiell rechtsfreier Raum für die Staatsanwaltschaft entsteht, man aber im Gegenzug die Beschuldigtenrechte so weit zurückfährt, daß diese nicht den Zweck des Ermittlungsverfahrens völlig blockieren können.

Dem Verteidiger sollte hier also der Rechtsweg der §§ 23 ff. EGGVG grundsätzlich offenstehen. Seine Mitwirkungsrechte an der herbeizuführenden gerichtlichen Entscheidung sollten allerdings so weit beschnitten werden, daß durch die Eröffnung des Rechtsweges nicht bereits die gerichtliche Entscheidung obsolet wird, weil ein Vorsprung der Staatsanwaltschaft durch die Gewährung rechtlichen Gehörs im Rahmen der gerichtlichen sowieso nicht mehr besteht.

Nur auf diesem Weg läßt sich auch in bezug auf die Informationsbehandlung durch die Staatsanwaltschaft eine ausgeglichene Lösung finden. Es muß nachvollziehbar sein, daß die Staatsanwaltschaft auch wirklich nur bei „dynamischer“ Information die Einsicht verweigert. Andernfalls wäre die Beschäftigung mit der Frage allenfalls theoretischer, jedenfalls überflüssiger Natur, weil die Staatsanwaltschaft im Zweifel frei schalten und walten könnte. Dieser Weg wird auch im Alternativ- Entwurf zur Reform des Ermittlungsverfahrens beschritten, indem dort in § 147 V 2 in den Fällen der Akteneinsichtsrechtsversagung Rechtsschutz gegeben wird.⁵⁶² Dieser wird allerdings durch § 147 V 3 insoweit eingeschränkt, als die Entscheidung des Ermittlungsrichters hierüber dann nicht mit Gründen zu versehen ist, wenn dadurch eine Gefährdung des Ermittlungszweckes einträte.⁵⁶³ Dem entspricht die Neufassung von § 147 V 3 StPO nach dem StVÄG 1999. Man wird hierzu aber sagen müssen, daß Abs. 5 S. 3 in dieser Form wenig Sinn macht: Liegt eine Gefährdung *nicht* vor, kann auch Akteneinsicht gewährt werden. In diesen Fällen wird das Begründungsbedürfnis des Verteidigers regelmäßig sehr gering ausfallen. Ist eine Gefährdung anzunehmen, schlägt das automatisch auch auf die Begründungspflicht für das Ermittlungsgericht durch. Dessen Entscheidung muß dann nicht begründet werden. Sinnvoller wäre demnach gewesen, eine Neuregelung dahingehend

⁵⁶² Alternativ- Entwurf; Reform des Ermittlungsverfahrens, S. 53; in diese Richtung auch stärkere Partizipation des Ermittlungsrichters fordernd *Boetticher/ Landau* in FS 50 Jahre BGH, 555, 561 ff..

⁵⁶³ Alternativ- Entwurf, a.a.O..

zu gestalten, daß zwar eine gerichtliche Entscheidung in dieser Frage herbeigeführt werden kann, sie aber von vorneherein *gar nicht* begründet wird. Folgt das Gericht in seiner Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ist diese aus Gründen der Untersuchungszweckgefährdung nicht zu begründen. Gibt das Gericht hingegen dem Antrag des Verteidigers statt, hat dieser kein berechtigtes Interesse an einer Begründung. Das gilt hier dann auch für die Staatsanwaltschaft: Eine Begründung, warum das Gericht eine Gefährdung nicht annimmt, ist in diesen Fällen obsolet, die Akteneinsicht wird gewährt, ein berechtigtes Interesse zur nachträglichen Klärung dieser Frage besteht seitens der Staatsanwaltschaft nicht.

Die Anregung von *Bosch* hinsichtlich einer Ergänzung auf der Ebene des materiellen Rechtsschutzes⁵⁶⁴ ist insoweit interessant, als es denkbar und möglich sein sollte, ein Beweisverwertungsverbot in bezug auf eine Aussage anzunehmen, die in ihrer konkreten Gestalt nur dadurch zustande gekommen ist, daß dem Beschuldigten erhebliche Informationen aus den Akten nicht bekannt waren. Hier sollte man allerdings nicht auf eine erfolgte Belehrung abstellen, da ein solches Erfordernis vom Beschuldigten ein immenses Maß an Voraussicht und klarem Denken verlangt, was sich – zumal in einer Lage (Verhör), die man als psychisch angespannt beschreiben könnte – als sehr nachteilig für den Beschuldigten auswirken könnte. Vielmehr sollte es zur Annahme eines Beweisverwertungsverbot ausreichen, daß die Aussage durch die Unkenntnis des Akteninhalts zuungunsten des Beschuldigten beeinflusst wurde.

B. Das Verhältnis Staatsanwaltschaft – Öffentlichkeit

I. Einleitung

Wenn man sich die Frage des Informationsvorsprungs der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren in bezug auf die Öffentlichkeit stellt, so wird man feststellen, daß die betroffenen Interessen hier sehr viel komplexer sein können, als das in bezug auf den Beschuldigten der Fall war. Das gilt jedenfalls insofern, als hier eine größere Anzahl von Interessen miteinander und u.U. auch gegeneinander wirken. Schon ein Blick auf die Seite der Staatsanwaltschaft zeigt das: Ohne an dieser Stelle bereits auf die Frage eingehen zu wollen, ob die Interessen rechtlich beachtenswert sind oder nicht, ergibt sich zum einen die Möglichkeit, die bereits aus dem vorangehenden Kapitel vertraut sein dürfte, daß nämlich die Staatsanwaltschaft den Vorsprung, den sie im Hinblick auf das von ihr erworbene Wissen hat, zu verteidigen versucht,

⁵⁶⁴ *Bosch*, a.a.O., S. 338 f..

die Öffentlichkeit also möglichst von jeder Mitwisserschaft ausschließen möchte. Dieser Fall wird zu erörtern sein.

Andererseits ist hier jedoch auch denkbar, daß die Staatsanwaltschaft die Öffentlichkeit bewußt an ihrem Wissen teilhaben lassen möchte. In bezug auf den Verteidiger war das zwar auch denkbar, warf allerdings – wie gezeigt – keine rechtlichen Probleme auf, weil die Staatsanwaltschaft hier, ohne in rechtlich schützenswerte Interessen⁵⁶⁵ einzugreifen, dem Verteidiger die betreffende Information weitergeben konnte. In bezug auf die Öffentlichkeit ist das nun insofern anders, als durch eine Weitergabe an die Öffentlichkeit mindestens Interessen des Beschuldigten (u.U. auch des Verteidigers) betroffen sind, die von durchaus komplexerer Natur sind. Die Staatsanwaltschaft kann also hier nicht *einfach so* Information an die Öffentlichkeit weitergeben, sondern wird sich gewissen Einschränkungen gegenüber sehen.

Betrachtet man daher den Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft unter dem Blickwinkel der Öffentlichkeit, dann heißt das einerseits: Wieviel mehr *darf* die Staatsanwaltschaft wissen als die Öffentlichkeit? Andererseits heißt es aber auch: Wieviel mehr *muß* sie wissen als die Öffentlichkeit? Es wird im folgenden Abschnitt darum gehen, für beide Fälle herauszufinden, welche Interessen jeweils auf die Entscheidung einwirken können und wie diese zu gewichten sind. Um die Erörterung übersichtlicher und damit nachvollziehbarer zu belassen, soll sich die Arbeit *nicht* mit der Frage möglicherweise entgegenstehender staatlicher Geheimhaltungsinteressen beschäftigen.

Zunächst wird es um die Situation gehen, in der die Staatsanwaltschaft die Öffentlichkeit an dem Fundus ihrer Information teilhaben lassen *will*. Es sollen hier die Interessen des Beschuldigten daran, daß eine solche Weitergabe *nicht* stattfindet, ebenso dargestellt werden wie die der Staatsanwaltschaft bzw. der Öffentlichkeit an einer solchen Weitergabe. Zur Lösung des Konfliktes stehen eine immense Anzahl von Wegen bereit. Diese werden zu erörtern und auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen sein. Schließlich wird auch die für die Informationsverwertung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gefundene Arbeitshypothese zu erörtern und die Frage zu stellen sein, ob diese zu einer ausgewogenen Lösung Entscheidendes beitragen kann.

Daran anschließend soll der umgekehrte Fall betrachtet werden, also die Konstellation, in der die Staatsanwaltschaft die Informierung der Öffentlichkeit gerade verhindern will. Hier wird zu fragen sein, welche Interessen die Staatsanwaltschaft berechtigterweise daran haben kann, daß der Informationsvorsprung auch gegenüber der Öffentlichkeit bestehen bleibt, anderer-

⁵⁶⁵ Sieht man einmal von § 96 StPO ab.

seits aber auch, welche Interessen der Öffentlichkeit dahingehend wirken, daß der Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft zugunsten der Öffentlichkeit schrumpft.

Die Natur der Sache erfordert danach jedoch auch hier die Einbeziehung der Interessen des Beschuldigten, anders ausgedrückt: Es wird zu erörtern sein, inwieweit die Lösung dieser Konstellation von den im vorangehend dargestellten Teil aufgezeigten Interessen abhängig ist. An dieser Stelle werden ebenfalls mehrere Lösungsansätze vorzustellen sein und es wird zu untersuchen sein, ob die Arbeitshypothese bei der Suche nach einer Lösung dienlich sein kann.

II. Begriffsklärungen

Bevor in die Erörterung beider Fälle eingestiegen wird, sollen zuerst zwei Begriffe klargestellt werden: der Begriff „Öffentlichkeit“ i.S.d. Arbeit und die Frage, um die Weitergabe welcher Information es geht.

„Öffentlichkeit“ kann zunächst nicht heißen, daß jeder Mensch oder jeder Bürger der Bundesrepublik oder auch nur jeder Einwohner einer Gemeinde zu informieren ist. Natürlich kann sich Öffentlichkeit in vielerlei Art zeigen, in vielerlei Formen manifestieren. So sind etwa Bürgerinitiativen denkbar, Wahlen werden durchgeführt, Demonstrationen abgehalten.

Im Rahmen dieser Arbeit wird die Form der Öffentlichkeit herausgegriffen, von der der Verfasser hofft, daß sie die größtmögliche Beispielhaftigkeit gewährleistet: Die Öffentlichkeit in Form der Medien im weitesten Sinne, also jener Gruppe, deren Wirken nach den Worten des Bundesverfassungsgerichts „schlechthin konstituierend für die freiheitlich- demokratische Grundordnung“ sein soll.⁵⁶⁶ Dieser Teil der Öffentlichkeit ist sicher auch der augenfälligste: Der Umgang mit Medien ist in der heutigen Gesellschaft für jedermann eine Selbstverständlichkeit, wir alle werden tagtäglich mit Informationen aus dem Bereich der medialen Landschaft versorgt und überhäuft. Wenn also die Frage nach der Weitergabe von Information an die Medien gestellt wird, ist das eine sehr plastische und nur am Rande symbolische Form der Öffentlichkeit: Medien erreichen auf die eine oder andere Weise beinahe jeden. Daraus folgt aber auch, daß eine Information, ist sie erst einmal zu den Medien gelangt, nicht nur symbolisch, sondern auch auf eine sehr greifbare, tatsächliche Art öffentlich werden kann. Man wird sich dies sehr genau vor Augen zu halten haben, wenn die folgenden Konstellationen näher untersucht werden.

Betrachtet man nun den Begriff der Informierung, ist auch eine Fülle von Informationen denkbar, die an die Öffentlichkeit weitergegeben werden können und von dieser verlangt

⁵⁶⁶ BVerfG NJW 1973, 1226, 1228.

werden. Um den Problemkreis übersichtlicher zu machen und damit auch besser auf die wirklichen Spannungsfelder eingehen zu können, soll im folgenden unter Informierung eine solche zu verstehen sein, die eine Identifizierung des Beschuldigten ermöglicht, also zu identifizierender Berichterstattung führt oder führen kann.

III. Die von der Staatsanwaltschaft gewollte Informierung

Am 11. Juni 1972 berichtete die Bild am Sonntag, Generalbundesanwalt *Martin* habe den schweren Verdacht bestätigt, daß die Angehörigen der RAF (vom Blatt als „Baader- Meinhof-Gruppe“ bezeichnet) und deren Rechtsanwälte zusammenarbeiteten und Verbindungen bestünden, „wie sie von der anwaltlichen Berufspflicht nicht gedeckt seien“. Dabei wurden vom Generalbundesanwalt selbst einige Rechtsanwälte genannt, bei denen er dieses Merkmal verwirklicht sah. Zudem gab der Generalbundesanwalt eine insofern irreführende Information heraus, als er dieses „standeswidrige, möglicherweise gar strafbare [...] Verhalten“ (Weser-Kurier vom 23. 6. 1972) auch auf den Besitz sog. „Blankovollmachten“ bezog, die den Verteidigern von den Mitgliedern der RAF teilweise ausgestellt worden waren, um die Verteidigung in Ermittlungsverfahren zu ermöglichen, bei denen das Aktenzeichen noch nicht bekannt war. Dies geschah wohl mindestens unter Billigung des dadurch in der Öffentlichkeit insbesondere von der Springer- Presse erweckten Eindrucks, daß nämlich den Verteidigern die Vollmacht für die Verteidigung in Verfahren, die sich auf noch kommende Gewalttaten bezögen, erteilt worden sei. Dadurch konnten und sollten die Verteidiger in den Ruf der Kollaboration mit ihren Mandanten gebracht werden. Ganz unabhängig von der Frage, ob einige der Verteidiger tatsächlich standeswidrig oder gar strafbar gehandelt haben, hat hier der Generalbundesanwalt bei z.Zt. laufenden Ermittlungen Informationen über Beteiligte an die Öffentlichkeit weitergegeben, die zum einen deren Ansehen erheblich schaden konnten⁵⁶⁷ und die zum anderen, wenn sie auch nicht völlig falsch waren, die Tatsachen bewußt derart überzeichneten und verzerrten, daß dadurch ein schiefes Bild der Vorgänge in der Öffentlichkeit entstehen mußte.⁵⁶⁸

Um nicht in eine Zeit zurückgehen zu müssen, von der man behaupten könnte, der Rechtsstaat sei in der Bundesrepublik in weiten Teilen noch nicht so gefestigt gewesen, wie er das heute vielleicht ist⁵⁶⁹, und das Beispiel daher von eher geringer Bedeutung für unsere heutige Gesellschaft, sei ein anderes, aktuelleres genannt: Am 30.3.2001 titelte die „Bild“- „Zeitung“ (Abteilung Berlin- Brandenburg): „Ulrikes Mörder Lasst ihn nie wieder raus“. Auf S. 10

⁵⁶⁷ Vgl. die Schilderung bei *Hannover*, Die Republik vor Gericht 1954 - 1974, S. 379 f.

⁵⁶⁸ Vgl dazu und zum gesamten Themenkomplex: *Hannover*, a.a.O., S. 380.

folgte ein Auszug aus dem „furchtbare[n] Geständnis“, sodann eine Beschreibung der Rasterfahndung. Auf S. 11 (unterhalb des durchlaufenden Spruchbandes „+++Ulrikes Mörder endlich gefasst +++ Ulrikes Mörder endlich gefaßt +++“) erschien die Überschrift „Ulrikes Mörder: Was ist das nur für ein Mensch?“, darunter ein Bericht, der das Privatleben des „Mörders“ mehr oder weniger in allen Einzelheiten darlegte.⁵⁷⁰ Noch weiter unten konnte man eine bildliche Darstellung aller relevanten Fakten finden: Seine Strafen (mit einem Foto eines ausgebrannten Pkw), seine Freundin („Nur manchmal ging es etwas schnell.“), sein Hund („Struppi: Der Mörder liebte ihn über alles.“), sein Haus („Ein finsternes Loch mit einem Zimmer [...]“).

Ein ähnliches Bild bietet „Der Spiegel“ vom 2.4.2001: Hier wird – natürlich in stilistisch anspruchsvollerer Weise, man schreibt ja für Intellektuelle – auf S. 92 und 94 zunächst eine Art Reportage vom Tathergang abgedruckt, der sodann psychologisch gedeutet wird: „Es scheint, als habe [...] [der Verdächtige] seine eigene kaputte Biographie nachvollziehen wollen.“ Auch diese wird dem Leser dann in aller Breite dargestellt, wobei ein Berliner Psychologe sie dann noch im Hinblick auf Sexualstraftaten im allgemeinen und die Tat im speziellen deutet. Man mag den Autoren des Artikels zugute halten, daß sie einer in der „Bild“- „Zeitung“ durch gewisse Formulierungen erkennbaren Tendenz entgegengetreten wollten, die den Ausgang des Verfahrens bereits dahingehend vorwegzunehmen scheinen, daß der Verdächtige sowieso nicht seiner gerechten Strafe zugeführt werden wird, weil ja unter Berufung auf eine schwere Kindheit in Deutschland jeder alles machen kann.⁵⁷¹ Es wurde durch die Berichterstattung in beiden Blättern ein Mensch in die Öffentlichkeit gezerrt, sein komplettes Wesen, seine ganze Existenz seziert, ausgeschlachtet, bewertet.

1. Problemstellung

⁵⁶⁹ Wozu man auch auf die ganz und gar unverhältnismäßigen und schlicht rechtsstaatswidrigen Entscheidungen und Handlungen *aller drei Gewalten* zu dieser Zeit verweisen könnte, was der Verfasser freilich unterläßt...

⁵⁷⁰ Es handelt sich dabei wohl um das auf S. 1 angekündigte „Psychogramm des Mörders“, in dem u.a. in Fettdruck so gewichtige Belastungsgründe aufgeführt werden wie „**Und er trägt am liebsten Pullis in Rot.**“ (wobei man den Autoren zugute halten muß, daß ein gewisser Zusammenhang zu einem am Tatort gefundenen roten T-Shirt gesehen werden kann) („Bild“- Zeitung vom 30.3.2001).

⁵⁷¹ So wird in der „Bild“ auf der Titelseite geschrieben: „*Doch* [eigene Hervorhebung] der Staatsanwalt sagt *schon jetzt* [eigene Hervorhebung]: „Er hatte *so* [eigene Hervorhebung, im Original- Zitat des Staatsanwalts nicht geäußert, vgl. S. 10] eine schwere Kindheit“, ganz so, als müßten die berechtigten Rachedgedanken des Lesers zunächst leider enttäuscht werden. Auf S. 10 läßt man dann die Katze aus dem Sack: „Aber wird [...] [der Verdächtige] auch gerecht bestraft? Der Leitende Oberstaatsanwalt sagte schon gestern: „Der junge Mann hatte eine schwierige Kindheit.“ Solche Sätze haben schon oft in Mordprozessen zu mildernden Urteilen geführt.“; noch deutlicher wird der „Bild“- Kommentator *Quoos* auf S. 2 unter der Überschrift „Sühne für Ulrike“: „Jetzt können wir nur hoffen, daß die Justiz auch konsequent urteilt. Die ersten Hinweise des Staatsanwalts auf die „schwere Kindheit“ des Täters lassen *nichts Gutes* [eigene Hervorhebung] vermuten.“ Hier scheint eine ganze Redaktion die Abschaffung der Standgerichtsbarkeit zu bedauern.

Auch wird in beiden Fällen (dem der RAF- Verteidiger und dem „Mordfall Ulrike“) eines ganz deutlich: Die von der Staatsanwaltschaft ausgelöste Berichterstattung über Ergebnisse des jeweiligen Verfahrens beeinträchtigt die Privatsphäre der Betroffenen in ganz erheblicher Weise. Ein Rechtsanwalt, dem als Strafverteidiger Zusammenarbeit mit seinen „terroristischen“ Mandanten unterstellt wird, wird in vielerlei Hinsicht negative Folgen dieser Tatsache zu spüren bekommen, nicht zuletzt auch darin, daß er seinen Mandanten u.U. nicht mehr wirksam verteidigen kann, weil ihm von den Gerichten unterstellt wird, er boykottiere selbst in staatsfeindlicher Haltung den Fortgang des Verfahrens.

Ein Verdächtiger wie der im „Mordfall Ulrike“ wird, selbst wenn sich im Verlaufe des Verfahrens die Nichterweislichkeit seiner Schuld oder gar seine Unschuld herausstellen sollte, nie mehr frei von diesem Verdacht leben können. Durch Veröffentlichungen dieses Umfanges findet eine „Dissozialisierung“ des Betroffenen bereits statt, noch bevor überhaupt klar werden kann, ob strafrechtliche Sanktionen irgendwelcher Art greifen werden. Man könnte sogar weiter gehen und angesichts der durch die Medien drohenden Maßnahmen mit sanktionsähnlichem Charakter auch eine Gefährdung des staatlichen Sanktionsmonopols sowie des Rechtsstaatsprinzips befürchten⁵⁷², wie das teilweise geschieht.

Bei der Information über laufende Ermittlungsverfahren besteht zudem die Gefahr der Beeinträchtigung der Unbefangenheit der Richter.⁵⁷³ Ebenso könnte eine solche Preisgabe von Information der Objektivität der Staatsanwaltschaft und dem Grundsatz der Waffengleichheit im Strafverfahren schaden. Das steht jedenfalls dann zu befürchten, wenn sie von der Staatsanwaltschaft gezielt als Verfahrenstaktik eingesetzt wird.⁵⁷⁴

All dessen ist sich eine Staatsanwaltschaft bei der Weitergabe von Informationen an die Medien durchaus bewußt. Natürlich ist die eine oder andere Information, die von den Medien veröffentlicht wird, nicht Ergebnis der Weitergabe durch die Staatsanwaltschaft, sondern eigener Ermittlungen durch die Medien.⁵⁷⁵ Das macht insbesondere auch das gerade geschilderte Beispiel der „Bild“- „Zeitung“ deutlich. Informierung der Medien durch die Staatsanwaltschaft ist aber notwendige Bedingung solcher eigenen Ermittlungen. Kein Medium hat Mittel und Möglichkeiten, umfangreiche Straftaten in eigener Regie zu ermitteln. Eigene Recherchen werden daher regelmäßig „sekundäre“ Ermittlungen sein, also solche, die auf den Ergebnissen der Staatsanwaltschaft aufbauend Zusätzliches zutage fördern. Dafür ist aber unabdingbar, daß den Medien die Ergebnisse der staatsanwaltlichen Ermittlungen mitgeteilt werden. Demnach ist also Grundlage von Berichterstattungen wie den dargestellten notwen-

⁵⁷² Von Becker, Straftäter und Tatverdächtige, S. 193.

⁵⁷³ Lücke in AnwBl 1984, 295.

⁵⁷⁴ Lücke, a.a.O..

dig immer eine identifizierende Informierung der Medien durch die Staatsanwaltschaft, unabhängig von dem, was die Medien an zusätzlichem Stoff recherchieren.

2. Die gegenüberstehenden Interessenpositionen

Man muß sich also die Frage stellen, was die Staatsanwaltschaft in Kenntnis all dessen dennoch dazu bewegt, Informationen aus Ermittlungsverfahren der Öffentlichkeit preiszugeben und welche Interessen des Beschuldigten dadurch in Gefahr geraten können. Sodann wird zu klären sein, ob diese Weitergabe angesichts aller in Betracht zu ziehenden rechtlichen Interessen aller Seiten und der gesetzlichen Regelungen zu diesem Komplex als zulässig anzusehen ist oder nicht.

a. Die Interessenpositionen der Öffentlichkeit bzw. der Staatsanwaltschaft

In vielen Fällen scheint offenbar eine teilweise erschreckende Gedankenlosigkeit interesseleitend zu sein, wenn die Strafverfolgungsbehörden Informationen an die Öffentlichkeit weitergeben. Das zeigt das Beispiel des Leiters der Pressestelle des Münchner Polizeipräsidiums, der am 17.7.1975, auf die mehr als merkwürdige Veröffentlichungspraxis seiner Behörde⁵⁷⁶ angesprochen, sagte: „Wir geben all die Fälle heraus, die nach unseren Erfahrungen für die Öffentlichkeit interessant und als Fahndungs- und Lebenshilfe von Bedeutung sind. Auch Fälle, die ein gewisses Kolorit in sich haben. Sogenannte Schmankerl- Geschichten.“⁵⁷⁷

Was die Staatsanwaltschaft zur Veröffentlichung von Informationen wie den vorgenannten im „Mordfall Ulrike“ ganz sicher auch bewegt, ist dem Bericht der „Bild“- „Zeitung“ zu entnehmen: Auf S. 10 ist ein Foto abgebildet, auf dem der Staatsanwalt, der Innenminister des betroffenen Bundeslandes sowie die Polizeipräsidentin der Stadt bei der Pressekonferenz abgebildet sind. Untertitelt ist das Bild orthographisch bemerkenswert mit: „Stolz auf den Fahndungserfolg“. Man muß nicht sensibel sein, um festzustellen, daß das primäre Interesse der Pressekonferenz die Darstellung eigener Erfolge ist, mit der z.B. ein entschlossen blickender Innenminister der wählenden Bevölkerung suggerieren will, man habe das Land im Griff, für Recht und Ordnung werde gesorgt.⁵⁷⁸ Ähnliches, wenn auch nicht derart parteipolitisch,

⁵⁷⁵ Dazu jüngst *Rose*, Grenzen der journalistischen Recherche im Strafrecht und Strafverfahrensrecht.

⁵⁷⁶ In den Münchner Boulevardzeitungen waren kurz zuvor Berichte über eine von ihren Eltern angeblich zur Prostitution „abgerichtete“ 14- jährige zu lesen gewesen, in denen stark identifizierende Merkmale aller Beteiligten (in der „Bild“ sogar Stadtteil, Straße, Hausnummer und Wohnungsetage) ebenso zu finden waren wie detaillierte Schilderung der angewandten Sexualpraktiken.

⁵⁷⁷ Beispiel gefunden bei *von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, S. 19.

⁵⁷⁸ Warum sonst sollte ein Innenminister an einer solchen Pressekonferenz teilnehmen, zum Fall kann er ganz sicher nichts Erhellendes beitragen?

dürfte für die anwesende *Polizeipräsidentin*⁵⁷⁹ gelten. Der Vorwurf, das Handeln der Strafverfolgungsbehörden sei in solchen Fällen als „publicitygeil“⁵⁸⁰ anzusehen, ist noch der am wenigsten schwerwiegende. Viel schwerer wöge etwa der Verdacht, hier könne eine Vorverurteilung des Verdächtigen motivierend gewirkt haben.⁵⁸¹

Betrachtet man das Beispiel der Verteidiger in den RAF- Verfahren, so wird man auch ein starkes Interesse an der Manipulierung der Öffentlichkeit zu politischen Zwecken feststellen. Es ist wohl nicht zu weitgehend, wenn man annimmt, die Darstellung der Staatsanwaltschaft auf Bundes- und Landesebene hätten nicht nur ein Klima innerhalb der deutschen Öffentlichkeit *bewirkt*, in dem eine ganze Reihe von Grundrechtsverletzungen toleriert und teilweise auch gesetzlich normiert wurden, sondern auch genau dieses zum Ziel gehabt.

So oder so, ein entscheidendes Motiv gerade bei der Information über spektakuläre laufende Verfahren entspringt stets dem Glauben, eine solche Information sei auch für die Durchsetzung eigener Vorstellungen nicht von Nachteil.

Daß dies nicht unbedingt diejenigen Interessen sein sollten, die im Rahmen einer rechtlichen Erörterung von Gewicht sind, liegt auf der Hand. Dennoch kommt es durch diese Art von Öffentlichkeitsarbeit auch zu einer gewissen Transparenz: Gewollt oder ungewollt werden Ergebnisse dargestellt, die der Öffentlichkeit ein Bild von der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden vermitteln, auch wenn dieses natürlich recht einseitig ausfallen wird, da kaum anzunehmen ist, daß auf Pressekonferenzen Fakten weitergegeben werden, die ein schlechtes Licht auf diese Tätigkeit werfen könnten.

Es bleibt aber die Frage, welche Interessen neben der „Publicitygeilheit“⁵⁸² der Strafverfolgungsbehörden und der „Sensationsgier“ der rezipierenden Öffentlichkeit ausschlaggebend sein können *für* eine Informierung der Öffentlichkeit in Form der Medien. Es soll im folgenden versucht werden, diese Interessen darzustellen, ohne freilich schon an dieser Stelle eine Aussage zu tätigen, welches Gewicht ihnen gegenüber entgegenstehenden Interessen des Beschuldigten zukommt.

aa. Das Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege

Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege herzustellen, ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, wie sich aus §§ 160 I und 163 I StPO ergibt. Bezieht man diese Feststellung auf die Information der Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden, so sind zwei Effekte denkbar, die dieses Funktionieren stärken und über die Information zu erreichen sind: Einmal

⁵⁷⁹ Es handelte sich nicht etwa um die Fahndungsleiterin oder die Pressesprecherin.

⁵⁸⁰ *Lücke* in AnwBl 1984, 295.

⁵⁸¹ *Lücke* a.a.O..

kann die Öffentlichkeit im Rahmen von Fahndungsmaßnahmen ganz direkt in die Strafrechtspflege miteinbezogen werden. Zum anderen ist aber auch ein indirekter Effekt dadurch möglich, daß durch die Information der Öffentlichkeit eine generalpräventive Wirkung erzielt wird.

(1) Bei Fahndungsmaßnahmen

Die Informierung der Öffentlichkeit kann als Fahndungsmittel zur Ergreifung von Beschuldigten von erheblicher Bedeutung für die Strafverfolgungsbehörden sein.⁵⁸³ Schon fester Bestandteil des abendlichen Fernsehprogramms sind Sendungen nach dem Vorbild der ZDF-Sendung „AktENZEICHEN XY – ungelöst“ geworden, in denen die Fahndung einer der Hauptbestandteile des Inhalts ist. Durch diese Fernsehpräsenz etwas in den Hintergrund gedrängt worden ist die Fahndung über klassische Methoden wie Fahndungsplakate, wie sie beispielsweise z.Zt. der RAF durchaus üblich in deutschen Amtsstuben waren.

Man kann sich auch durch weitere Fälle die Bedeutung der Informierung der Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden für die Ermittlungen vor Augen führen: Zunächst sei hier der Milliardenpleitier *Hans- Jürgen Schneider* genannt, dessen Fahndung spektakulär verlief und ebenso spektakulär in Florida endete. Gleiches kann im Hinblick auf den *Reemtsma* - Entführer *Thomas Drach* gesagt werden. Die Behörden haben in beiden Fällen sehr bewußt die Öffentlichkeit dazu benutzt, bei den Betroffenen den Eindruck zu erwecken, sie seien nirgends sicher, was zum einen zu deren Zermürbung, zum anderen zu Fehlern ihrerseits führen sollte und wohl auch geführt hat. Diese Taktik ist auch grundlegender Gedanke bei den Versuchen, ein international verbindliches Strafrecht einzuführen, Tatbestände zu etablieren, nach denen unabhängig vom Ort der Begehung oder der Nationalität des Täters bestraft werden kann. Verbunden mit einer möglichst breiten Öffentlichkeit durch internationale Tribunale soll das bei den Betroffenen zu dem Gefühl führen, sie seien nirgends auf der Welt vor Strafverfolgung sicher, auch wenn dieser Gedanke bislang eine Illusion ist.

Darüber hinaus kann Fahndung auch einen zusätzlichen Aspekt haben, der insbesondere bei den in Deutschland in letzter Zeit hoch im Kurs stehenden öffentlichen Fahndungen nach ausgebrochenen Häftlingen wichtig ist: der der Warnung vor der Gefahr, die von einem Gesuchten ausgeht. Anders als bei der gerade geschilderten repressiven Zwecksetzung hat eine Fahndung in vielen Fällen daher auch präventiven Charakter.

Man kann also sehen, daß die zu Fahndungszwecken geschehende Informierung der Öffentlichkeit für die Suche nach Straftätern eine bedeutende Rolle spielt, die durch die Verbrei-

⁵⁸² Lücke, a.a.O..

tungsgrade, die Fernsehen und Internet bieten, noch erheblich gestiegen ist. Die Strafverfolgungsbehörden und insbesondere die Staatsanwaltschaft als leitende Stelle des Ermittlungsverfahrens werden also immer ein starkes Interesse daran haben, zu Fahndungszwecken die Öffentlichkeit zu informieren, sei es über § 131 StPO direkt oder andere Wege.

(2) Generalpräventive Zwecke

Nicht erst seit diesen Tagen ist eine der umstrittensten Fragen des Strafrechts im weitesten Sinne, ob und wenn ja wieso dem Staat das Recht eingeräumt werden sollte, zu strafen. Ein Aspekt, der als Begründung für die Existenz des Strafrechts dient, ist die sog. Generalprävention. Diese teilt sich in die negative und die positive Generalprävention auf:⁵⁸⁴ Unter negativer Generalprävention hat man zu verstehen, daß Strafrecht und die Existenz von Gefängnissen und Gerichten den Zweck haben, die Menschen durch Angst vor Strafe davon abzuhalten, Straftaten zu begehen, also gegen die bestehende Ordnung zu handeln.⁵⁸⁵ Es geht hier um die „Abschreckung der Allgemeinheit“, insbesondere der „tatgeneigten Mitbürger des Täters“.⁵⁸⁶ Die positive Generalprävention hingegen wendet sich an die durch die Tat in ihrem Normvertrauen erschütterten Individuen: Sowohl durch die abstrakte Strafdrohung als auch durch die Bestrafung im konkreten Fall soll das „Gewicht der geschützten Werte und Normen verdeutlicht“, dem „Selbststabilisierungsbedürfnis der Mitbürger Rechnung getragen“ werden.⁵⁸⁷

Wenn man – wie dies an anderer Stelle in dieser Arbeit bereits getan wurde – eine Ordnungsfunktion des Staates grundsätzlich für notwendig erachtet und davon ausgeht, daß einer solchen Ordnungsfunktion in einem Rechtsstaat mittels des Rechts nachgekommen wird, kommt man zu dem Schluß, daß die bloße *Existenz* des Rechts nicht ausreicht. Wenn man diese Ordnungsfunktion mit der angestrebten Orientierungsgewißheit der einzelnen Subjekte umschreibt, so muß hierzu noch das Element der Realisierungsgewißheit dieser Orientierung treten.⁵⁸⁸ Recht muß also durchgesetzt werden, wozu sich der Staat u.a. des Sanktionsmechanismus der Strafe bedient. Mit der Strafsanktion kann der Staat die Achtung seines Rechts zwar im konkreten Fall nicht mehr rückwirkend erzwingen, er kann jedoch präventiv dessen gesamtgesellschaftliche Achtung und Akzeptanz erreichen. Das hat zwei Konsequenzen: Auf

⁵⁸³ *Ostendorf* in GA 1980, 445, 445.

⁵⁸⁴ Vgl. zu dieser Unterteilung *Streng*, Sanktionen, S. 10.

⁵⁸⁵ Die negative Generalprävention geht auf *Feuerbach* zurück, vgl. etwa *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, S. 32 und insbesondere 37 ff.; vgl. im übrigen *Kaiser*, Kriminologie, § 30, Rn 29 sowie *Wesel*, Fast alles, was Recht ist, S. 215.

⁵⁸⁶ *Streng*, a.a.O..

⁵⁸⁷ *Streng*, a.a.O..

⁵⁸⁸ *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 196 f..

der einen Seite ist Strafe als Präventionsmittel in einem Staat unabdingbar.⁵⁸⁹ Auf der anderen Seite macht Strafe aber auch nur dann Sinn, wenn die Menschen *erfahren*, daß ermittelt und bestraft wird. Hierdurch kann, wie gesagt, sowohl abgeschreckt als auch das Rechtsbewußtsein der Bevölkerung stabilisiert und aktualisiert werden.⁵⁹⁰ Auch ist auf diesem Wege die allgemeine Beruhigung in der Bevölkerung wiederherzustellen.⁵⁹¹ Die Medienberichterstattung ist daher zur generalpräventiven Wirkung des Strafrechts unabdingbar.⁵⁹² Und eine solche kann sinnvollerweise nur stattfinden, wenn die Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden informiert wird. Man kommt also zu der Feststellung, daß der generalpräventive Effekt von Strafe nicht denkbar ist, ohne daß die Strafverfolgungsbehörden die Öffentlichkeit über ihre Arbeit und deren Ergebnisse informieren.

bb. Das Informationsinteresse der Öffentlichkeit

Betrachtet man das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, so läßt sich dieses mit der Frage zusammenfassen, wieso die Allgemeinheit, die Öffentlichkeit *von ihrer Seite aus*⁵⁹³ über die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden, deren Ergebnisse und Rechtmäßigkeit informiert werden sollte. Zwei Gründe sind im groben denkbar: Zum einen, weil die Allgemeinheit hinsichtlich der Arbeit des Staates, also auch der seiner Strafverfolgungsbehörden einen Kontrollauftrag hat und dieser nur bei ausreichender Information zu erfüllen ist; zum anderen, weil vielfach Vorgänge, die von den Strafverfolgungsbehörden bearbeitet werden, von allgemeinem Interesse sind, „einfach so“ Aufmerksamkeit erregen. Man wird dann von einem allgemeinen Informationsinteresse zu sprechen haben. Schließlich wird es um die Wahrnehmung dieser Interessen durch die Medien gehen.

(1) Kontrollfunktion

Eine arbeitsteilige, hochkomplexe Massengesellschaft benötigt in der Verfassung eines demokratischen Rechtsstaats, damit dieser als solcher existieren kann, ein großes Maß an Trans-

⁵⁸⁹ Dies bezweifeln viele, u.a. *Wesel*, a.a.O., der darauf aufmerksam macht, daß der Aspekt der Generalprävention in den meisten Fällen schon deshalb keine Rolle spielen könne, weil die Zwänge, unter denen Straftaten begangen würden, regelmäßig viel stärker seien als die Angst vor Strafe. Ohne hier zu sehr in die viel zu weitreichende Diskussion um die Straftheorien einsteigen zu wollen, kann aber wohl gesagt werden, daß mindestens in einer gewissen Anzahl von Fällen, wenn auch nicht immer, die Angst vor Strafe Menschen davon abhält, Dinge zu tun, die als gegen die bestehende Ordnung einzustufen wären. Nach *Kaiser*, a.a.O., Rn 34 f., hat bis dato keine deutsche Studie Anhaltspunkte für eine beachtliche abschreckende Wirkung erbracht (Rn 34), am ehesten schrecke die Allgemeinheit noch das Entdeckungsrisiko (Rn 35). *Albrecht* (Kriminologie, § 5 B I) bezeichnet die negative Generalprävention daher auch als empirisch kaum nachweisbar.

⁵⁹⁰ *Branahl*, Das Presserecht, S. 60; *Streng*, a.a.O..

⁵⁹¹ *Kühle* in AfP 1973, 356, 356.

⁵⁹² *Koch* in ZRP 1989, 401, 401.

⁵⁹³ Also nicht bloß als spiegelbildlicher Reflex der generalpräventiven und sicherungstechnischen Interessen der Strafverfolgungsbehörden.

parenz und Publizität, d.h. Informierung bzw. Informiertheit der gesellschaftlichen Subjekte.⁵⁹⁴ Rechtsstaat heißt also immer auch Offenheit, Nachvollziehbarkeit und Möglichkeit zur Kontrolle. In demokratischen, rechtsstaatlich verfaßten Ländern herrscht daher auch eine ausgedehnte Publizität, die auf der Linie eines weitgespannten Informationsbedürfnisses liegt.⁵⁹⁵ Durch sachgerechte Berichterstattung über Straftaten kann also die Tätigkeit der staatlichen Organe allgemein und im Einzelfall kontrolliert werden.⁵⁹⁶ Auch die Tätigkeit der Strafverfolgungsorgane unterliegt als hoheitliches Handeln prinzipiell in gleicher Weise der kritischen Beobachtung durch die Öffentlichkeit und damit durch die Medien, wie dies in anderen Bereichen ebenso der Fall ist.⁵⁹⁷

Die Strafrechtspflege ist nicht allein Angelegenheit von Richtern und Staatsanwälten, sondern verlangt „intersubjektive Kritik und Kontrolle“. ⁵⁹⁸ Zu den Aufgaben der Justiz gehört es daher auch, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit ins Bild zu setzen⁵⁹⁹, sie muß sich einer kritischen, bisweilen unsachlichen, jedenfalls aber zu argumentativer Begründung zwingenden Medienöffentlichkeit stellen.⁶⁰⁰ Durch die Medienberichterstattung wird es der Öffentlichkeit möglich, eine Wächter- und Kontrollfunktion hinsichtlich der Dritten Gewalt auszuüben, was im Rechtsstaat unerlässlich und aus diesem Grund eine wichtige Errungenschaft desselben ist.⁶⁰¹ Allein die letzte Feststellung sollte deutlich machen, welch exponierte Funktion dem Informiertsein der Gesellschaftsträger in einem Rechtsstaat zukommt. Macht ohne Kontrollmöglichkeit ist im Rechtsstaat nicht denkbar. Die Informierung der Medien durch die Strafverfolgungsbehörden ermöglicht also einen Vorgang, der ganz und gar unerlässlich für den Rechtsstaat ist. Schon aus diesem Grund ist das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, das in Richtung der Kontrolle der Strafverfolgungsbehörden zielt, ein sehr beachtliches.

(2) Das allgemeine Informationsinteresse

Was bereits durch die eingangs genannten Beispiele deutlich geworden sein sollte, ist, daß sich das Interesse der Öffentlichkeit keinesfalls auf das Maß beschränkt, das zum Funktionieren des Rechtsstaates hinreichend ist. Vielmehr ist die Öffentlichkeit vielfach auch an Vorgängen interessiert, die keinerlei Relevanz für die Beurteilung der Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden haben oder bei denen das Interesse an diesen Fragen deutlich im Hintergrund

⁵⁹⁴ Von Becker, Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien, S. 89.

⁵⁹⁵ Koebel in JZ 1966, 389, 389.

⁵⁹⁶ Branahl, Das Presserecht, S. 60.

⁵⁹⁷ Soehring, Presserecht, Rn 4.53.

⁵⁹⁸ Scherer in JuS 1979, 470, 473.

⁵⁹⁹ Ostendorf in GA 1980, 445, 452.

⁶⁰⁰ Scherer a.a.O..

steht. Wenn etwa der langgesuchte Kindermörder gefunden scheint, hat das Interesse an diesem in der Hauptsache ganz andere Gründe.

Zunächst ist ein Vorgang zu nennen, der in der modernen Gesellschaft in vielfacher Hinsicht (daily soaps, Spielfilme, Talkshows) zu beobachten ist und für den die griechische Tragödie das Wort „Katharsis“ hatte: Man durchlebt anhand einer wie auch immer exponierten Persönlichkeit ein Schicksal, macht symbolisch deren Fall mit, erlebt „Jammer und Schaudern“, wie es die klassische aristotelische Tragödie interpretierte.⁶⁰² Nach dem humanistischen Katharsis-Begriff, der maßgeblich von *Lessing* geprägt wurde, ist der entscheidende Affekt der Katharsis der des Mitleids mit dem Schicksal des tragischen Protagonisten. Dem folgt die Furcht vor eben diesem Schicksal. In diesem Sinne ethisch gedeutet meint Katharsis die Verwandlung dieser Affekte in „tugendhafte Fertigkeiten“⁶⁰³, also letztlich auch in eine Haltung, in der sich der Einzelne in seiner eigenen Existenz, auch seinen Werten und Vorstellungen bestätigt fühlt. Man erkennt anhand des beispielhaft vorgeführten Geschehens die Gefahren, die durch das Schicksal drohen, leidet mit und verspürt diesbzgl. Furcht. Die Gefahren lassen sich nicht immer abwenden, man kann aber das Seine zu tun versuchen, um das rächende Schicksal möglichst von einem abzuhalten. Dies geschieht, indem man sich keiner Verfehlungen, keiner „Hybris“ schuldig macht, sich nicht gegen die höhere Ordnung auflehnt, also auch keine „Nemesis“ notwendig ist, um das Dasein wieder in geordnete Bahnen zu lenken.

Kann der Einzelne das nachvollziehen, wird auch er in seinen Werten und Vorstellungen bestätigt, die eigene Existenz scheint sinnvoll. Dieser Aspekt ist in vielerlei Hinsicht vergleichbar mit dem bereits angeführten der Generalprävention, denn natürlich ist auch der Gesellschaft daran gelegen, daß die gesamtgesellschaftlich für sinnvoll erachteten Werte im Einzelfall bestätigt werden. Darüber hinaus geht es aber auch darum, sich von demjenigen abzugrenzen, dessen Schicksal exemplarisch durchlebt wurde, etwa in dem Sinne, daß man sagt: „Verglichen mit dem habe ich es doch gut – gut, daß mir das nicht widerfährt!“.

Gerade wenn man Delinquenz auch als ein gesellschaftlich begründetes Phänomen begreift, spiegelt sich in der Individualität des jeweiligen Falles zugleich Allgemein-Strukturelles⁶⁰⁴, ist also das exemplarisch vorgeführte Ereignis nur Ausdruck des jederzeit jedem drohenden Schicksals. Kann Berichterstattung also ein Miterleben, ein Mitfühlen leisten, wird im Idealfall auch das allgemein Problematische des betreffenden Falls dargestellt und deutlich. Für

⁶⁰¹ Koch in ZRP 1989, 401, 401; auch *Stürmer* in JZ 1978, 161, 166, mit dem Hinweis, Kontrolle bedeute aber nicht Mitentscheidung.

⁶⁰² Brockhaus, 11. Bd., Stichwort „Katharsis“.

⁶⁰³ *Lessing*, Hamburgische Dramaturgie, Bd. II, 73. – 77. Stück.

⁶⁰⁴ *Von Becker*, a.a.O., S. 199 f..

den Einzelnen könnten sich daraus Anregungen ergeben, wie er sein Leben meistern und ein vergleichbares Schicksal vermeiden kann.

Zuzugeben ist allerdings, daß meistens die Berichterstattung von diesem Idealbild meilenweit entfernt ist. In der Regel aller Fälle ist die Berichterstattung darauf angelegt, *gerade nicht* auf das Allgemein- Strukturelle des Ereignisses einzugehen, sondern das Besondere zu betonen, den Rezipienten also zu der Haltung zu geleiten, daß ihm etwas Ähnliches nicht passieren könnte, weil er ja ganz anders ist. Vielfach wird durch die Berichterstattung über Kriminalfälle nur Sensationslust geschürt, das Verbrechen als Ausnahmeerscheinung individuell festgemacht. Gesellschaftliche Ursachen und Mitverantwortung geraten außer Betracht, einer „pharisäerhaften Einstellung“ wird Vorschub geleistet.⁶⁰⁵ Berichterstattung ist oft genug auf offen oder unterschwellig stigmatisierende Ausbeutung von Opfern und Tätern gerichtet, ein „Appell an (selbst evozierte) Rezipientenerwartungen zu den Themata sex and crime, Unglück, Horror, Grausamkeit und Menschenjagd.“⁶⁰⁶ Eine solche Berichterstattung wird dann in vielen Fällen selbst eine Art „Hybris“ im Sinne einer Überheblichkeit gegenüber dem Schicksal darstellen.

Dennoch kann festgestellt werden, daß ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit *grundsätzlich* auch aus Gründen einer gewissen „Katharsis“ besteht.

Hinzu kommt, daß strafbares Verhalten immer auch eine „starke kommunikative Komponente“ hat, die sich in der Berichterstattung verwirklicht.⁶⁰⁷ Jeder Normverstoß ruft ein gewisses Maß an Aufmerksamkeit hervor, weil es sich um ein der Norm, also dem „Normalen“, widersprechendes Verhalten handelt, das bereits wegen dieser Tatsache aus der Masse alltäglicher Vorgänge hervorragt. Plastisch gesagt, verursacht ein Banküberfall mehr Interesse als eine in derselben Bank getätigte Überweisung. Strafrechtlich relevante Gegebenheiten spielen sich schon deshalb nicht in der Dunkelkammer ab.⁶⁰⁸

Auf eine gesellschaftliche Ebene gebracht ist Informationsinteresse auch immer in der Teilnahme der einzelnen Subjekte an der Gesellschaft begründet: Ohne durch Informierung geschehende Information wären die einzelnen Subjekte einer Gesellschaft von der aktiven Teilnahme an dieser Gesellschaft ausgeschlossen. Nur auf der Grundlage von möglichst umfassender Informiertheit ist eine geistige Auseinandersetzung mit den Problemen möglich, denen sich eine Gesellschaft gegenübergestellt sieht. Nur so ist auch ein Kampf der Meinungen, der das „Lebenselement“⁶⁰⁹ der demokratischen Staatsform ist, denkbar. Eine wirkliche Demo-

⁶⁰⁵ Ostendorf in GA 1980, 445, 461.

⁶⁰⁶ Von Becker, a.a.O., S. 199 f..

⁶⁰⁷ Stapper, Namensnennung, S. 27, 28.

⁶⁰⁸ Lücke in AnwBl 1984, 295.

⁶⁰⁹ Stapper, Namensnennung, S. 37.

kratie wird dann sinnlos, wenn sie auf der Willensbildung uninformierter, dem Staat und der Gesellschaft gegenüber gleichgültig eingestellter Subjekte beruht. Das heißt nicht, daß jeder Einzelne jede Möglichkeit zur Informierung auch wahrnehme, aber die grundsätzliche Möglichkeit muß als erhebliches Interesse gelten.

Vielfach wird das Interesse von Teilen der Öffentlichkeit jedoch auch darauf gerichtet sein, sich anhand von Berichten Vorurteile bestätigen zu lassen (etwa bei Straftaten durch ausländische Straftäter), gesellschaftliche Ausgrenzungen vorzunehmen oder auch nur Schadenfreude zu empfinden. In letzter Konsequenz geht es auch um Unterhaltung der Öffentlichkeit, ihr nicht nur das verfassungsrechtlich verbrieftete Recht auf „Brot“ zuzugestehen, sondern auch möglichst realitätsnah ein solches auf „Spiele“. Es wird zu untersuchen sein, inwieweit das auf Kosten anderer geschehen kann und darf.

(3) Die Funktion der Medien in diesem Zusammenhang unter Berücksichtigung von Art. 5 I 2 GG

Wie bereits eingangs des Kapitels erwähnt, ist es evident, daß die verschiedenen Informationsinteressen der Öffentlichkeit, so wichtig sie auch sein mögen, nicht von jedem einzelnen wahrgenommen werden können. Das ist aus Effizienzgründen nicht vorstellbar. Es muß daher auf einen Mittler zurückgegriffen werden, der die vom Staat, hier von den Strafverfolgungsbehörden, weitergegebenen Informationen aufnimmt und so verarbeitet, daß sie die Öffentlichkeit in ihrer Breite erreichen können. Diese Mittlerfunktion nehmen die Medien wahr. Verfassungsrechtlich geschützt werden die Medien in ihrer Mittlerfunktion durch Art. 5 I 2 GG, die Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit.⁶¹⁰ Über Art. 5 I 2 GG ist auch die institutionelle Eigenständigkeit der Medien geschützt. Durch die objektiv-rechtliche Seite werden die Institute der „freien Presse“, des „freien Rundfunks“ und der „freien Filmberichterstattung“ garantiert. Der Staat ist aufgrund dessen dazu verpflichtet, in seiner Rechtsordnung an allen Berührungspunkten von Normen mit den Medien dieser objektiven Bedeutung der Medienfreiheit Rechnung zu tragen.⁶¹¹ Die Medienfreiheit wird als wesentliche Voraussetzung angesehen für die politische Willensbildung „des Volkes“⁶¹², als Wesenselement des freiheitlichen

⁶¹⁰ Es soll im weiteren, da es hinsichtlich des Grundrechts keine in diesem Zusammenhang bedeutsamen Unterschiede gibt, von „Medienfreiheit“ gesprochen werden, womit alle drei in Art. 5 I 2 GG enthaltenen Grundrechte, die auch als „Mediengrundrechte“ bezeichnet werden, gemeint sind, vgl. dazu auch *Fechner*, Medienrecht, Rn 102 f..

⁶¹¹ *Fechner*, Medienrecht, Rn 461.

⁶¹² BVerfGE 50, 234, 240.

Staates⁶¹³ und für die freiheitlich demokratische Grundordnung „schlechthin konstituierend“.⁶¹⁴

So ist denn auch die Möglichkeit einer Berichterstattung über das Strafverfahren Ausdruck der Medienfreiheit und die Erfüllung der Mittleraufgabe durch die Medien ist ein mit erheblichem verfassungsrechtlichem Gewicht versehenes Interesse von Bedeutung für die Allgemeinheit.⁶¹⁵ Neben den bisher genannten Aspekten und Interessen, die auf der Seite der Öffentlichkeit eine Rolle spielen, ist also auch die Medienfreiheit als ein ganz erhebliches Interesse miteinzubeziehen.

Angesichts der behandelten Art der Informierung, nämlich der identifizierenden, ist aber zu erörtern, ob auch die *identifizierende* Berichterstattung von der Medienfreiheit gedeckt ist oder ob sich die Medien eventuell auf eine *nicht- identifizierende* Berichterstattung beschränken müssen, wenn sie auch hiermit ihrer Aufgabe nachkommen könnten. Da die Frage der Zulässigkeit von Informierung der Medien akzessorisch zu deren eigener Freiheit ist, wäre demnach auch eine Informierung der Medien als unzulässig anzusehen.

Ob eine identifizierende Berichterstattung von der Medienfreiheit abgedeckt ist, ist umstritten: Einerseits wird dazu vertreten, die Informierung der Öffentlichkeit, und damit der eigentliche Zweck der Medienfreiheit, könne in aller Regel auch ohne Namensnennung erreicht werden.⁶¹⁶ Auch bei einer nicht- identifizierenden Berichterstattung könnte u.U. angemessen berichtet werden. Der exemplarische Charakter einer solchen Berichterstattung könnte aufrechterhalten und der generalpräventive Zweck gewahrt werden, ohne daß eine überflüssige und stark beeinträchtigende Namensnennung stattfände.⁶¹⁷

Dem wird entgegengehalten, eine identifizierende Berichterstattung sei von einer nichtidentifizierenden nicht immer gut zu unterscheiden. So seien z.B. Fälle denkbar und auch schon passiert, in denen der Name eines Verdächtigen nicht genannt und auch kein Bild gezeigt wird, aufgrund der deutlichen Hinweise und der Gesamtsituation den Betroffenen aber klar ist, wer mit dem Bericht gemeint ist, eine quasi „latent- identifizierende“ Berichterstattung stattfindet.⁶¹⁸ Das Problem ist dann, eine Grenze zu finden, von der an eine Berichterstattung als identifizierend anzusehen wäre.

Dem ist zuzustimmen. Es ist nicht ersichtlich, wie eine klare Abgrenzung erfolgen soll: Worauf sollte man etwa beim Leser abstellen? Auf den normal informierten durchschnittlichen

⁶¹³ Seifert/Hömig, Art. 5 Rn 10.

⁶¹⁴ So das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, vgl. erstmals BVerfGE 7, 198, 208 f..

⁶¹⁵ Wente in StV 1988, 216, 216.

⁶¹⁶ OLG Stuttgart NJW 1972, 2320, 2321; auch Lampe, a.a.O. S. 217.

⁶¹⁷ Gefunden bei Stapper, Namensnennung, S. 40.

⁶¹⁸ Anschauliche Beispiele hierzu lassen sich finden bei von Becker, Straftäter, S. 150 ff..

Bundesbürger, einen gut informierten Einheimischen als regelmäßigem Leser einer Regionalzeitung, eine neugierige Person, eine intelligente? Eine klare Angrenzung ist schwerlich möglich und würde zudem, mindestens im Bereich der „latent-identifizierenden“ Berichterstattung, auch darauf hinauslaufen, daß man den jeweiligen Bericht inhaltlich zu werten hätte, was als „Zensur durch die Hintertür“⁶¹⁹ einzustufen wäre. Es kann also gesagt werden, daß die Medienfreiheit auch die identifizierende Berichterstattung umfaßt und daher auch die identifizierende Informierung zulässig ist.

b. Die Interessen des Beschuldigten / Verdächtigen⁶²⁰

Nachdem die Interessen der Öffentlichkeit und der Medien erörtert wurden, soll es im weiteren darum gehen, welche Interessen auf Seiten des Beschuldigten eine Rolle spielen können. Es wird dargestellt werden, welche Interessen gegen eine Veröffentlichung sprechen könnten. Aus den einleitenden Darstellungen wurde bereits deutlich, daß es in der Hauptsache die Interessen des Beschuldigten sind, die durch die Informierung der Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden gefährdet sind, und daß eine solche Gefährdung sich im Grundsatz auf zwei Punkte beziehen kann: Einerseits kann die Beziehung des Beschuldigten zu seiner Umwelt negativ verändert, seine Existenz innerhalb einer Gesellschaft erschwert werden, die Kenntnis von den jeweiligen Vorgängen bekommen hat. Die mit diesem Themenkomplex zusammenhängenden Fragen werden als allgemeines Persönlichkeitsrecht zunächst Gegenstand der Untersuchung sein.

Andererseits kann der Beschuldigte aber auch durch die Informierung der Öffentlichkeit in seiner Eigenschaft als Beschuldigter betroffen sein, er kann mit anderen Worten in den Rechten, die sich aus dieser Eigenschaft ergeben, beeinträchtigt sein. Dies wird sodann im Rahmen der Verfahrensrechte zu besprechen sein.

aa. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht

Eine demokratische Gesellschaft lebt davon, daß die einzelnen Subjekte Teile dieser Gesellschaft sind. Herrschaft des Volkes macht keinen Sinn, wenn nicht jedem Einzelnen dieses Volkes grundsätzlich die Möglichkeit offensteht, an dieser Gesellschaft teilzunehmen. Daß diese Chance einem jeden mindestens im Grundsatz gewährt wird, stellt sich so als ein elementares Recht jedes Einzelnen in einer Gesellschaft dieser Art dar. Wenn aus irgendeinem Grund dem Einzelnen die Teilnahme am gesellschaftlichen Dasein, an der Gesellschaft selbst

⁶¹⁹ *Stapper*, Namensnennung, S. 41.

unmöglich gemacht wird, so wird für ihn persönlich auch Demokratie letztlich unmöglich. Nun hat eine Gesellschaft sehr viel subtilere Formen, dem Einzelnen diese Möglichkeiten zu nehmen, als beispielsweise ihn einzusperren, Wahlen nicht zuzulassen oder die Meinungsfreiheit zu unterdrücken. Die Teilnahme am gesellschaftlichen Dasein kann z.B. auch dann unmöglich werden, wenn aus irgendwelchen Gründen der Einzelne ausgegrenzt wird, sei es aufgrund seiner politischen Anschauung, seiner Hautfarbe oder eben auch seiner Vorgeschichte. Gerade wenn man feststellt, daß ein wichtiges Informationsinteresse der Öffentlichkeit darin begründet ist, daß sie über Abweichungen von der Norm informiert werden will, so geschieht das in aller Regel (wenigstens bei Straftaten) nicht, um das Interessante dieser „Abnormität“ zu diskutieren oder sich daran zu erfreuen, sondern zum Zwecke der Abgrenzung des „Normalen“ gegen das „Nicht- Normale“. Was andererseits auch zur Folge hat, daß das „Nicht-Normale“ seinen Platz in der (durch sich selbst als normal empfundenen) Gesellschaft schwerlich behalten oder erlangen können wird. Wenn man über Kriminalberichterstattung spricht, so ist das ein ganz wichtiger Punkt: Vielfach ist zu beobachten, daß durch die Öffentlichkeit gleichsam eine Verurteilung auf anderer Ebene stattfindet, häufig unabhängig davon, ob im Strafverfahren später auch ein Schuldspruch erfolgt oder nicht, oder, wie auch gesagt wird⁶²¹, daß jemand „am Ende gesellschaftlich und wirtschaftlich erledigt ist, obwohl ihn das Gericht nachher wegen erwiesener Unschuld freigesprochen hat.“⁶²² Die Kriminalberichterstattung kann für den Betroffenen in seinem sozialen Umfeld eine Prangerwirkung haben, die die staatliche Strafsanktion in ihrer Härte deutlich übertrifft⁶²³ und bis zur Stigmatisierung reicht.⁶²⁴ Sie qualifiziert die Person des Tatverdächtigen in den Augen der Adressaten der Berichterstattung von vorneherein negativ.⁶²⁵ Strafverfahren und insbesondere auch die öffentliche Berichterstattung darüber tragen in sich immer die Gefahr, daß der Einzelne „ent-normalisiert“, dissoziiert wird.

Nicht oder mangelhaft sozialisiert zu sein, heißt aber – wie bereits gesagt – politisch und gesellschaftlich unmündig, seiner elementaren Menschen- und Bürgerrechte beraubt leben zu müssen.⁶²⁶ Dieser Effekt wird zusätzlich dadurch verstärkt, daß die Gesellschaft von heute eine immens vernetzte ist, in der im Zweifel jeder alles wissen kann, was irgendwann einmal

⁶²⁰ Angesichts der uneinheitlichen Verwendung in Literatur und Rechtsprechung wird im folgenden auf die Verwendung des Wortes „Verdächtiger“ verzichtet, mit „Beschuldigter“ soll also immer der im Rahmen des Ermittlungsverfahrens einer Tat Verdächtige gemeint sein.

⁶²¹ Koch in ZRP 1989, 401, 402.

⁶²² Oder wegen nicht erwiesener Schuld, Anm. des Verfassers.

⁶²³ Branahl, Das Presserecht, S. 62; Wasmuth in NJW 1988, 1705, 1707; Kühl in FS Müller-Dietz, 401, 403 weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß in der Boulevardpresse die Kriminal- und Gerichtsberichterstattung in fast jeder zweiten Ausgabe den Aufmacher stellen.

⁶²⁴ Kerscher in DRiZ 1983, 439, 442.

⁶²⁵ Kühl, a.a.O., S. 411.

öffentlich geäußert wurde. Nicht selten wird in der Medienlandschaft von heute der einzelne Mensch als „Medienopfer“ übergangen und ins Licht der Öffentlichkeit gezerrt, wo die Darstellung eines Fehlers oder auch nur seines Privatlebens sein Leben mindestens stören, wenn nicht zerstören kann.⁶²⁷

Der Einzelne bedarf in einer solchen Gesellschaft also eines gewissen Raumes, den er nur für sich behält, einer Schutzsphäre, in der er sein Privatleben, auch seine privaten Fehler, gestalten und leben kann, in der dem einzelnen Subjekt ein „Eigenleben“ zugestanden wird, ein „Right to be let alone“, wie dies in einem amerikanischen Aufsatz von 1890 bereits beschrieben worden ist.⁶²⁸ Es muß dem Menschen ein Bereich privater Lebensgestaltung zugestanden werden, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann,⁶²⁹ wozu auch das Recht gehört, in diesem Bereich „für sich zu sein“, „sich selbst zu gehören“⁶³⁰, ein Eindringen oder einen Einblick durch andere auszuschließen. Von diesem Recht umfaßt ist auch das Verfügungsrecht über Darstellungen der eigenen Person.⁶³¹

Marcuse beschreibt das folgendermaßen: „Es gibt keine freie Gesellschaft ohne Stille, ohne einen inneren und äußeren Bereich der Einsamkeit, in dem sich die individuelle Freiheit entfalten kann.“⁶³² Die individuelle Freiheit in einer Gesellschaft wie der der Bundesrepublik, die möglichst immer die Freiheit aller sein sollte, wird manchmal eben auch in der Freiheit *von* Öffentlichkeit und im Schutz gegenüber Veröffentlichungen und ihren Wirkungen liegen.⁶³³

Das Mittel, mit dem sich der Einzelne der Vereinnahmung durch die Öffentlichkeit widersetzen kann, ist das sog. allgemeine Persönlichkeitsrecht.⁶³⁴ Es handelt sich hierbei um ein von der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickeltes Konstrukt, das abgeleitet wird aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist wie ein eigenständiges Grundrecht zu behandeln. Seine Aufgabe ist es, die engere persönliche Lebenssphäre, die durch konkretere Freiheitsgarantien nicht ausreichend geschützt ist, zu gewährleisten.⁶³⁵

Gegenstand des Schutzes vor staatlichen und privaten Eingriffen ist der unmittelbare Freiheitsbereich des Individuums.⁶³⁶ Nach dem Bundesverfassungsgericht soll der Einzelne grundsätzlich selbst entscheiden können, wie er sich Dritten gegenüber oder in der Öffent-

⁶²⁶ *Von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, 93.

⁶²⁷ *Fechner*, Medienrecht, Rn 130.

⁶²⁸ *Von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, 90.

⁶²⁹ BVerfG NJW 1973, 1226, 1227 (Lebach- Fall).

⁶³⁰ *Arndt* in NJW 1967, 1845, 1846.

⁶³¹ BVerfG NJW 1973, 1226, 1227 (Lebach- Fall).

⁶³² In einem Interview mit „L Express“; gefunden bei *von Becker*, a.a.O., S. 91, Fn 32.

⁶³³ *Von Becker*, a.a.O., S. 91.

⁶³⁴ *Fechner*, Medienrecht, Rn 131.

⁶³⁵ *Fechner*, Medienrecht, Rn 134 f.; BVerfGE 54, 148, 153.

lichkeit darstellt.⁶³⁷ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht statuiert als Persönlichkeitsgrundrecht einen prinzipiellen Abwehranspruch gegenüber der Gefährdung von Sozialisierungschancen.⁶³⁸ Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind das Namensrecht und das Recht am eigenen Bild.⁶³⁹

Die Bedeutung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für das Strafverfahren ist erheblich:

Es gewährt dem Straftäter grundsätzlich Schutz vor der öffentlichen Erörterung einer Straftat und seiner Persönlichkeit, insbesondere in den Massenkommunikationsmitteln.⁶⁴⁰

Betrachtet man nun das *Ermittlungsverfahren*, so ist die Situation hier noch ein bißchen prekärer für den Beschuldigten, sein allgemeines Persönlichkeitsrecht von umso größerer Wichtigkeit. Der BGH sagt zur Bedeutung der Weitergabe von Information im Ermittlungsverfahren unter Berücksichtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Einzelnen, hier sei „...ganz besondere Vorsicht“ am Platze“, weil ein Ermittlungsverfahren bereits bei Verdacht eröffnet werde, andererseits aber juristisch nicht vorgebildete Laien allzu leicht geneigt seien, die Eröffnung des Ermittlungsverfahrens beinahe mit dem Nachweis der zur Last gelegten Tat zu identifizieren⁶⁴¹, der Beschuldigte also durch identifizierende Berichterstattung in der Öffentlichkeit bloßgestellt und negativ bewertet werde.⁶⁴²

Das Charakteristische und in bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch sehr Problematische an der Situation des Beschuldigten *im Ermittlungsverfahren* ist, daß es sich ja gerade nur um eine Untersuchung handelt, die zu dem Zweck erfolgt, festzustellen, ob der Verdachtsgrad hinsichtlich des Beschuldigten und der in Rede stehenden Tat ausreicht, um ein Hauptverfahren zu eröffnen.

Allein die Eigenschaft, verdächtig zu sein, ist der Persönlichkeitssphäre des Einzelnen zuzurechnen und daher vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gedeckt.⁶⁴³ Führt man sich darüber hinaus aber vor Augen, daß in der Öffentlichkeit die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens oftmals als Verurteilung des Betroffenen empfunden wird, so hat das zur Folge, daß eben nicht nur die Frage betroffen ist, welche Informationen über den Einzelnen bekanntgegeben werden dürfen und welche nicht, wo er also „allein“ sein darf und wo nicht, sondern zusätz-

⁶³⁶ *Fechner*, Medienrecht, Rn 139.

⁶³⁷ BVerfGE 54, 148, 155.

⁶³⁸ *Von Becker*, a.a.O., S. 98.

⁶³⁹ *Lampe* in NJW 1971, 217, 217.

⁶⁴⁰ *Lampe* in NJW 1971, 217, 217.

⁶⁴¹ BGH NJW 1994, 1950, 1952; *Marxen* in GA 1980, 365, 366; *Kühl*, a.a.O., S. 412, spricht von der plausiblen Unterstellung, daß der Unterschied Angeklagter/ Straftäter nicht ins Bewußtsein der Bevölkerung vordringen sei.

⁶⁴² *Staudinger-Hager* zu § 823 BGB Rn C 202.

⁶⁴³ *Kühl*, a.a.O., S. 409.

lich auch noch, wie in diesem Zusammenhang die Tatsache zu bewerten ist, daß der Beschuldigte in dieser Phase des Verfahrens als unschuldig zu gelten hat.

Was das anbetrifft, so ist zunächst zu sagen, daß es sich niemand gefallen lassen muß, als Täter einer Straftat hingestellt zu werden, die er gar nicht begangen hat.⁶⁴⁴ Da im Ermittlungsverfahren aber – wie gesagt – nicht klar ist, ob der Beschuldigte die Tat begangen hat oder nicht und zu seinen Gunsten eigentlich davon ausgegangen werden muß, daß er *nicht* der Täter ist⁶⁴⁵, wird als Gedanke mindestens anzusprechen sein, ob sich dann nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten ergibt, daß er in dieser Phase völlig in Ruhe gelassen werden muß, jede potentiell dissozialisierende Information also jedenfalls dann nicht weitergegeben werden darf, wenn sie zu Ungunsten des Beschuldigten wirkte.

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten bei der Frage nach Informierung der Öffentlichkeit im Ermittlungsverfahren in mehreren Hinsichten erhebliche Bedeutung zukommt.

bb. Die Verfahrensrechte

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Beeinträchtigungsmöglichkeiten, denen es durch die Informierung der Öffentlichkeit ausgesetzt ist, betreffen eine Seite des „Beschuldigtendaseins“, die seiner gesellschaftlichen Existenz, seines Daseins als gesellschaftliches Subjekt. Eine andere Seite der Beschuldigtenrolle ist jedoch sein prozessuales Dasein als Beschuldigter und die damit zusammenhängenden Rechte. Auch hier ist der Beschuldigte durch die Informierung der Öffentlichkeit mannigfachen Gefährdungen ausgesetzt, sei es, daß – wie bereits angedeutet wurde – durch die Informierung der Öffentlichkeit *mittelbar* die Unschuldsvermutung beeinträchtigt werden kann, sei es, daß durch die Darstellung in den Medien die Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft und des Gerichts in Mitleidenschaft gezogen werden kann oder auch, daß die Staatsanwaltschaft sich durch den Vorgang der Informierung an eine bestimmte Version des Geschehens, nämlich die bekanntgegebene, gebunden fühlt, mag das auch nur unterschwellig der Fall sein. Hier wäre die Unschuldsvermutung dann sogar unmittelbar gefährdet.

Es besteht durch die Berichterstattung die Gefahr, daß Richter die Stellungnahmen in den Medien unbewußt übernehmen.⁶⁴⁶ Gerade wenn es um Verfahren geht, die sehr viel öffentli-

⁶⁴⁴ *Branahl*, Das Presserecht, S. 61.

⁶⁴⁵ So auch OLG Hamm, Beschluß in NJW 2000, 1278, 1279; *Marxen* in GA 1980, 365, 366; *Lücke* in AnwBl 1984, 295 und *Koch* in ZRP 1989, 401, 401 mit der Aussage, bei der Frage nach der Preisgabe von Informationen über Beschuldigte gehe es letztlich nicht nur um deren Persönlichkeitsrechte, sondern auch um die Wahrung des Rechtsstaatsprinzips und der Unschuldsvermutung, wie sie aus Art. 6 II EMRK folge.

⁶⁴⁶ *Lampe* in NJW 1971, 217, 220; *Lücke* in AnwBl 1984, 295.

che Aufmerksamkeit erzeugen, ist die Gefahr extrem groß, daß nach der x-ten Erörterung des Tathergangs in allen Medien die Meinung der Entscheidungsträger mehr von den Schilderungen in den Medien geprägt wird als von den eigentlich relevanten Vorgängen innerhalb des Verfahrens.

Ebenso kann eine Preisgabe von Information der Objektivität der Staatsanwaltschaft und dem Grundsatz der Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren schaden, zumal wenn die Staatsanwaltschaft die Informierung gezielt als Verfahrenstaktik einsetzt.⁶⁴⁷ Wenn also etwa die Staatsanwaltschaft in einem Verfahren bekanntgibt, ein bestimmter Verdachtgrad sei gegeben, so wird es u.U. schwer sein, objektiv zu bleiben, wenn sich Fakten ändern oder auch nur eine andere Betrachtung der Vorgänge geboten wäre. Durch eine Informierung der Öffentlichkeit setzt sich die Staatsanwaltschaft in erheblichem Maße selbst unter Druck, sollte doch das Ergebnis des Verfahrens tunlichst mit dem der Informierung übereinstimmen, um eine Blamage zu verhindern. Es darf auf dieser Grundlage wohl bezweifelt werden, daß eine so prädisponierte Staatsanwaltschaft noch in der Lage ist, ihrer Funktion im Ermittlungsverfahren⁶⁴⁸ in ausreichender Weise nachzukommen.

Betrachtet man sodann die Unschuldsvermutung als Verfahrensgrundsatz, stellt man fest, daß diese auch Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ist und als oberstes Verfahrensregulativ der Vorsorge dient, „daß die in die Menschenwürde des Betroffenen eingreifenden, sozialetisch deklassierenden Wirkungen der Strafe nicht bereits die prozessuale Stellung des nur Beschuldigten beeinträchtigen.“⁶⁴⁹ Es soll also ein Vorgehen des Sanktionscharakters auf die prozessuale Position des Beschuldigten vermieden werden. Gerade das kann aber bei einer umfassenden Informierung der Öffentlichkeit nicht mehr immer gewährleistet sein, wenn Staatsanwaltschaft, Gericht und Öffentlichkeit einseitig vorgeprägt sind. Die Unschuldsvermutung wird also durch eine Informierung möglicherweise auch unmittelbar in Mitleidenschaft gezogen.

3. Die rechtliche Ausgangslage

Im weiteren soll eine gesetzliche Bestandsaufnahme erfolgen. Es soll versucht werden, die im Hinblick auf die Frage der Informierung der Öffentlichkeit durch Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren bestehenden Normen darzustellen und sie in ein System einzuordnen. Die Suche nach einer Lösung für die Problematik wird Gegenstand der Erörterungen im darauffolgenden Teil sein.

⁶⁴⁷ *Lücke* in *AnwBl* 1984, 295.

⁶⁴⁸ Dazu s.o., Teil I B. IV..

⁶⁴⁹ *Bettermann/Nipperdey/Scheuner-Sax, Die Grundrechte III/2, S. 971, 987.*

a. Art. 5 I 2 GG

Ausgangspunkt der Erörterungen soll die in Art. 5 I 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Presse-, Rundfunk- und Filmfreiheit, mithin die Medienfreiheit sein. Sie ist der einzige auf dieser Ebene direkt normierte Anhaltspunkt.⁶⁵⁰ Auf die Bedeutung dieses Grundrechts sowie der ebenfalls in Art. 5 I 2 GG enthaltenen Institutsgarantien für den Rechtsstaat wurde bereits hingewiesen. Für das Thema der Arbeit ist die Medienfreiheit an dieser Stelle insofern von Bedeutung, als sie die freie Verbreitung von Nachrichten und Meinungen verbürgt⁶⁵¹ und den gesamten Bereich publizistischer Vorbereitungshandlungen schützt, also auch das Beschaffen von Informationen.⁶⁵² Das hat zur Folge, daß hiervon jedenfalls der Vorgang des Verbreitens der Informationen in der Öffentlichkeit gedeckt ist.

Ob daraus aber bereits ein Anspruch auf Auskunftserteilung gegenüber den Behörden folgt, ist umstritten.

Aus der Einrichtung der Institutsgarantien in Art. 5 I 2 GG wird einerseits gefolgert, daß der Informationsanspruch verfassungsunmittelbarer Natur sei, weil die Medien nur auf diesem Wege ihre öffentliche Aufgabe erfüllen könnten.⁶⁵³

Dem wird von der h.M. entgegengehalten, das Grundgesetz habe es den Gesetzgebern von Bund und Ländern überlassen (was sich schon aus Art. 70 GG bzw. der Tatsache ergebe, daß die Regelung des Medienrechts nicht Gegenstand der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzw. der konkurrierenden Gesetzgebung ist⁶⁵⁴), in Abwägung der betroffenen privaten und öffentlichen Interessen mit dem publizistischen Informationsinteresse zu regeln, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Informationsanspruch gegen öffentliche Stellen besteht. Die Mediengrundrechte seien klassische Abwehrrechte und gäben lediglich einen Anspruch darauf, Eingriffe zu unterlassen, die die Arbeit der Medien be- oder sogar verhindern könnten. Bei dem Informationsanspruch handele es sich daher nur um einen „mittelbare[n] Ausfluß“ der Medienfreiheit.⁶⁵⁵

Der h.M. ist zu folgen. Die Mediengrundrechte in ihrer verfassungsrechtlichen Form sind zu undifferenziert, um einen solchen Anspruch eo ipso begründen zu können. Verliehe man dem Auskunftsanspruch derartiges verfassungsimmanentes Gewicht, bestünde zudem die Gefahr,

⁶⁵⁰ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird zwar aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) in Verbindung mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) abgeleitet. Es handelt sich hierbei aber um ein von der zivilrechtlichen Rechtsprechung entwickeltes Konstrukt, das zwar wie ein eigenständiges Grundrecht zu behandeln ist, aber dennoch direkt nicht im GG verankert ist.

⁶⁵¹ BVerfGE 50, 234, 240.

⁶⁵² Bundesverfassungsgericht a.a.O..

⁶⁵³ So etwa: *Groß* in DÖV 1997, 134 ff.; *Gerhardt* in AfP 1974, 689, 691.

⁶⁵⁴ Vgl. dazu *Schiwy/Schütz*, Medienrecht, S. 28.

daß den möglicherweise entgegenstehenden Rechten nur unzureichend Rechnung getragen werden könnte. Darüber hinaus gewähren die Mediengrundrechte an sich ihren Trägern noch keinen status activus. Einen solchen anzunehmen, wäre auch bedenklich, weil für diesen Fall der Staat im Zweifel nicht nur für eine ausreichende Möglichkeit zur Information über behördliche Vorgänge zu sorgen hätte, sondern sogar dafür, daß der einzelne Grundrechtsträger *tatsächlich* mit diesen Informationen versorgt wird. Das kann aber nicht Sinn und Zweck der Medienfreiheit sein.

Aus den Mediengrundrechten, selbst den in Art. 5 I 2 GG enthaltenen Institutsgarantien folgt daher noch kein Auskunftsanspruch gegenüber dem Staat.

Die Medienfreiheit ist aber begrenzt durch eine in Art. 5 II GG enthaltene Schranke: Hieraus ergibt sich, daß sie ihre Schranken in den allgemeinen Gesetzen findet. Der Staat darf in die Medienfreiheit also eingreifen, aber nur durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Ein allgemeines Gesetz ist ein Gesetz, das sich nicht speziell gegen die Medien richtet, sondern primär dem Schutz eines anderen Rechtsgutes dient.⁶⁵⁶ Die „allgemeinen Gesetze“ setzen zwar dem Wortlaut des Art. 5 II GG nach der Medienfreiheit Schranken, sind ihrerseits aber auch im Lichte der Medienfreiheit auszulegen und in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung wiederum einzuschränken. Diese sog. „Wechselwirkung“ meint nicht nur die verfassungskonforme Auslegung, sondern auch die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.⁶⁵⁷

Sie führt dazu, daß man sich bei der Auslegung der allgemeinen Gesetze stets am Grundwert der Medienfreiheit zu orientieren hat, dieser den angemessenen Raum zu sichern hat und jede Einengung zu vermeiden ist, die nicht wegen der Rücksicht auf mindestens gleichwertige Rechtsgüter unbedingt geboten ist. Hier tritt die institutionelle Seite der Medienfreiheit deutlich zutage.⁶⁵⁸

b. Die Regelungen der Landespressegesetze

Wie bereits ausgeführt gewährt Art. 5 I 2 GG den Vertretern der Medien keinen Auskunftsanspruch gegen staatliche Stellen. Ein solcher wird ihnen allerdings über die Pressegesetze der Länder eingeräumt. Diese sind unterschiedlich ausgestaltet, der Auskunftsanspruch wird mit Ausnahme des hessischen⁶⁵⁹ und brandenburgischen⁶⁶⁰ Landespressegesetzes in § 4 des je-

⁶⁵⁵ So auch *Fechner*, Medienrecht, Rn 474.

⁶⁵⁶ *Fechner*, Medienrecht, Rn 463 ff..

⁶⁵⁷ *Fechner*, Medienrecht, Rn 469.

⁶⁵⁸ BVerfGE 20, 162, 186 ff..

⁶⁵⁹ In § 3 HessLPresseG.

⁶⁶⁰ In § 5 LPresseG.

weiligen Landespressegesetzes geregelt. Die Art und Weise, in der dies geschieht, ist unterschiedlich, wie eine beispielhafte Darstellung zeigt:

§ 4 I bayerisches Pressegesetz (BayPrG) gibt der Presse einen grundsätzlichen Auskunftsanspruch. Nach § 4 II BayPrG darf die Auskunft nur dann verweigert werden, wenn aufgrund gesetzlicher Vorschriften eine Verschwiegenheitspflicht besteht.

Nach § 4 I nordrhein- westfälisches Pressegesetz (NRWPresseG) hat die Presse gegenüber Behörden einen Anspruch auf Auskunftserteilung im Rahmen ihrer öffentlichen Aufgabe. Ein solcher Anspruch besteht nach § 4 II NRWPresseG dann nicht, wenn die sachgemäße Durchführung von Verfahren gefährdet wäre (Nr. 1) oder ein überwiegendes öffentliches oder ein schutzwürdiges privates Interesse verletzt würden (Nr. 2).

Entsprechende Regelungen finden sich im saarländischen Landespressegesetz (SPresseG), im niedersächsischen Landespressegesetz (Nds.PresseG), im baden- württembergischen Landespressegesetz (LPresseG Baden- Württemberg) und im Hamburgischen Landespressegesetz (HmbPresseG), wobei dieses neben der Presse auch den Rundfunk als Auskunftsberechtigten bereits in § 4 I HmbPresseG erwähnt.

§ 3 I 1 hessisches Pressegesetz (HessPresseG) räumt der Presse einen Anspruch auf Erteilung der gewünschten Auskünfte ein. § 3 I 2 HessPresseG schränkt in Nr. 1 diesen Anspruch dann ein, wenn die sachgemäße Durchführung eines Verfahrens gefährdet wäre, und in Nr. 2, wenn Auskünfte über persönliche Angelegenheiten einzelner verlangt werden, an deren öffentlicher Bekanntgabe kein berechtigtes Interesse besteht.

Wie bereits gesagt, räumt das Hamburgische Landespressegesetz in § 4 I HmbPresseG auch dem Rundfunk einen Auskunftsanspruch ein. Auch andere Landespressegesetze geben den Vertretern des Rundfunks einen den Presserechten parallelen Anspruch auf Auskunftserteilung.⁶⁶¹ Wo eine solche Anwendung auf den Rundfunk nicht ausdrücklich angeordnet ist, gelten die Auskunftsansprüche der Presse analog auch für den Rundfunk.⁶⁶²

Der Informationsanspruch ist ein notwendiges Element journalistischer Tätigkeit insgesamt⁶⁶³. Zu einem guten Stück ist es dieser Anspruch, der es den Vertretern der Medien möglich macht, durch investigatives Vorgehen gegenüber den Behörden ihrem Kontroll- und Informationsauftrag nachzukommen, man könnte auch sagen, daß der Anspruch zwar nicht direkt aus den in Art. 5 I 2 GG geregelten Mediengrundrechten abzuleiten ist, seine Existenz (ohne daß damit bereits Näheres über die Ausgestaltung gesagt würde) aber letztlich notwendig ist, um den Mediengrundrechten ihre Durchschlagskraft zu geben. Hierfür ist nämlich,

⁶⁶¹ § 25 I LPresseG Baden- Württemberg, bremisches Pressegesetz, NdsLPresseG, schleswig- holsteinisches Pressegesetz; § 23 I Berliner Pressegesetz; § 24 I rheinland- pfälzisches Pressegesetz; § 26 I NRWPresseG.

⁶⁶² *Wente* in StV 1988, 216, 217.

gerade gegenüber dem Staat, ein rechtlich geschütztes Nachfragen- Dürfen von ganz immenser Wichtigkeit. Der in den Landespressegesetzen geregelte Auskunftsanspruch beschränkt sich allerdings nicht hierauf: Auch ohne ausdrückliche Fragen nach einzelnen Tatsachen sind nämlich seitens der Behörden gegenüber den Medien vollständige Auskünfte zu erteilen.⁶⁶⁴

Die Tatsache, daß der Informationsanspruch für die Medien und nicht für den Einzelnen herausgebildet worden ist, ist darauf zurückzuführen, daß diese als Mittler von Nachrichten und Meinungen besonders geeignet sind.⁶⁶⁵

Der Informationsanspruch wird den Medien durch die Landespressegesetze jedoch nicht grenzenlos zugebilligt, vielmehr ist er gleich in doppelter Hinsicht beschränkt.

Eine Beschränkung des Informationsanspruchs der Medien ergibt sich bereits aus der Natur der Sache: Die der Presse zu erteilenden Auskünfte sollen dieser bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe helfen, und nur im Rahmen dieser Aufgabe besteht ein Auskunftsanspruch. Er entfällt, wo das Auskunftsverlangen ersichtlich keinem öffentlichen Interesse dient, sondern z.B. nur reiner Sensationslust.⁶⁶⁶

Darüber hinaus können die Auskunftsansprüche der Medien auch in Konflikt geraten mit den Interessen der Allgemeinheit und des Einzelnen.⁶⁶⁷ Daher sind die Auskunftsansprüche in den Landespressegesetzen durch Auskunftsverweigerungsgründe beschränkt. Bei deren Vorliegen sind die Behörden allerdings regelmäßig nicht automatisch zur Verweigerung der jeweiligen Information verpflichtet. Der jeweiligen Behörde steht diesbzgl. vielmehr ein Ermessen zu. Dabei muß sie alle für die Entscheidung relevanten Gesichtspunkte in Betracht ziehen und Gründe und Gegengründe sachgerecht abwägen. Im Einzelfall kann jedoch auch eine Ermessensreduzierung auf Null stattfinden.⁶⁶⁸

Für die Arbeit ist an dieser Stelle bedeutend, daß – wie gezeigt – Bestandteil der meisten Auskunftsverweigerungsgründe die schutzwürdigen privaten Interessen sind. Da in diesem Teil die Frage behandelt wird, ob – bei grundsätzlicher Bereitschaft oder gar Wunsch der Strafverfolgungsbehörden – einer Informierung der Öffentlichkeit mitunter die Interessen des Beschuldigten entgegenstehen, geht es um das Entgegenstehen privater Interessen. Die entgegenstehenden privaten Interessen werden in erheblichem Umfang geschützt: Sie müssen lediglich schutzwürdig erscheinen. Inwiefern die privaten Interessen schutzwürdig sind, ist im

⁶⁶³ Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, Kap. 18, Rn 5.

⁶⁶⁴ Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 2.

⁶⁶⁵ Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 4.

⁶⁶⁶ Löffler, Presserecht II, Landespressegesetze, § 4, Rn 39.

⁶⁶⁷ Löffler/Ricker, Handbuch des Presserechts, Kap. 20, Rn 1.

⁶⁶⁸ Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 2; das NRWPresseG sieht im übrigen auch keine Ermessensentscheidung vor, dort ist bei Vorliegen der Auskunftsverweigerungsgründe die Behörde verpflichtet, die Auskunft zu verweigern, vgl dazu Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 3.

Rahmen einer umfassenden Güterabwägung festzustellen, bei der nicht von vorneherein das private Interesse höher als das Informationsinteresse zu bewerten ist.⁶⁶⁹ Die Schutzwürdigkeit wird daher u.a. davon abhängen, in welche Sphäre des Persönlichkeitsrechts (die Öffentlichkeits-, die Privat- oder die Intimsphäre) eingegriffen wird. In gleicher Weise ist einzubeziehen, ob derjenige, über den Auskunft verlangt wird, durch sein Verhalten selbst das Auskunftsverlangen herbeigeführt hat, sowie die Frage, wie schwer die voraussichtliche Beeinträchtigung für den einzelnen wiegt und welche Folgen sie hat.⁶⁷⁰

Bejaht man die Schutzwürdigkeit der privaten Interessen, findet keine Interessenabwägung mehr statt, das Privatinteresse geht vor, und die Auskunft darf nicht erteilt werden.⁶⁷¹ Besteht hingegen kein schutzwürdiges privates Interesse, so muß dem Auskunftsverlangen entsprochen werden.

Es wird also an späterer Stelle um die Frage gehen, ob das Informationsinteresse der Öffentlichkeit durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten als schutzwürdigem privaten Interesse eine Beschränkung erfährt.

c. §§ 22 ff. KunstUrhG

Mindestens die Rechtmäßigkeit der Identifizierung durch Abbildung in der Öffentlichkeit ist in den §§ 22 ff. KunstUrhG geregelt. Hiernach muß der Abgebildete in die Abbildung grundsätzlich einwilligen (§ 22, 1 KunstUrhG), dieser Einwilligung bedarf es nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG allerdings nicht, wenn es sich um ein Bild aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt. § 24 KunstUrhG macht eine weitere Ausnahme bei Veröffentlichung von Bildern im Interesse der öffentlichen Sicherheit.

Als Ausgleich zwischen den verschiedenen Interessen hat das Bundesverfassungsgericht die §§ 22 ff. KunstUrhG als grundgesetzkonform eingeordnet.⁶⁷² Das abgestufte Schutzkonzept trage sowohl dem „Schutzbedürfnis der abgebildeten Person als auch den Informationswünschen der Öffentlichkeit und den Interessen der Medien, die diese Wünsche befriedigten, ausreichend Rechnung.“⁶⁷³

Die §§ 22 ff. KunstUrhG gehören nach dem Bundesverfassungsgericht zu den allgemeinen Gesetzen i.S.d. Art. 5 II GG, die als Ausdruck des Rechts am eigenen Bild Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind. Diese dürfen allerdings die in Art. 5 GG verbrieften

⁶⁶⁹ *Löffler/Ricker*, a.a.O., Rn 10.

⁶⁷⁰ *Löffler/Ricker*, a.a.O..

⁶⁷¹ *Löffler*, Presserecht II, zu § 4 LPG Rn 53; insoweit a.A., weil eine Ermessensentscheidung auch in diesen Fällen annehmend: *Fechner*, Medienrecht, Rn 482.

⁶⁷² BVerfGE 101, 361, 387, mit Verweis auf das Labach- Fall. NJW 1973, 1226 ff.

⁶⁷³ Bundesverfassungsgericht, a.a.O..

Rechte nicht übermäßig einengen.⁶⁷⁴ Die §§ 22 ff. KunstUrhG sind aber nicht nur Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, letzteres wirkt auf das einfachrechtlich ausgeformte Recht am eigenen Bild ein; das Grundrecht beeinflußt so die Auslegung der Normen der §§ 22 ff. KunstUrhG.⁶⁷⁵

Zur Erläuterung des Gedankengangs der Arbeit an dieser Stelle bedarf es eines etwas weiteren Erklärungsweges: Die §§ 22 ff. KunstUrhG richten sich zwar primär nicht an die Strafverfolgungsbehörden, sondern an die Medien. Man kann aber sagen, daß, wenn eine identifizierende Berichterstattung in den Medien nach §§ 22 ff. KunstUrhG nicht zulässig wäre, auch bereits die Weitergabe der betreffenden Informationen an die Medien unzulässig sein muß, weil die Medien ja mit dieser Information im Sinne der ihnen zugewiesenen und auch grundrechtlich geschützten Aufgabe gar nichts anfangen *dürfen*. Eine Informierung wäre dann sinnlos und sogar unzulässig, weil sie eben nicht mehr vom Medienauftrag und dessen grundlegender Bedeutung für den Rechtsstaat gedeckt wäre.

Von genereller Wichtigkeit ist hier die Frage, ob die Vorschriften der §§ 22 ff. KunstUrhG allgemein auf die identifizierende Berichterstattung anzuwenden sind. Abgesehen von diesen Normen hat der Gesetzgeber den Bereich der justiziellen Medienöffentlichkeit weitgehend unberücksichtigt gelassen.

Eine Ansicht nimmt eine analoge Anwendbarkeit der §§ 22 ff. KunstUrhG auf die identifizierende Berichterstattung an⁶⁷⁶: Die Vorschriften des KunstUrhG betreffen ein Grundsatzproblem, nämlich die „Verfügbarkeit individualisierender Persönlichkeitskennzeichnungen für Veröffentlichungszwecke“. Dieses trete in gleicher Weise bei anderen Formen der Individualisierung auf. Entscheidend bei den §§ 22 ff. KunstUrhG sei, daß sie vor identifizierender Berichterstattung schützen sollten. Wodurch diese geschehe, sei zweitrangig.⁶⁷⁷ Auf die Beschreibung von Personen, Mitteilung von Anschriften u.ä. seien die Vorschriften daher analog anwendbar.⁶⁷⁸

Dem wird jedoch entgegengehalten, bereits das Vorliegen einer gleichen Interessenlage und daher einer vergleichbaren Situation sei zweifelhaft. Eine bildliche Darstellung könne im Einzelfall sehr viel weniger schwerwiegend für den Betroffenen sein als die öffentliche Bekanntmachung seines Namens, da die Identifizierungswirkung, die von einem Namen ausge-

⁶⁷⁴ BVerfG NJW 1973, 1226, 1229 (Lebach- Fall).

⁶⁷⁵ *Kupfer* in Jura 2001, 169, 169.

⁶⁷⁶ *Stapper*, Namensnennung, S. 115; *von Becker*, Straftäter, S. 145; *Marxen* in GA 1980, 365, 370; *Neumann-Duesberg* in JZ 1971, 305, 311; *Lampe* in NJW 1971, 217, 217.

⁶⁷⁷ *Stapper*, Namensnennung, S. 115; *von Becker*, Straftäter, S. 145.

⁶⁷⁸ *Marxen* in GA 1980, 365, 370; *Neumann-Duesberg* in JZ 1971, 305, 311; *Stapper*, Namensnennung, S. 115; *Lampe* in NJW 1971, 217, 217, der eine analoge Anwendung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht befürwortet.

he, u.U. viel größer sein könne als die eines Bildes.⁶⁷⁹ Es könne nämlich durch Namensnennung und Bildveröffentlichung eine von Fall zu Fall unterschiedliche Entanonymisierungswirkung eintreten.⁶⁸⁰

Dieser Ansicht kann jedoch zunächst entgegnet werden, daß gerade das nicht einsichtig ist: Warum etwa von der Identifizierung des Tatverdächtigen als „Otto Müller“ eine größere Identifizierungswirkung ausgeht als von der Veröffentlichung seines Bildes, ist nicht klar. Bei ausgefallenen Namen mag das im Einzelfall so sein, bei ausgefallenen Gesichtern kann es aber im Einzelfall auch genau umgekehrt sein, etwa wenn der Beschuldigte auffällige Haare trägt oder eine große Narbe im Gesicht hat.

Abgesehen davon geht diese Argumentation am Problem der Veröffentlichung vorbei: Letztlich fordert sie auch innerhalb der identifizierenden Informierung den Einsatz des am wenigsten identifizierenden Fahndungsmittels. Im Zweifel müßten Strafverfolgungsbehörden dann das weniger identifizierende Mittel zur Fahndung einsetzen (nämlich das Bild des Beschuldigten, u.U. sogar das schlechteste aller vorhandenen). Eine solche Argumentation macht aber keinen Sinn. Sie liefere im Ergebnis darauf hinaus, daß man ein bißchen weniger Identifizierung erreichte und damit aber auch ein bißchen weniger Erfolgchancen. Läßt man aber eine identifizierende Information grundsätzlich zu, sollte man den Strafverfolgungsbehörden zubilligen, auch das effektivste Mittel einsetzen zu können und nicht beispielsweise Bilder nehmen zu müssen, auf denen der Beschuldigte kaum zu erkennen ist.

In bezug auf identifizierende Berichterstattung ist eine Gesetzeslücke festzustellen. Diese war vom Gesetzgeber offenbar nicht intendiert. Angesichts der vorangehenden Ausführungen ist davon auszugehen, daß die Situation der identifizierenden Berichterstattung allgemein und die den §§ 22 ff. KunstUrhG zugrundeliegende im Hinblick auf die Problemlage vergleichbar sind. Die Vorschriften der §§ 22 ff. KunstUrhG sind daher auf die identifizierende Berichterstattung allgemein analog anwendbar.⁶⁸¹

d. § 203 StGB

Als Norm des materiellen Strafrechts kommt § 203 StGB in Betracht. Nach § 203 II Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis, offenbart, das ihm als Amtsträger anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Nach § 11 I Nr. 2 a) StGB ist als Amtsträger anzusehen, wer nach

⁶⁷⁹ Ostendorf in GA 1980, 445, 454.

⁶⁸⁰ Maass, Information und Geheimnis im Zivilrecht, S. 68 f. und S. 75.

⁶⁸¹ Zu den Voraussetzungen für eine analoge Anwendung vgl. Wesel, Fast alles, was Recht ist, S. 139.

deutschem Recht Beamter oder Richter ist. Es bedarf hier keiner großen Subsumtionsfähigkeiten, um feststellen zu können, daß Staatsanwälte und sonstige Vertreter der Strafverfolgungsbehörden Amtsträger sind und sich also nach § 203 II StGB grundsätzlich strafbar machen können.

Tathandlung ist das Offenbaren, also jedes Mitteilen eines z.Zt. der Tat noch bestehenden Geheimnisses, wie etwa Akteneinsichtsgewährung, Veröffentlichung oder Auskunftserteilung⁶⁸², mithin *die* Art von Informationsweitergabe, wie sie durch die Strafverfolgungsbehörden an die Öffentlichkeit erfolgt.

Als Geheimnis wird definiert, was einen anderen Menschen betrifft und dem persönlichen Lebens- und Geheimnisbereich des Betroffenen angehört. Darüber hinaus muß die Tatsache nur einem einzelnen oder einem beschränkten Personenkreis bekannt sein.⁶⁸³

Der Betroffene muß ein schutzwürdiges Interesse an der Geheimhaltung durch den Geheimnisinhaber haben, es muß sich also objektiv und subjektiv um ein Geheimnis handeln, was sich regelmäßig (nicht immer) im Geheimhaltungswillen des Betroffenen äußern wird. Das Interesse kann sachlicher oder persönlicher Natur sein, muß aber wegen der Eignung zur Beeinträchtigung schutzwürdig, d.h. seine Geheimhaltung nach Lage und Standpunkt des Betroffenen verständlich sein.⁶⁸⁴

Auch hier ist deutlich, daß im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens eine Vielzahl an Tatsachen über den Beschuldigten zutage treten kann, die nach dieser Definition als Geheimnis anzusehen ist. Manchmal kann das bereits auf die Existenz des Ermittlungsverfahrens selbst zutreffen.

Die Weitergabe des Geheimnisses müßte darüber hinaus unbefugt geschehen. Befugt handelt derjenige, dessen Handeln durch besondere gesetzliche Regelungen gerechtfertigt ist, z.B. über Genehmigungen, Befugnisse etc., aber auch unter dem Gesichtspunkt des sozialadäquaten Verhaltens.⁶⁸⁵ Die Frage der Befugnis zu prüfen bedeutet demnach, anhand der einschlägigen gesetzlichen Regelungen und allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu untersuchen, ob das im übrigen tatbestandsmäßige Verhalten als straflos einzuordnen ist, so daß die Befugnis als Rechtfertigungsgrund anzusehen ist.

Denkbar ist andererseits freilich auch, daß die Behörden nicht nur zur Informationsweitergabe *befugt*, sondern sogar *verpflichtet* sind. Die Informierung kann gesetzlich geboten sein, so z.B., wenn eine Medieninformationspflicht besteht.⁶⁸⁶

⁶⁸² Tröndle/ Fischer, zu § 203, Rn 26.

⁶⁸³ Tröndle/ Fischer, a.a.O., Rn 2.

⁶⁸⁴ Tröndle/ Fischer, a.a.O., Rn 5.

⁶⁸⁵ Tröndle/ Fischer, a.a.O., Rn 27.

⁶⁸⁶ OLG Schleswig NJW 1985, 1091 m. Anm. Wagner.

Man kann also mindestens sagen, daß bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 203 II StGB der Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht des Einzelnen einerseits und Informationsinteresse der Öffentlichkeit andererseits zugunsten des Persönlichkeitsrechts zu entscheiden ist. Hier schreibt das Gesetz also Geheimhaltung zwingend vor⁶⁸⁷, eine Informierung der Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden wird dann immer unzulässig sein.

e. § 131 StPO

Der Gesetzgeber hat durch das StVÄG 1999 auch § 131 StPO eine neue Fassung gegeben.⁶⁸⁸ Dieser erfaßt nunmehr nach seinem Absatz 1 die Ausschreibung zur Festnahme, was wohl einen etwas weiteren Kreis an Maßnahmen meint als die frühere Formulierung „Steckbrief“. In Absatz 3 der Vorschrift sind nunmehr explizit Maßnahmen der Öffentlichkeitsfahndung geregelt. Angesichts des bisherigen Wortverständnisses von Öffentlichkeitsfahndung⁶⁸⁹ ist davon auszugehen, daß darunter die Fahndung in den Medien zu verstehen ist, daß also der Öffentlichkeitsfahndung die Weitergabe identifizierender Information zu Fahndungszwecken an die Medien zugrundeliegt.⁶⁹⁰ In die Erörterung einer solchen Informierung zu Fahndungszwecken wird daher jedenfalls § 131 StPO in seiner neuen Fassung einzubeziehen sein.

f. Die Richtlinien für das Straf- und Bußgeldverfahren (RiStBV) und Anlagen

Angesichts der Tatsache, daß für viele praktische Vorgänge innerhalb des Ablaufs des Straf- oder Bußgeldverfahrens eine Regelungszuständigkeit der Länder gegeben ist, haben sich das Bundesjustizministerium und die Justizminister der Länder, um eine relativ einheitliche Handhabung der Verfahrenspraxis zu garantieren, darauf geeinigt, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich einheitliche Richtlinien für den Verfahrensablauf, eben die RiStBV, zu erlassen. Die RiStBV sind Verwaltungsanordnungen ohne Gesetzeskraft⁶⁹¹, die daher auch aus sich selbst heraus nur Wirkung gegenüber den dem jeweiligen Justizministerium nachgeordneten Dienststellen entfalten können. Ihr Adressat ist in erster Linie der einzelne Staatsanwalt⁶⁹², die Bedeutung liegt allgemein in der Einengung der Restbereiche staatsanwaltlichen Ermessens, speziell in der Entscheidung der in der StPO weitgehend offengelassenen technischen Fragen der Verfahrenshandhabung. Die Anwendung der RiStBV bedarf überall dort verschärfter Überprüfung, wo sie als Grundlage für Eingriffe in geschützte Rechtspositionen

⁶⁸⁷ Ostendorf in GA 1980, 445, 460 f..

⁶⁸⁸ Vgl. hierzu StVÄG in der Fassung vom 2.8.2000 (BGBl. I 2000, S. 1253 – 1262)

⁶⁸⁹ Vgl. u.a. KK-Boujong, zu § 131, Rn 12.

⁶⁹⁰ Brodersen in NJW 2000, 2536, 2537; Hilger in NStZ 2000, 561, 562; Pfeiffer, zu § 131 Rn 3.

⁶⁹¹ OLG Koblenz NJW 1986, 3093.

⁶⁹² Vgl. Vorbemerkungen zu den RiStBV in KK, S. 2421.

des Beschuldigten dienen soll.⁶⁹³ Die RiStBV können wegen Unterschiedlichkeit der möglichen Lebenssachverhalte nur Anleitungen für den Regelfall sein, daher ist in jeder Strafsache selbständig zu prüfen, welche Maßnahmen geboten sind und ob wegen der Besonderheiten des Einzelfalles von den RiStBV abzuweichen ist.⁶⁹⁴

Die im folgenden darzustellenden Auszüge können also keine verbindliche und letztgültige Auskunft darüber geben, ob und welchem Umfang bzw. in welchen Fällen eine Weitergabe von Information an die Medien möglich ist.

Zunächst ist die Zusammenarbeit zwischen Staatsanwaltschaft und den Medien geregelt in Nr. 23 RiStBV. Hier wird u.a. festgelegt, daß im Einzelfall zu prüfen sei, ob das Interesse der Öffentlichkeit an einer vollständigen Berichterstattung gegenüber den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten überwiegt. Dessen unnötige Bloßstellung sei zu vermeiden. Dem allgemeinen Informationsinteresse der Öffentlichkeit könne in der Regel auch ohne Namensnennung entsprochen werden.

Sodann wird in der Anlage B zum RiStBV⁶⁹⁵ unter I 1. ausgeführt, die Strafverfolgungsbehörden seien gehalten, alle gesetzlich zulässigen Maßnahmen zu ergreifen, die geeignet sind, zur Aufklärung von Straftaten beizutragen.

Anschließend bestimmt I 2., es sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten, im Einzelfall bedürfe es daher einer sorgfältigen Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung einerseits und den schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten andererseits. Es sei dabei insbesondere zu berücksichtigen, daß andererseits durch die Erörterung eines Ermittlungsverfahrens mit Namensnennung des Tatverdächtigen in den Medien die Gefahr der Rufschädigung entstehe und so die Resozialisierung des Täters schon vor der Verhandlung erschwert werden könne.

g. Versuch einer Systematisierung

Wie bereits festgestellt wurde, hat der Gesetzgeber den Bereich der justiziellen Medienöffentlichkeit weitgehend unberücksichtigt gelassen. Man muß aber wohl mindestens feststellen dürfen, daß eine (wenn auch nicht unbedingt genau für diesen Bereich geschaffene) Regelung über § 203 StGB besteht. Der Gesetzgeber hat hier eindeutig, und eben im Zweifel strafbewehrt, den Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht des Einzelnen einerseits und Informationsinteresse der Öffentlichkeit andererseits zugunsten des Persönlichkeitsrechts entschieden,

⁶⁹³ KK, a.a.O..

⁶⁹⁴ Vgl. Einführung zu den RiStBV in KK, S. 2423.

⁶⁹⁵ KK, S. 2503.

weshalb das Gesetz in diesen Fällen also Geheimhaltung zwingend vorschreibt⁶⁹⁶. Hier kann eine Informierung der Öffentlichkeit durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zulässig sein. Diese Erkenntnis hilft freilich nicht allzu viel weiter, weil sich gerade die Strafbarkeit auch daran orientiert, ob eine Informierung nicht z.B. durch Auskunftsrechte geboten ist.⁶⁹⁷ Eine Strafbarkeit wird dann auch zu verneinen sein. Anders ausgedrückt: Die Aussage, die Informierung sei immer dann unzulässig, wenn sie eine Strafbarkeit aus § 203 StGB nach sich zieht, ist zwar richtig, aber auch eine Nullformel, da das Entscheidende der umgekehrte Weg ist: Die Strafbarkeit kann erst dann gegeben sein, wenn die Informierung unzulässig ist. § 203 StGB ist also mögliche Konsequenz der Unzulässigkeit, nicht aber ein Kriterium für deren Vorliegen und erspart daher auch keine weitergehenden Abwägungen.

Hinsichtlich der RiStBV ist zu sagen, daß diese aufgrund der Tatsache, daß sie Verwaltungsanordnungen ohne Gesetzeskraft⁶⁹⁸ sind, zwar einen Blick auf die Praxis der Strafverfolgungsbehörden geben, nicht aber eine rechtlich bedeutende Position bei der Lösung der Frage einnehmen können. Sie könnten namentlich kein Anhaltspunkt dafür sein, daß eine Strafbarkeit aus § 203 StGB entfällt, weil sie keine externe rechtfertigende Kraft gegenüber einer gesetzgeberischen Verbotsnorm entfalten können.⁶⁹⁹

Bleibt zunächst Art. 5 I 2 GG, die Medienfreiheit. Art. 5 I 2 GG ist allerdings nicht die Norm, in deren ausschließlichem Rahmen sich eine Entscheidung zu bewegen hat. Vielmehr wird dieser Rahmen von zwei „Normengruppen“ gestellt: Einerseits wird Art. 5 I 2 GG ausgeformt durch die Landespressegesetze bzw. deren § 4 (oder § 3 oder § 5). Dieser gibt den Medien einen Auskunftsanspruch, er ist eine, jedenfalls in bezug auf das Ob (ohne daß damit bereits Näheres über die Ausgestaltung gesagt würde) notwendige Ausgestaltung der Medienfreiheit. Andererseits wird die in Art. 5 II GG enthaltene Schranke der Medienfreiheit, die in den allgemeinen Gesetzen besteht, durch §§ 22 ff. KunstUrhG konkretisiert. § 131 StPO in seiner neuen Fassung nimmt gewissermaßen eine „Zwitterrolle“ ein: Er gestaltet die Medienfreiheit aus und beschränkt sie gleichzeitig.

Man findet also eine die Medienfreiheit ausgestaltende und eine diese einschränkende „Normengruppe“. Beide werden ihrerseits wiederum durch das jeweils andere Interesse relativiert: Der die Medienfreiheit ausgestaltende § 4 der Landespressegesetze wird durch die dort geltenden Auskunftsverweigerungsgründe in einer die Medienfreiheit einschränkende Weise beschränkt. Die §§ 22 ff. KunstUrhG hingegen, durch die die Medienfreiheit beschränkt wird,

⁶⁹⁶ Ostendorf in GA 1980, 445, 460 f..

⁶⁹⁷ Tröndle/ Fischer, zu § 203, Rn 29.

⁶⁹⁸ OLG Koblenz NJW 1986, 3093.

⁶⁹⁹ Ostendorf in GA 1980, 445, 450/451.

tragen durch die Ausnahmen des § 23 KunstUrhG eine starke Anerkennung der Medienfreiheit bereits in sich. § 131 StPO wahrt insgesamt eine Balance zwischen beiden Seiten.

Die Normen tragen also bereits vom Wortlaut her der erwähnten „Wechselwirkung“ Rechnung. Darüber hinaus hat dieser Ansatz auch Leitgedanke bei der Auslegung der in Rede stehenden Normen zu sein. Dementsprechend sollten bei der Auslegung der Landespressegesetze im Hinblick auf diese Frage auch die Interessen des Beschuldigten eine Rolle spielen. Auf der anderen Seite dürfen die §§ 22 ff. KunstUrhG ihrerseits die in Art. 5 GG verbrieften Rechte nicht übermäßig einengen.⁷⁰⁰

Man wird daher sagen können, daß eine Lösung des Problems der (von den Strafverfolgungsbehörden gewollten) justiziellen Medienöffentlichkeit darin liegen wird, daß ein Ausgleich zwischen den Normen geschaffen wird. Angesichts der gegenseitigen Verschränkungen kann man davon ausgehen, daß eine Weitergabe, die nach den Landespressegesetzen erforderlich ist, nach den §§ 22 ff. KunstUrhG nicht unzulässig sein dürfte. Die Regelungen tragen den Ausgleich gewissermaßen in sich, eine Lösung wird sich daher in ihrem Wortlaut bewegen. Findet eine identifizierende Informierung allerdings zum Zwecke der Fahndung statt, wird zusätzlich noch eine weitere Norm einzubeziehen sein, nämlich der durch das StVÄG 1999 geänderte § 131 StPO.

4. Die Abwägung

Nachdem nunmehr die beteiligten Interessenpositionen und die sich auf diese beziehenden positivrechtlichen Gestaltungen (= Normen) vorgestellt wurden und der Versuch einer Systematisierung gemacht wurde, sollte man denken, angesichts der gerade geäußerten Vermutungen lasse sich eine Lösung relativ einfach finden. Diese Hoffnung trägt allerdings, was bereits die Fülle an Rechtsprechung und Literatur zu diesem Themenkomplex zeigt. Um eine saubere Lösung zu ermöglichen, erscheint es zunächst ratsam, die Informierung noch etwas weiter zu klassifizieren, und zwar nach der hinter dieser stehenden Intention: Diese kann zum einen in der *reinen* Informierung liegen⁷⁰¹, zum anderen aber auch in dem, was im Gesetz das Interesse der „Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit“⁷⁰² genannt wird, anders ausgedrückt: in der Fahndung nach dem Beschuldigten, in der Warnung vor ihm. In diese Erörterungen wird – anders als im Falle der Informierung zu reinen Informationszwecken – auch § 131 StPO einzubeziehen sein.

⁷⁰⁰ BVerfG NJW 1973, 1226, 1229 (Lebach- Fall).

⁷⁰¹ Auf „Publicitygeilheit“ und „Sensationsgier“ soll (wenigstens in der Klassifizierung) nicht eingegangen werden.

⁷⁰² § 24 KunstUrhG.

Bevor es aber daran geht, diese beiden Punkte zu erörtern, sollte noch folgendes klargestellt werden:

Die Frage nach dem zulässigen Umfang der Informierung ist unabhängig von derjenigen nach dem Recht der Medien auf Veröffentlichung (also etwa: deren Art und Umfang) zu beantworten.⁷⁰³ Die Verantwortung hierfür trägt allein das jeweilige Medium selbst, die Behörden können und dürfen in eine Entscheidung über den Auskunftsanspruch keine Prognose darüber einfließen lassen, ob von dem jeweiligen Medium eine Verwendung der betreffenden Information zu erwarten ist, die in Rechte des Betroffenen eingreift oder nicht.⁷⁰⁴ Es kann bei der Entscheidung der Staatsanwaltschaft demnach nur um die Frage gehen, ob durch die Verwendung der Information eine Beeinträchtigung von Rechten der Betroffenen *überhaupt* denkbar ist.

Da lediglich die Strafverfolgungsbehörden die Ermittlungsakten hinreichend kennen und die Stärke des Tatverdachts abwägen können, haben allein sie die Beurteilung hinsichtlich der Zulässigkeit der Informierung zu treffen. Die Medien brauchen dann keine weitere Prüfung über die Berechtigung der Veröffentlichung anzustellen.⁷⁰⁵ Es geht also im weiteren nicht darum, wann und wie eine Berichterstattung in den Medien unzulässig ist, sondern einzig um die Frage, wann Information von der Staatsanwaltschaft an die Medien weitergegeben werden darf und wann nicht. Das hat zur Konsequenz, daß die Information gewissermaßen von den Verwendungsmöglichkeiten durch die Medien zu abstrahieren ist, die Zulässigkeit daher nur auf die Person des Beschuldigten im konkreten Verfahren bezogen werden darf.

Zudem gilt es klarzustellen, daß unsere Rechtsordnung ein generelles Verbot, über schwebende Verfahren zu berichten, nicht kennt.⁷⁰⁶ Außerdem ist hervorzuheben, was vielleicht als Selbstverständlichkeit angesehen werden könnte, das zu erwähnen dennoch alles andere als müßig ist:

Keinesfalls darf eine publizistische Auswertung eines Verfahrens den „Rufmord“ des Betroffenen zur Folge haben.⁷⁰⁷ Deshalb hat die Staatsanwaltschaft bei der Veröffentlichung größtmögliche Vorsicht walten zu lassen.⁷⁰⁸ Darüber hinaus darf die Staatsanwaltschaft den Medien auch keine Informationen geben, die zwar dem Wortlaut nach nicht falsch, aber dennoch irreführend sind.⁷⁰⁹

⁷⁰³ So auch *Soehring*, Presserecht, Rn 4.54.

⁷⁰⁴ *Soehring*, a.a.O..

⁷⁰⁵ Vgl. dazu auch *Lampe* in NJW 1971, 217, 218.

⁷⁰⁶ *Marxen* in GA 1980, 365, 366.

⁷⁰⁷ *Loesdau* in MDR 1962, 773, 776.

⁷⁰⁸ *Loesdau* a.a.O..

⁷⁰⁹ *Loesdau* a.a.O., S. 777.

Wichtig ist also, daß deutlich geworden ist, daß sich die Frage nach der Zulässigkeit der Informierung unter Beachtung aller dieser Punkte stellt: also bei richtigen, nicht irreführenden Informationen, die nicht den Rufmord des Beschuldigten zur Folge haben dürfen und bei deren Weitergabe die Staatsanwaltschaft mit größtmöglicher Vorsicht vorgeht.

a. Die Informierung zu *reinen* Informationszwecken

Man findet – wie gesagt – bei der Suche nach einer Lösung des in Rede stehenden Problems eine immense Menge an Beiträgen. Das ist insbesondere in bezug auf die Informierung festzustellen, die zu *reinen* Informationszwecken an die Medienöffentlichkeit erfolgt.

Dabei beinhalten bei weitem nicht alle so bemerkenswerte Feststellungen wie ein Urteil des OLG Frankfurt, das meinte, gegenüber dem Interesse des Betroffenen überwiege das der Öffentlichkeit, weil der Betroffene den Beweis der Unrichtigkeit der Behauptung nicht geführt habe.⁷¹⁰ Diese Äußerung wurde zwar im Rahmen eines Zivilprozesses getätigt, die durch eine solche Äußerung faktisch eintretende Umkehrung der Unschuldsvermutung ist nichtsdestotrotz für die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten mehr als bedenklich.

Vorweg sei eine (wohl nicht ganz ernst gemeinte) Ansicht genannt, die meint, die Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten sei eben das Ergebnis eines liberalen Presserechts, der Nutzen der freien Berichterstattung wiege den Schaden im Einzelfall auf, Freiheit und Mißbrauch seien angesichts der Unvollkommenheit des Menschen zwangsläufig miteinander verbunden.⁷¹¹ Eine solche Haltung kann aber allen Ernstes nicht vertreten werden und wird es auch nicht.⁷¹²

Bei der Abwägung wird in aller Regel der Weg vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht her gewählt, also über §§ 22 ff. KunstUrhG. Nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG ist von dem Grundsatz, daß eine identifizierende Berichterstattung und damit auch die identifizierende Informierung nur mit Einwilligung des Betroffenen möglich ist (§ 22 KunstUrhG), eine Ausnahme dann möglich, wenn es sich um Bildnisse⁷¹³ aus dem Bereich der Zeitgeschichte handelt. Die Schlüsselfrage, mit der sich alle nachgenannten Meinungen auseinandersetzen, ist daher diejenige, ob die identifizierende Informierung hinsichtlich eines Beschuldigten auf dieser Basis erfolgen kann, ob also die Identifizierung eines Beschuldigten zum Bereich der Zeitgeschichte gehört.

⁷¹⁰ OLG Frankfurt NJW 1980, 597, 598.

⁷¹¹ Koch in ZRP 1989, 401, 402.

⁷¹² Koch, a.a.O., mit dem Hinweis, diese Haltung sei fatalistisch und widerspreche der immer stärker zunehmenden Sensibilisierung der Öffentlichkeit in dieser Frage.

⁷¹³ Nach der bereits bejahten analogen Anwendung wird dies allerdings für identifizierende Weitergabe jeder Art zutreffen.

aa. Der Begriff der Zeitgeschichte in § 23 I Nr. 1 KunstUrhG

Es erscheint daher sinnvoll, vorab zu klären, wann ein Bildnis oder eine identifizierende Schilderung dem Bereich der Zeitgeschichte entstammt. Dies ist zunächst in bezug auf Bildnisse umstritten:

Dazu wird gesagt, vom Wortlaut her könne man auf das Geschehen und dessen zeitgeschichtliche Relevanz abstellen. Der Inhalt der Darstellung könne demnach der Anknüpfungspunkt für die Einordnung als zeitgeschichtliches Dokument sein (inhaltszentrierter Ansatz).⁷¹⁴

Dem stehe auf der anderen Seite der Sprachgebrauch des KunstUrhG jedoch entgegen: „Bilder“ sei hier als Oberbegriff gebraucht, „Bild“ und „Bildnis“ als Unterbegriffe. „Bildnis“ bedeute die Wiedergabe der äußeren Erscheinungsweise einer oder mehrerer Personen.⁷¹⁵ § 23 I Nr. 1 KunstUrhG betreffe daher ausschließlich Bilder, auf denen Personen in erkennbarer Weise dargestellt seien. Damit sei noch nicht geklärt, ob die Gesamtdarstellung als „zeitgeschichtlich“ einzuordnen sein müsse oder ob es ausreiche, daß die dargestellte Person in diese Kategorie einzustufen sei. Es müsse aber möglich sein, der Öffentlichkeit eine Person überhaupt oder ihr Äußeres zu einem bestimmten Zeitpunkt („einfach so“) darzustellen. Aus diesem Grund könne es nicht darauf ankommen, *was* das Bildnis zeige, sondern nur, *wen* es zeige (personenfokussierter Ansatz).⁷¹⁶

Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Das Merkmal „aus dem Bereich der Zeitgeschichte“ in § 23 I Nr. 1 KunstUrhG wird daher, parallel zum immer stärker persönlichkeits- und immer weniger sachorientierten Darstellungsverhalten in den Medien anhand der Frage ausgelegt, ob die abgebildete Person eine *Person* der Zeitgeschichte ist.⁷¹⁷

Es geht also bei den folgenden Erörterungen im Kern um die Frage, ob der Beschuldigte eine Person des Zeitgeschehens ist.

bb. Die Unterscheidung in absolute und relative Personen der Zeitgeschichte

Nach der inzwischen allgemein anerkannten Unterscheidung von *Neumann-Duesberg*⁷¹⁸ gibt es absolute und relative Personen der Zeitgeschichte.

Absolute Personen der Zeitgeschichte sind alle Persönlichkeiten, die sich durch Geburt, Stellung, Leistung, aber auch Untaten positiv oder negativ aus dem Kreis der Mitmenschen her-

⁷¹⁴ Larenz/Canaris, Schuldrecht BT II, S. 394.

⁷¹⁵ Erman- Ehmam, Bd. I, Anh. § 12, Rn 458.

⁷¹⁶ Kupfer in Jura 2001, 169, 171.

⁷¹⁷ So auch Marxen in GA 1980, 465, 470 f..

⁷¹⁸ Neumann- Duesberg in JZ 1960, 114 ff..

vorheben. Träger eines öffentlichen Amtes sind nicht bereits aufgrund dieses Amtes schon absolute Personen der Zeitgeschichte.⁷¹⁹

Relative Personen der Zeitgeschichte sind hingegen dadurch gekennzeichnet, daß sie durch ein einmaliges Geschehen bekannt wurden oder aufgrund ihrer Verknüpfung mit einem Ereignis der Zeitgeschichte zum Gegenstand des Informationsinteresses der Öffentlichkeit wurden.⁷²⁰

cc. Die Informierung bei absoluten Personen der Zeitgeschichte

Was zunächst die *absoluten Personen der Zeitgeschichte* angeht, so wird von beinahe allen⁷²¹ zu diesem Thema vertretenen Ansichten gesagt, daß bei diesen unabhängig von den konkreten Ermittlungen ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit gegeben sei.⁷²² An ihnen und damit auch an einem gegen sie existierenden Tatverdacht bestehe ein dauerhaftes, generelles und nicht nur auf ein bestimmtes Geschehen bezogenes Informationsinteresse der Öffentlichkeit.⁷²³ Dieser Ansicht ist zu folgen. Da absolute Personen der Zeitgeschichte sich bereits in die Öffentlichkeit begeben haben, ein generelles Interesse der Öffentlichkeit also anzunehmen ist, kann eine Berichterstattung über einen gegen sie bestehenden Tatverdacht ebenfalls als ein Vorgang der Zeitgeschichte anzusehen sein, eine Berichterstattung hierüber als eine solche über ein Ereignis der Zeitgeschichte. Eine identifizierende Berichterstattung und damit auch eine Informierung der Medien ist also über § 23 I Nr. 1 KunstUrhG zulässig.⁷²⁴

dd. Die Informierung bei relativen Personen der Zeitgeschichte

Es bleibt die deutlich umstrittenere Frage, ob identifizierende Informierung auch dann möglich ist, wenn es sich bei der in Rede stehenden Person nicht um eine absolute der Zeitgeschichte handelt. Letztlich geht es hierbei um die Frage, ob die Tat und damit verbunden der gegen den Beschuldigten bestehende Tatverdacht ein geeigneter Anknüpfungspunkt dafür sein können, den Beschuldigten zu einer relativen Person der Zeitgeschichte zu machen.

⁷¹⁹ Staudinger- *Hager* zu § 823 BGB, Rn C 200.

⁷²⁰ Staudinger- *Hager* zu § 823 BGB, Rn C 201.

⁷²¹ Nicht ganz eindeutig ist in dieser Hinsicht *Ostendorf* a.a.O., der ein solches Interesse *expressis verbis* nur bei Ministern annimmt.

⁷²² *Marxen* in GA 1980, 365, 377.

⁷²³ *Kupfer* in Jura 2001, 169, 171, 172; vgl. dazu auch Beschluß des OLG Hamm, NJW 2000, 1278, 1279, das allerdings das zusätzliche Erfordernis des Verdachts einer gewichtigen Straftat zu verlangen scheint, sowie OLG Celle, NJW- RR 2001, 335, 337, mit der Aussage, bei hochrangigen Beamten sei bereits aufgrund ihrer Stellung im öffentlichen Leben ein Allgemeininteresse anzunehmen.

⁷²⁴ Einen interessanten Gedanken zu dieser Frage äußert *Neumann- Duesberg*: Tatverdächtige von (kriminal-) historischem Ausmaß wie der (angebliche) Kennedy- Mörder, der Weltgeschichte gemacht habe, seien u.U. auch als absolute Personen der Zeitgeschichte einzustufen, vgl. dazu in JZ 1971, 305, 306.

Im Weiteren sollen die wichtigsten der verschiedenen bislang vertretenen Ansichten aufgeführt und erläutert werden. Daran anschließend soll eine eigene Position erarbeitet werden, in die auch die Arbeitshypothese einzubeziehen sein wird, die eingangs der Arbeit zur Informationsbehandlung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren entwickelt wurde.

(1) Die Tat als unter gewissen materiellen Voraussetzungen geeigneter Anknüpfungskunkt

Zunächst ist die Ansicht zu nennen, die – soweit ersichtlich – die Rechtsprechung, aber auch ein beträchtlicher Teil der Literatur vertritt. Ausgangspunkt der Überlegung ist hier wie bei allen anderen Ansichten, daß eine namentliche Nennung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren nur ganz ausnahmsweise zulässig ist.⁷²⁵ Man merkt der Rechtsprechung in vielen ihrer Argumente einerseits das Bemühen an, abstrakte Kriterien zu finden, die in praktikabler Art und Weise eine zeitgeschichtliche Bedeutung zu definieren vermögen, andererseits aber auch die Schwierigkeit, solche Kriterien zu erarbeiten, ohne in die Nähe von Zirkelschlüssen und Leerformeln zu geraten:

Der BGH hat zunächst als Gesichtspunkte genannt, die eine Namensnennung des Beschuldigten rechtfertigen könnten: das Vorliegen einer Straftat von besonderer Bedeutung, so z.B. bei schwerer Kriminalität; das Ausmaß des Tatverdachts, also das Vorliegen wesentlicher, erheblichen Tatverdacht begründender Umstände; das Aufsehen, das die Tat für sich oder im Zusammenhang mit anderen Vorgängen erregt hat. Soweit der BGH.⁷²⁶

Das OLG Frankfurt vertrat eine ähnliche Auffassung. Bei einer Abwägung in diesen Fällen sei daher zu berücksichtigen, daß es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handle, nicht bloß um eine Bagatellsache, wobei das öffentliche Interesse besonders hoch anzusiedeln sei, wenn Wiederholungsgefahr drohe.⁷²⁷

Das OLG Celle führte an, es müsse sich um einen Vorgang von gravierendem Gewicht handeln.⁷²⁸ Bei der Abwägung sei einzubeziehen, daß der Beschuldigte durch sein Verhalten das Interesse der Öffentlichkeit auf sich gelenkt habe und schon deshalb eine Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts hinzunehmen habe.⁷²⁹

Es wird dem hinzugefügt, auch noch nicht in Vergessenheit geratenes sozial inadäquates Tun, etwa wenn es sich um einen mehrfach vorbestraften Beschuldigten handle⁷³⁰, könne ein In-

⁷²⁵ BGH NJW 1994, 1950, 1952.

⁷²⁶ BGH a.a.O.; *Lüke* in JuS 1995, 393, 394.

⁷²⁷ OLG Frankfurt NJW 1971, 47, 47, so auch *Koebel* in JZ 1966, 389, 391 und *Lampe* in NJW 1973, 217, 219.

⁷²⁸ OLG Celle NJW- RR 2001, 335, 335.

⁷²⁹ OLG Celle, a.a.O., S. 336.

⁷³⁰ *Koebel*, a.a.O..

formationsinteresse der Öffentlichkeit an der Person selbst und nicht nur an dem vorgeworfenen Tun begründen. Das gelte besonders im Fall von Straftaten. Hierdurch könnten auch persönliche Auskünfte über den Betroffenen legitimiert sein.⁷³¹

Zusammenfassend werden nach dieser Meinung also vier Aspekte genannt, die in die Frage einer Informierung einzubeziehen sind:

Zunächst das Vorliegen einer Straftat von besonderer Bedeutung; dann das Ausmaß des Tatverdachts, also das Vorliegen von Umständen, die einen erheblichen Tatverdacht begründen; nächstens das Aufsehen, das sie Tat für sich (ohne daß bereits auf die Person des Beschuldigten eingegangen wäre) oder im Zusammenhang mit anderen Vorgängen erregt hat und schließlich die Vorgeschichte des Beschuldigten, also etwa, ob er mehrfach vorbestraft ist.

(2) Die Tat als denkbarer Anknüpfungspunkt nur bei bestehendem Haft- oder Unterbringungsbefehl

Weiterhin wird vertreten, eine Weitergabe unter Namensnennung sei grundsätzlich nicht zulässig. Eine Ausnahme sei allerdings für den Fall gegeben, daß zum einen die bereits erwähnten Voraussetzungen vorlägen, darüber hinaus aber auch eine gewisse „Verfestigung des Verfahrens“⁷³² vorliege, die darin gesehen wird, daß eine eingehende Prüfung der Verdachtsgründe durch Staatsanwaltschaft *und* Richter erfolgt sein muß, wie sie im Ermittlungsverfahren etwa beim Erlaß eines Haft- oder Unterbringungsbefehls vorgesehen sei (§§ 112, 126 a StPO).⁷³³

Begründet wird das im Ansatz damit, daß man einen möglichen Anknüpfungspunkt für die Einordnung des Beschuldigten als relative Person der Zeitgeschichte im Strafverfahren erblickt. Durch die Verwicklung in dieses könne der Beschuldigte das Interesse der Öffentlichkeit auf sich ziehen. Soweit das Verfahren als zeitgeschichtlicher Anknüpfungspunkt diene und das auch deutlich gemacht werde, entfielen die Bedenken gegen eine Individualisierung. Es könne hier jedoch nicht jedes Verfahren als zeitgeschichtlicher Anknüpfungspunkt dienen, sondern nur solche, in denen der dort erhobene Vorwurf aus dem Alltäglichen herausrage.⁷³⁴

Außerdem sei eine gewisse Verfestigung des Verfahrens dahingehend zu verlangen, daß der Tatvorwurf bereits richterlich überprüft worden sei und ein dringender bzw. hinreichender Tatverdacht von Seiten des Richters festgestellt worden sei. Erst dann erreiche das Verfahren ein derart verfestigtes Stadium, daß der Verdächtige infolge desselben als Person der Zeitge-

⁷³¹ *Wente* in StV 1988, 216, 218.

⁷³² *Marxen* in GA 1980, 365, 378.

⁷³³ *Marxen* in GA 1980, 365, 377 f.; im Ergebnis auch OLG Frankfurt NJW- RR 1996, 1490, 1491.

⁷³⁴ *Marxen* in GA 1980, 365, 377.

schichte anzusehen sei.⁷³⁵ Der Verdacht, eine Straftat begangen zu haben, könne nämlich für sich noch kein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit begründen, ein darüber hinaus gehendes Interesse sei notwendig, um die Berechtigung begründen zu können.⁷³⁶ Selbst der Vorwurf, eine noch so schwerwiegende Straftat begangen zu haben, allein rechtfertige noch nicht einen so erheblichen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht, wie er durch die Informierung geschehe.⁷³⁷ Der Zeitpunkt nach einer Überprüfung des Tatverdachts durch den Richter sei der frühestmögliche Zeitpunkt der Identifizierung eines Tatverdächtigen durch die Strafverfolgungsbehörden im Rahmen ihrer Informationsarbeit. Durch die summarische Verhältnismäßigkeitsabwägung, die diesen Anordnungen zugrunde liege und in die sowohl die Schwere des Tatvorwurfs als auch die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten einzubeziehen seien, werde implizit zugleich den Anforderungen an eine Identifizierung des Beschuldigten Rechnung getragen.⁷³⁸

(3) Ungeeignetheit der Tat als Anknüpfungspunkt

Eine dritte Ansicht schließlich lehnt die Zulässigkeit einer identifizierenden Informierung im Ermittlungsverfahren ganz ab. Mit Namensnennung werde regelmäßig nur Sensationslust geschürt, das Verbrechen als Ausnahmerecheinung individuell festgemacht. Gesellschaftliche Ursachen und Mitverantwortung gerieten außer Betracht, einer „pharisäerhaften Einstellung“ werde Vorschub geleistet. Diesem allen habe die staatliche Informationspflicht nicht zu dienen. Davon abgesehen könne auch durch die Anonymität die Auswechselbarkeit des Beschuldigten und damit das Typische am betreffenden Fall besser dargestellt werden.⁷³⁹ Begründet wird das u.a. damit, daß es zwar auch zu den Aufgaben der Justiz gehöre, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit ins Bild zu setzen, um Kontrolle zu ermöglichen.⁷⁴⁰ Dem stehe aber entgegen, daß das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nicht öffentlich ausgestaltet sei, das sei erst in der Hauptverhandlung der Fall. Der tiefere Sinn dieser Tatsache sei darin zu erblicken, daß angesichts der Unschuldsvermutung eine vorzeitige, möglicherweise unberechtigte Bloßstellung des Beschuldigten verhindert werden solle.⁷⁴¹ Für die *bildliche* Information im Ermittlungsverfahren sei selbst eine Abwägung im Einzelfall ausgeschlossen, was sich aus § 81 b StPO ergebe: Nach diesem dürften Lichtbilder vom Beschuldigten gegen dessen Willen nur zu unmittelbaren oder mittelbaren Strafverfolgungszwecken aufgenommen

⁷³⁵ Marxen in GA 1980, 365, 377.

⁷³⁶ Stapper, Namensnennung, S. 129.

⁷³⁷ Von Becker, Straftäter und Tatverdächtige, S. 214.

⁷³⁸ Von Becker, Straftäter und Tatverdächtige, S. 215.

⁷³⁹ Ostendorf in GA 1980, 445, 461.

⁷⁴⁰ Ostendorf a.a.O., S. 452.

⁷⁴¹ Ostendorf a.a.O., S. 453.

werden. Alle anderen Zwecke könnten demnach in diesem Verfahrensstadium nicht hinreichen, um Lichtbilder gegen den Willen des Beschuldigten zu machen, weil hinsichtlich einer solchen Zwangsmaßnahme jedenfalls ein Gesetzesvorbehalt bestehe. Wenn aber bereits die Aufnahme von Lichtbildern aus anderen als den in § 81 b StPO genannten Zwecken nicht zulässig sei, so müsse erst recht die Veröffentlichung von Lichtbildern gegen den Willen des Beschuldigten zu anderen Zwecken, also etwa reinen Informationszwecken, unzulässig sein.⁷⁴² Das Informationsbedürfnis der Allgemeinheit müsse, sofern am Bild des Beschuldigten überhaupt ein tatsächliches Informationsinteresse bestehe, bis zur Hauptverhandlung zurückstehen.⁷⁴³

Eine Ausnahme davon, daß im Ermittlungsverfahren keine Namensnennung zulässig sei, sei nur dann gegeben, wenn ein Minister in ein Ermittlungsverfahren verwickelt sei. Hier bestehe ein berechtigtes Interesse an der namentlichen Nennung des Betroffenen bereits im Ermittlungsstadium.⁷⁴⁴ Eine Machtdelegation, wie sie im Fall von Regierungsvertretern geschehe, erfordere eine umfassende Informierung der Öffentlichkeit, damit das Volk als Machtträger seine Kontrollrechte wirksam wahrnehmen könne. Es sei z.B. undenkbar, daß der Bundeskanzler heimlich unter Tatverdacht stehe.⁷⁴⁵

(4) Entwicklung einer eigenen Position

Bei der Entwicklung einer eigenen Position zu dieser Frage soll ein Zitat von *Branahl*⁷⁴⁶ vorweggeschickt werden, anhand dessen sich die ganze Komplexität des Problems ausdrückt:

„Wer den Rechtsfrieden bricht, muß dulden, daß das durch seine Tat erregte Informationsinteresse der Öffentlichkeit nach den Prinzipien freier Kommunikation befriedigt wird. [...] Für denjenigen, der zu Unrecht in den Verdacht geraten ist, eine Straftat begangen zu haben, greift diese Überlegung offenkundig nicht.“

Diese Worte drücken deshalb ganz besonders gut den Kern des Problems aus, weil sie ihn zunächst auf eine recht einfache Weise umschreiben: Der, der etwas gemacht hat, muß akzeptieren, daß über das, was er gemacht hat, berichtet wird. Der, der nichts gemacht hat, nicht.

Bezogen auf die letztlich hier entscheidende rechtliche Frage im Rahmen des § 23 I Nr. 1 KunstUrhG könnte man daher sagen: Der, der etwas gemacht hat, kann durch das, was er gemacht hat, zur relativen Person der Zeitgeschichte werden. Der, der nichts gemacht hat, nicht. Nun hat das Ermittlungsverfahren die Eigenheit, daß hier eben erst herausgefunden werden

⁷⁴² *Ostendorf* a.a.O., S. 452.

⁷⁴³ *Ostendorf* a.a.O..

⁷⁴⁴ *Ostendorf* a.a.O..

⁷⁴⁵ *Ostendorf* a.a.O., S. 461 f..

⁷⁴⁶ *Branahl*, Das Presserecht, S. 63.

soll, ob der Betroffene, i.e. der Beschuldigte, etwas gemacht hat. Anders gesagt soll also erst herausgefunden werden, ob gerade er durch die in Rede stehende Tat zur relativen Person der Zeitgeschichte geworden sein kann oder nicht.

Die erwähnten Eigenheiten des Ermittlungsverfahrens lassen sich auf mindestens einen, mitunter sogar zwei Nenner bringen: Zum einen gilt im Ermittlungsverfahren die Unschuldsvermutung und ist dort prägendes Verfahrensprinzip. Zum anderen ist das Ermittlungsverfahren als Verfahrensteil insgesamt nichtöffentlich ausgestaltet.

Hinsichtlich der Unschuldsvermutung wird zu untersuchen sein, ob diese im Rahmen des Zeitgeschichtsbegriffs nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG eine Rolle spielen kann. Sollte ein positives Ergebnis herausgefunden worden sein, wird daran anschließend erörtert werden, ob das auf die Einordnung des Beschuldigten als relative Person der Zeitgeschichte Einfluß haben kann und welche Rolle die vorgenannten Ansichten in diesem Zusammenhang spielen. Im Rahmen dieser Ausführungen wird gegebenenfalls auch der nichtöffentliche Charakter des Ermittlungsverfahrens von Belang sein. Im Hinblick darauf wird dann zu fragen sein, ob er im Wesen des Ermittlungsverfahrens begründet ist, also in der Tatsache, daß es lediglich auf einen Verdacht hin geführt wird, und ob – falls man das bejaht – daraus Rückschlüsse auf die zeitgeschichtliche Bedeutung des Beschuldigten gezogen werden können.

(a) Die Bedeutung der Unschuldsvermutung

Zunächst wird die Arbeit sich mit der Bedeutung der Unschuldsvermutung auseinandersetzen: Die Unschuldsvermutung besagt, daß jedermann bis zur Rechtskraft eines gegen ihn ergehenden Urteils⁷⁴⁷ als unschuldig anzusehen ist.⁷⁴⁸ Die Unschuldsvermutung ist in Art. 6 II EMRK kodifiziert und verbietet jede voreingenommene Behandlung des Beschuldigten im Verfahren.⁷⁴⁹

Die Unschuldsvermutung zugunsten des Beschuldigten ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips und dient als oberstes Verfahrensregulativ der „Vorsorge, daß die in die Menschenwürde des Betroffenen eingreifenden, sozialetisch deklassierenden Wirkungen der Strafe nicht bereits die prozessuale Stellung des nur Verdächtigen beeinträchtigen.“⁷⁵⁰ Zugleich ist sie Ausdruck des Übermaßverbots.⁷⁵¹ Eine Relativierung der Unschuldsvermutung anhand besonderer Um-

⁷⁴⁷ BVerfGE 35, 232.

⁷⁴⁸ *Beulke*, StPO, Rn 25; Deutsches Rechtslexikon, Stichwort „Unschuldsvermutung“.

⁷⁴⁹ Deutsches Rechtslexikon, a.a.O..

⁷⁵⁰ *Bettermann/Nipperdey/Scheuner-Sax*, Die Grundrechte III/2, S. 971, 987; *von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, S. 209 f.; *Kühl*, a.a.O., S. 414 f., der die Unschuldsvermutung in diesem Kontext als Konkretisierung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bezeichnet.

⁷⁵¹ *Von Becker*, Straftäter, S. 210.

stände des Falles ist ausgeschlossen.⁷⁵² Auch noch so schwerwiegende Belastungsmomente, selbst ein volles Geständnis lassen ihre Geltung unberührt. Vielmehr muß ihr mit dem Ansteigen des Tatverdachtes eine umso größere Aufmerksamkeit zuteil werden, damit trotz der für den Beschuldigten ungünstigen Umstände die Wirkung des Prinzips aufrechterhalten werden kann.⁷⁵³

Die Bedeutung der Unschuldsvermutung an dieser Stelle der Arbeit ergibt sich aus mehreren aufeinanderfolgenden gedanklichen Schritten: Zunächst kann man davon ausgehen, daß es sich in der Regel der Fälle bei Tatverdächtigen wenn überhaupt um *potentielle* relative Personen der Zeitgeschichte handelt, also Menschen, die an sich (absolut) keine Bedeutung für die Zeitgeschichte haben. In derselben Regel der Fälle wird es demnach erst die Verbindung zum strafrechtlich relevanten Geschehen sein, die eine zeitgeschichtliche Bedeutung der Person des Tatverdächtigen begründen kann.⁷⁵⁴ Hier setzt nun die potentielle Wirkung der Unschuldsvermutung an: Diese könnte dagegen sprechen, daß bereits die durch das Ermittlungsverfahren geschehende Verbindung zur Straftat aus dem Tatverdächtigen eine relative Person der Zeitgeschichte macht. Mit anderen Worten könnte man aus der Unschuldsvermutung schließen, daß zu Gunsten des Tatverdächtigen davon auszugehen ist, daß er unschuldig ist und mithin keine Verbindung zwischen ihm und dem strafrechtlich relevanten Geschehen besteht. Wenn es aber erst diese Verbindung ist, die den Beschuldigten zur relativen Person der Zeitgeschichte macht, ist nach der Unschuldsvermutung zu seinen Gunsten davon auszugehen, daß er keine relative Person der Zeitgeschichte ist.

(aa) Normative oder deskriptive Natur des Begriffs der Zeitgeschichte

Diesem Weg folgt auch eine Ansicht: Hier wird gesagt, der Schutz, den die Unschuldsvermutung gewähre, gelte generell.⁷⁵⁵ Niemand sei also berechtigt, einer noch nicht verurteilten Person eine strafbare Handlung zuzuschreiben. Erst eine rechtskräftige Verurteilung stelle eine feste Beziehung her zwischen Tat und Täter. Vor diesem Zeitpunkt bestehe hinsichtlich der Straftat ein Zustand schwebender Unwirksamkeit, in dem die Straftat für sich genommen nicht geeignet ist, den Beschuldigten als eine „Person des Zeitgeschehens“ zu qualifizieren.⁷⁵⁶ Dies entspricht dem Begriff der „Zeitgeschichte“, wie ihn etwa der BGH entwickelt hat. Hier wurde verlangt, daß grundsätzlich ein „echtes“ Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit ge-

⁷⁵² *Marxen* in GA 1980, 365, 374; a.A. OLG Frankfurt NJW 1980, 597, 599 mit der Aussage, die Unschuldsvermutung könne keine absolute Geltung beanspruchen.

⁷⁵³ *Marxen*, a.a.O..

⁷⁵⁴ So auch *Marxen*, a.a.O., S. 371.

⁷⁵⁵ *Marxen* a.a.O., S. 374.

⁷⁵⁶ *Marxen* a.a.O..

geben sein müsse.⁷⁵⁷ Nach dieser Ansicht geht es also um die Frage, ob ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit im konkreten Fall auch zu rechtfertigen sei, ob es sich um ein „*schutzwürdiges*“ Informationsinteresse der Allgemeinheit handele. Man geht also von einem normativen Begriff der „Zeitgeschichte“ aus, in den wertende Betrachtungen, also auch die Unschuldsvermutung, einzubeziehen sind.⁷⁵⁸

Dem wird entgegengehalten, der Begriff der Zeitgeschichte sei rein deskriptiver Natur, stelle also nur auf tatsächliche Verhältnisse ab und sei daher einer rechtlichen Dimension wie der Unschuldsvermutung nicht zugänglich. Es komme damit auf die Frage an, ob ein Interesse der Öffentlichkeit *tatsächlich* besteht. Dann müßte in bezug auf die Straftat wohl gesagt werden, daß auch diese für sich genommen geeignet wäre, ein für § 23 I Nr. 1 KunstUrhG ausreichendes Interesse hervorzurufen. Aus dem Blickwinkel dieser Ansicht spricht maßgeblich gegen die vorgenannte Auffassung, daß es im Streitfall die Justiz und damit der Staat wäre, der darüber zu befinden hätte, wann ein „echtes“ Informationsinteresse vorliege, was also die Allgemeinheit interessieren dürfe und was nicht.⁷⁵⁹ Das sei eine Verkennung der Reichweite und Bedeutung der Pressefreiheit. Der auf diesem Wege von vorneherein begrenzte Schutz der Pressefreiheit schließe aber die freie Bildung einer öffentlichen Meinung aus und mache damit der Presse die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe unmöglich.⁷⁶⁰ Zeitgeschichte sei als Begriff nicht durch juristische Kategorien zu erfassen, die Unschuldsvermutung könne daher keine Auswirkung auf die Frage haben, ob eine Person oder ein Ereignis der Zeitgeschichte zuzuordnen seien. Zeitgeschichte sei eben nicht nur das, was gesetzlich erlaubt sei.⁷⁶¹

Der Begriff der Zeitgeschichte stellt sich aber bei näherer Betrachtung als keineswegs nur deskriptiver Natur dar. Er umfaßt eben nicht „jedes journalistisch Interessante und Sensationelle“, schützt also nicht „die bloße Befriedigung der Neugier des Publikums“⁷⁶² oder das „pharisäerhafte Interesse an Unrechtsprojektierung“⁷⁶³, sondern nur die Fälle, in denen ein „sachentsprechendes Informationsinteresse“⁷⁶⁴ gegeben ist.⁷⁶⁵ Sonst wäre etwa denkbar, daß man Bilder vom Papst in Unterhosen als vom Informationsinteresse der Öffentlichkeit grundsätzlich umfaßt ansieht, weil es eine bestimmte Interessengruppe der Priester- in- Unterhosen-Fetischisten gibt. Das hieße natürlich nicht, daß eine Veröffentlichung oder Weitergabe dieser

⁷⁵⁷ BGHZ 20, 345, 350.

⁷⁵⁸ Marxen a.a.O., S. 375.

⁷⁵⁹ Kupfer in Jura 2001, 169, 172.

⁷⁶⁰ Kupfer a.a.O..

⁷⁶¹ Von Becker, Straftäter und Tatverdächtige, S. 213; im Ergebnis auch Stapper, Namensnennung, S. 127.

⁷⁶² Loesdau in MDR 1962, 773, 776.

⁷⁶³ Ostendorf in GA 1980, 445, 453.

⁷⁶⁴ Neumann- Duesberg, a.a.O., S. 115.

Bilder automatisch auch möglich wäre, diese würde regelmäßig an der Abwägung von Informationsinteresse der Öffentlichkeit und Persönlichkeitsrecht der Betroffenen scheitern. Es kann hier aber nicht akzeptiert werden, daß eine solche Abwägung überhaupt stattfindet: ein rein auf „Sensationsgeilheit“ beruhendes Informationsinteresse ist nicht weniger stark zu berücksichtigen, sondern überhaupt nicht. Hier ein von der Rechtsordnung geschütztes Informationsinteresse anzunehmen, wäre etwa vergleichbar mit dem Fall, daß ein „Gaffer“ durch Abbremsen auf der Autobahn einen Auffahrunfall verursacht und man in die Frage der Schuld einbezieht, daß er ja ein rechtlich geschütztes Informationsinteresse an der Beobachtung des Leides anderer hat. Das hätte aber letztlich zur Folge, daß jedes noch so schwachsinnige Informationsinteresse irgendwelcher Einzelnen in die Abwägung einfließen könnte, was den Schutz des Informationsinteresse aber ad absurdum führte.

In bezug auf die Bedenken, daß bei einem normativen Zeitgeschichtsbegriff dieser und damit auch der Umfang der Medienfreiheit durch den Staat definiert werde, läßt sich sagen, daß sich für den Fall, daß man rein tatsächliche Gesichtspunkte in die Beurteilung der zeitgeschichtlichen Relevanz einfließen lassen würde, ein ähnliches Problem ergäbe: Ob tatsächlich ein öffentliches Interesse an einer Frage besteht, ist in hohem Maße, wenn nicht gar ausschließlich von der Berichterstattung in den Medien abhängig. Letztlich können also die Medien auf diesem Weg festlegen, was interessant ist und was nicht, demnach auch, was Zeitgeschichte ist und was nicht. Das führte zu der merkwürdigen Konsequenz, daß die Medien die Beschränkung der Medienfreiheit gleichsam selbst bestimmen können, also Definitionshoheit über ihre eigenen Rechte ausüben könnten. Das wäre aber mindestens nicht ganz unproblematisch.

Im Ergebnis läßt sich daher feststellen, daß der Begriff der „Zeitgeschichte“ im Rahmen des § 23 I Nr. 1 KunstUrhG also normativ geprägt ist. Im Rahmen der Frage, ob jemand als Person der Zeitgeschichte anzusehen ist, kann demnach auch die Bedeutung der Unschuldsvermutung erörtert werden.

(bb) Folgen für relative Personen der Zeitgeschichte

Wenn man nun wieder zurückgeht auf die eingangs des Rechtsstreits gemachte Feststellung, daß es erst die Verbindung von Beschuldigtem und Straftat ist, die diesen zur relativen Person der Zeitgeschichte macht, und weiter feststellt, daß die Unschuldsvermutung einzubeziehen ist, so müßte man nun zu dem Ergebnis kommen, daß der Beschuldigte nur aufgrund seiner

⁷⁶⁵ *Marxen* in GA 1980, 365, 375; *Wente* in StV 1988, 216, 218 will ein Informationsinteresse der Öffentlichkeit sogar nur dann berücksichtigen, wenn es sich auf eine Information beziehe, die die politische Gestaltung des Gemeinwesens oder von Teilen desselben betreffe. Das folge aus dem Demokratieprinzip.

Beschuldigteneigenschaft keine relative Person der Zeitgeschichte sein kann. Dieses Ergebnis wird aber von der Mehrzahl der in der Literatur vertretenen Stimmen nicht akzeptiert:

(b) Die Wertung der Unschuldsvermutung in der Literatur, unter Einbeziehung des nichtöffentlichen Charakters des Ermittlungsverfahrens

Einen Umgehungsversuch der Unschuldsvermutung macht z.B. *Neumann- Duesberg*, der betont, daß man nicht erst durch das Bekanntwerden der Tat in der Öffentlichkeit zur relativen Person der Zeitgeschichte werde, sondern bereits vorher eine gewissermaßen verborgene relative Person der Zeitgeschichte sein könne. Schon die Begehung der Tat stempelte nämlich den Täter zur relativen Person der Zeitgeschichte.⁷⁶⁶

Das mag zwar stimmen, geht aber am Problem der Bedeutung der Unschuldsvermutung im Ermittlungsverfahren völlig vorbei: Deretwegen ist im Ermittlungsverfahren doch gerade *nicht* davon auszugehen, daß es sich bei dem Beschuldigten auch um den Täter handelt. Insofern mag der *Täter* zwar latent eine relative Person der Zeitgeschichte sein, aus dem Stadium der Latenz kann er jedoch wegen der Unschuldsvermutung innerhalb des Ermittlungsverfahrens nicht auftauchen. Anders ausgedrückt ist der Täter vielleicht bereits durch die Tat eine relative Person der Zeitgeschichte. Der Beschuldigte ist aber nicht der Täter und darf zu diesem Zeitpunkt auch nicht als solcher behandelt werden.

Betrachtet man nun die oben angeführten Meinungen, so stellt man fest, daß diese die Geltung der Unschuldsvermutung für die Auslegung des Begriffs der Zeitgeschichte in den meisten Fällen auch annehmen oder – ohne länger auf diese Frage einzugehen – wohl als gegeben voraussetzen. Dennoch kommt der Großteil von ihnen zu dem Ergebnis, daß die identifizierende Informierung im Ermittlungsverfahren in bestimmten Fällen möglich sein soll. Daß hier die Unschuldsvermutung partiell außer Kraft gesetzt wird, ist offenbar. Es wird daher zu erörtern sein, ob das mit Recht geschieht:

Zunächst ist einzugehen auf die *erstgenannte Meinung* ((1)): Nach dieser waren im Ergebnis vier Aspekte in die Frage einer Informierung einzubeziehen:

Erstens das Vorliegen einer Straftat von besonderer Bedeutung; sodann das Ausmaß des Tatverdachts, also das Vorliegen von Umständen, die wesentlich einen erheblichen Tatverdacht begründen; nächstens das Aufsehen, das die Tat für sich oder im Zusammenhang mit anderen Vorgängen erregt hat, und schließlich die Vorgeschichte des Täters, also etwa, ob er mehrfach vorbestraft ist. Läge also eine Straftat von besonderer Bedeutung vor, wäre das Ausmaß des Tatverdachts erheblich, hätte die Tat erhebliches Aufsehen verursacht und wäre der Täter

⁷⁶⁶ *Neumann- Duesberg*, a.a.O..

vielleicht gar noch vorbestraft, so könnten Informationen über seine Identität weitergegeben werden, wobei nicht ganz klar wird, ob die Voraussetzungen alternativ oder kumulativ oder nur teilweise kumulativ vorliegen müssen.

Die genannten Komponenten sind nun darauf zu untersuchen, ob ihr Vorliegen irgendeine Auswirkung auf die Unschuldsvermutung haben kann.

Was die *Straftat von besonderer Bedeutung* angeht, so kann man dem entgegen, daß mit der Schwere der vorgeworfenen Tat auch die möglichen Beeinträchtigungen exponentiell ansteigen: Es wächst also nicht nur das Informationsinteresse der Öffentlichkeit, sondern (in mindestens ebenso starker Weise) die Gefahr für das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten. Ist z.B. gegen eine Person der Vorwurf des Ladendiebstahls geäußert worden, so hat zum einen die Öffentlichkeit daran kein starkes Informationsinteresse. Andererseits ist aber auch die Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung, die durch einen solchen Vorwurf zu befürchten ist, *verhältnismäßig* gering. Anders sieht es hingegen dann aus, wenn es etwa um den Vorwurf geht, ein Kinderschänder und -mörder zu sein. An dieser Stelle mag das allgemeine Informationsinteresse höher anzusiedeln sein, das Schutzbedürfnis des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten ist es aber jedenfalls auch. Gerade hier kann sich die Stärke der Unschuldsvermutung zeigen, gerade hier kann sie sich bewähren und genau für diese Fälle ist sie in besonderem Maße geschaffen. Das hat in erfreulicher Klarheit die österreichische Rechtsprechung zu dieser Frage erkannt:

Das OLG Wien stellt beispielsweise fest, wenn es sich bei dem gegenüber dem Betroffenen geäußerten Verdacht um eine besonders schwerwiegende Straftat handele, sei angesichts der festzustellenden mitunter (unverhältnismäßigen) Beeinträchtigungsmöglichkeiten der Interessen des Betroffenen durch Preisgabe seiner Identität in der Presseberichterstattung über das Verfahren ein strenger Maßstab anzulegen.⁷⁶⁷ Auch der Oberste Gerichtshof Wien hebt in einem Urteil hervor, wenn es um den Vorwurf schwerster Verbrechen gehe, sei ein Interesse des Betroffenen am Unterbleiben der Veröffentlichung jedenfalls gegeben.⁷⁶⁸

Weiterhin wird in der Literatur gesagt, das zu berücksichtigende Persönlichkeitsinteresse der Betroffenen sei umso schutzwürdiger, je mehr aus dem jeweiligen Vorgang auf ein Fehlverhalten des Genannten geschlossen werden könne.⁷⁶⁹ Daraus darf wohl gefolgert werden, daß beim Verdacht ganz und gar schlimmen Fehlverhaltens eine ganz besonders hohe Schutzwürdigkeit vorliegt.

⁷⁶⁷ OLG Wien in Medien und Recht 1996, 143, 145.

⁷⁶⁸ Oberster Gerichtshof Wien in Medien und Recht 1996, 187 f. sowie 32.

⁷⁶⁹ Koebel in JZ 1966, 389, 390.

Es kommt hinzu, daß das Argument der Schwere der Tat letztlich darauf hinausläuft, daß man dem Beschuldigten die Tatbegehung anlastet und ihm vorhält, mit dieser habe er Anlaß zur Berichterstattung gegeben. Ein solches Vorgehen ist angesichts der Unschuldsvermutung aber nicht hinnehmbar.⁷⁷⁰

Im Ergebnis ist jedenfalls zu sagen, daß die besondere Schwere der Tat gerade kein Kriterium sein kann, das die identifizierende Preisgabe von Informationen rechtfertigt und damit partiell die Unschuldsvermutung aushebelt.

Betrachtet man nun den zweiten Aspekt, die *Tat müsse für sich oder sonstwie Aufsehen erregt* haben, so wird zu dessen Unterstützung etwa gesagt, bei spektakulären Taten müsse Informationsweitergabe möglich sein, andernfalls hätte man über Jahre hinweg nicht über die Beschuldigten berichten dürfen.⁷⁷¹ Dem wird hinzugefügt, wie der Fall des Verdächtigen im Mordfall Kennedy zeige, könne auch ein dringend der Tat Verdächtiger eine relative Person der Zeitgeschichte sein, weil das Interesse der Öffentlichkeit hier bereits an den Verdacht anknüpfe.⁷⁷²

Durch dieses Ergebnis ändert sich allerdings nichts daran, daß die Unschuldsvermutung absolut gilt und aus Praktikabilitäts Erwägungen heraus nicht relativiert werden kann. Wie gesagt, setzt bereits die Informierung über die Beschuldigung den Beschuldigten einer Persönlichkeitsbeeinträchtigung aus, der er wegen der Unschuldsvermutung eigentlich nicht ausgesetzt sein dürfte. Gerade bei spektakulären Taten muß gelten, daß die Unschuldsvermutung unvermindert gilt, weil hier – ebenso wie bei einer Tat schweren Grades – auch die zu besorgende Persönlichkeitsbeeinträchtigung regelmäßig über dem Normalfall liegt. Das zeigt hervorragend das Beispiel des im Mordfall *John F. Kennedy* verdächtigten *Lee Harvey Oswald*: Abgesehen von seiner kurz nach der Tat geschehenen Ermordung, die wohl nicht nur der Informationsweitergabe zuzuschreiben ist⁷⁷³, ist sein Name bis in unsere Tage hinein bekannt. Zu Recht könnte man ihn, lebte er noch, heute als absolute Person der Zeitgeschichte einstufen. Die durch die Weitergabe allein des Verdachtsmoments passierte Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung ist hier so immens, daß sie ein Leben völlig verändern kann.

Beschäftigt man sich mit dem dritten genannten Aspekt, dem *erheblichen Verdachtsgrad*, der gegenüber dem Beschuldigten bestehen soll, ist nicht ganz einzusehen, wieso allein das Vorliegen eines solchen Verdachts bei der Staatsanwaltschaft ein Argument sein kann. Die Tatsache allein, daß die Staatsanwaltschaft einem Tatverdacht einen bestimmten, erhöhten Grad einräumt, hat im Strafverfahren im Rahmen der StPO keine Auswirkung. Um durch den er-

⁷⁷⁰ Wie hier auch *Kühl*, a.a.O., S. 414.

⁷⁷¹ *Von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, S. 213 f.

⁷⁷² *Neumann-Duesberg* in JZ 1971, 305, 306.

höhten Verdachtsgrad zu zusätzlichen Handlungsmöglichkeiten, etwa Zwangsmaßnahmen, zu kommen, bedarf es regelmäßig auch einer gerichtlichen Entscheidung. Das alleinige Bestehen eines erhöhten Verdachtsgrades bei der Staatsanwaltschaft kann daher rechtlich nicht von Bedeutung sein.

Abgesehen davon kann ein erheblicher Verdachtsgrad zwar als solcher Ermittlungsmaßnahmen legitimieren, nicht aber die darüber hinausgehende soziale Anprangerung des Beschuldigten. Strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen sind nämlich nur deshalb kein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung, weil sie den Ermittlungszweck schützen. Diesen Zweck verfolgt aber die Weitergabe von Information an die Öffentlichkeit in aller Regel nicht.⁷⁷⁴

Ein erhöhter Verdachtsgrad kann daher im Ergebnis für sich auch kein Argument zur partiellen Ausschaltung der Unschuldsvermutung sein.

Auch der Aspekt des „*sozialwidrigen Vorverhaltens*“ des Beschuldigten, wie z.B. Vorstrafen, kann keine Rolle spielen. Der Vorbestrafte hat wie jeder andere ein Recht darauf, nicht als Täter einer Tat zu erscheinen, die er nicht begangen hat. Zu seinen Gunsten gilt die Unschuldsvermutung unvermindert fort. Die dissozialisierende Wirkung der Informierung wäre in diesen Fällen vielleicht sogar noch stärker.

Man kann mithin feststellen, daß keiner der genannten Aspekte geeignet ist, eine Informierung entgegen der Unschuldsvermutung zu ermöglichen. Die erstgenannte Meinung bietet demnach keinen brauchbaren Lösungsansatz, um eine identifizierende Informierung zu begründen. Es bleibt daher bei der Aussage, daß die Unschuldsvermutung die Unzulässigkeit identifizierender Informierung zur Folge hat.⁷⁷⁵

Zu prüfen ist, ob das eventuell durch Gesichtspunkte der *zweitgenannten Ansicht* ((2)) anders zu beurteilen ist. Deren Grundgedanke war, daß durch eine gerichtliche Entscheidung über den Verdachtsgrad eine gewisse „Verfestigung des Verfahrens“⁷⁷⁶ vorliegt, weil in diesen Fällen eine eingehende Prüfung der Verdachtsgründe durch Staatsanwaltschaft *und* Richter erfolgt sein muß.⁷⁷⁷ Die Gründe für eine Grenzziehung genau an dieser Stelle lägen darin, daß durch eine gerichtliche Entscheidung über die Frage des Tatverdachts und die damit eintretende Verfestigung des Verfahrens⁷⁷⁸ dieses ein so erhebliches Stadium erlange, daß der Beschuldigte allein infolge dieser Verknüpfung mit dem Verfahren als Person der Zeitgeschichte angesehen werden könne.⁷⁷⁹

⁷⁷³ Sondern auch einem unermesslichen Potential an vermuteten Geheimbinden.

⁷⁷⁴ *Kühl*, a.a.O., S. 414.

⁷⁷⁵ So im Ergebnis auch *Kühl*, a.a.O., S. 417.

⁷⁷⁶ *Marxen* in GA 1980, 365, 378.

⁷⁷⁷ *Marxen* in GA 1980, 365, 377 f.; im Ergebnis auch OLG Frankfurt NJW- RR 1996, 1490, 1491.

⁷⁷⁸ *Lampe* in NJW 1971, 217, 217.

⁷⁷⁹ *Marxen*, a.a.O..

Dieser Aspekt bietet zunächst den Vorteil eines relativ ausgewogenen und vor allem auch nachvollziehbaren Abgrenzungskriteriums. Nur in diesen Fällen soll dann eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Informationsinteresse und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten überhaupt möglich sein, der gerichtlich festgestellte erhebliche Verdacht ist also jedenfalls eine Hürde, die genommen werden muß. Es stellt sich die Frage, warum es gerade die richterliche Entscheidung ist, die diese Grenze zieht, warum gerade sie „den nötigen Grad an Sicherheit“⁷⁸⁰ für die Verknüpfung bietet.

Die Antwort hierauf ist darin zu erblicken, daß auf diese Art eine gewisse Vergleichbarkeit mit der Eröffnung des Hauptverfahrens hergestellt wird.⁷⁸¹ Auch bei dieser kommt es zu einer gerichtlichen Entscheidung und auch die Interessen der Allgemeinheit sind ab dieser Zeit mitunter anders zu beurteilen. Dieser Gedanke impliziert aber, daß spätestens ab diesem Zeitpunkt eine identifizierende Informierung möglich ist und sich darüber hinaus auch keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Situation der Hauptverfahrenseröffnung und einer gerichtlichen Entscheidung im Ermittlungsverfahren ergeben.

Ab der Hauptverhandlung ist das Verfahren grundsätzlich öffentlich. Aufgrund dieses grundsätzlich öffentlichen Charakters, aber auch weil hier gewissermaßen durch einen Akt richterlicher Unabhängigkeit eine gewisse Verbindung des Beschuldigten mit der Tat festgestellt wird, ist ab diesem Zeitpunkt eine identifizierende Berichterstattung und damit auch identifizierende Informierung der Medien grundsätzlich⁷⁸² zulässig.⁷⁸³ Das bedeutete dann, daß die gerichtliche Entscheidung über den Verdachtsgrad deshalb das Entscheidende ist, weil sie (im Falle der Eröffnung des Hauptverfahrens) die Schwelle des Verfahrens zur Öffentlichkeit darstellt, die überschritten wird, wodurch gewissermaßen eine gerichtsnotorische Verknüpfung zwischen Beschuldigtem und Tat hergestellt wird. Dies kann auch (so ist der logische Schluß) bei einer gerichtlichen Entscheidung im Ermittlungsverfahren der Schritt hin zur Öffentlichmachung des Verfahrens sein, die notwendige Verknüpfung. Um das annehmen zu können, müßten aber die Situationen vergleichbar sein.

Was zunächst die gerichtliche festgestellte Verknüpfung von Tat und Beschuldigtem angeht, so kann man der Annahme zustimmen. Die Gerichtsentscheidung könnte daher ein grundsätzlicher Ansatzpunkt sein, um Tat und Beschuldigten so weitgehend zu verbinden, daß die Annahme gerechtfertigt wäre, der Beschuldigte sei durch die Tat zur relativen Person der

⁷⁸⁰ *Marxen*, a.a.O., S. 378.

⁷⁸¹ *Marxen*, a.a.O..

⁷⁸² Ausnahmen ergeben sich insoweit in bezug auf alle ausnahmsweise nicht-öffentlichen Verfahren oder Verfahrensteile.

⁷⁸³ *Stapper*, Namensnennung, S. 95 f..

Zeitgeschichte geworden. Dieses Ergebnis ließe sich aber nur dann aufrechterhalten, wenn die Situationen sich nicht in bezug auf andere Gesichtspunkte als unterschiedlich darstellen: Deshalb müßte darüber hinaus eine Vergleichbarkeit auch in bezug auf die Öffentlichkeit (d.h. die Rolle der Beschuldigtenrechte und insbesondere der Unschuldsvermutung) gegeben sein.

Augenfällig ist allerdings, daß das *Ermittlungsverfahren* eben *nichtöffentlich* ausgestaltet ist, woran auch eine gerichtliche Entscheidung nichts ändert. Der ehemalige hessische Datenschutzbeauftragte *Simitis* hat in einer Radiosendung dazu einmal gesagt, das Verfahren beginne erst mit der Erhebung der Anklage und erst in diesem Zeitpunkt beginne auch das Interesse der Öffentlichkeit akut zu werden: „Was davor ist, das müßte möglichst aus der Öffentlichkeit herausbleiben.“⁷⁸⁴

Man könnte daher annehmen, daß die *Situationen wegen des nichtöffentlichen Charakters des Ermittlungsverfahrens nicht vergleichbar* sind. Das wäre aber nur dann der Fall, wenn das Ermittlungsverfahren zum Schutz des Beschuldigten nichtöffentlich ausgestaltet wäre und darin deshalb eine Ausprägung der Unschuldsvermutung zu sehen wäre. Nur dann wären die Situationen in bezug auf die Gefährdung der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten und die Unschuldsvermutung per se nicht vergleichbar. Anders stellte es sich hingegen dar, wenn der durch den nichtöffentlichen Charakter eintretende Schutz des Beschuldigten nur ein zufälliges Nebenprodukt wäre, nicht aber Intention des nichtöffentlichen Charakters. Worin der *nicht-öffentliche Charakter des Ermittlungsverfahrens begründet* ist, ist umstritten:

Einerseits wird die Ansicht vertreten, die nichtöffentliche Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens sei mindestens auch darauf zurückzuführen, daß die Interessen des Beschuldigten geschützt werden sollten. Dieser werde von der Öffentlichkeit allzu leicht als Täter angesehen, wenn das Ermittlungsverfahren erst einmal eröffnet sei, weil große Teile der Öffentlichkeit hier keine Differenzierung vornähmen.⁷⁸⁵ Der tiefere Sinn des nichtöffentlichen Charakters des Ermittlungsverfahrens sei darin zu erblicken, daß angesichts der Unschuldsvermutung eine vorzeitige, möglicherweise unberechtigte Bloßstellung des Beschuldigten verhindert werden solle.⁷⁸⁶ Zweck des nichtöffentlichen Charakters sei also auch der Schutz des Beschuldigten.⁷⁸⁷ Dementsprechend könnte also der nichtöffentliche Charakter die Berichterstattung über einen Beschuldigten im Ermittlungsverfahren durchaus einschränken.⁷⁸⁸

⁷⁸⁴ Zitat gefunden bei *Koch* in ZRP 1989, 401, 402.

⁷⁸⁵ OLG Braunschweig AfP 1975, 913 ff..

⁷⁸⁶ *Ostendorf* a.a.O., S. 453.

⁷⁸⁷ *Von Becker*, Straftäter, S. 209.

⁷⁸⁸ So auch: *Bornkamm* in NSiZ 1983, 102, 105; *von Becker* a.a.O..

Dem wird entgegengehalten, die Tatsache, daß das Ermittlungsverfahren nichtöffentlich ausgestaltet sei, habe historische Gründe: Ursprünglich sei der Inquisitionsprozeß insgesamt öffentlich gewesen, habe sich aber im Laufe der Zeit dahingehend entwickelt, daß nur noch die Urteilsverkündung öffentlich gewesen sei, der Rest des Verfahrens hingegen nichtöffentlich.⁷⁸⁹ Das habe damals sicherlich nicht den Zweck gehabt, die Interessen des Beschuldigten zu schützen, sondern sei in gesellschaftspolitischen Ursachen und der mangelhaften Verfahrensstruktur begründet gewesen.⁷⁹⁰ Die grundsätzlich öffentliche Struktur des Strafverfahrens sei erst Ende des 18. Jahrhunderts wieder eingeführt worden⁷⁹¹, das Ermittlungsverfahren sei freilich bis heute nichtöffentlich geblieben. Der Gesetzgeber sei diesbzgl. also untätig geblieben, was jedoch nicht ausschlaggebend darin begründet gewesen sei, daß er die Interessen des Beschuldigten in besonderem Maße habe schützen wollen.⁷⁹² Deshalb seien aus der Tatsache, daß das Ermittlungsverfahren nichtöffentlich ausgestaltet sei, keine Schlußfolgerungen möglich hinsichtlich der Frage, ob identifizierende Berichterstattung im Ermittlungsverfahren zulässig ist oder nicht.⁷⁹³ Das Ermittlungsverfahren sei vielmehr deshalb nichtöffentlich ausgestaltet, weil Öffentlichkeit die Sachverhaltsermittlung und Wahrheitsfindung⁷⁹⁴ unzumutbar erschweren würde.⁷⁹⁵ Ziel des Gesetzgebers sei also gewesen, die Arbeit der Behörden zu erleichtern, nicht aber, die Interessen des Beschuldigten zu schützen. Daß durch den nichtöffentlichen Charakter auch das passiere, sei ein reiner Rechtsreflex.⁷⁹⁶

Das alles mag rechtshistorisch gesehen zutreffen. Man kann allerdings mit Fug und Recht den Aussagewert einer solchen Feststellung in Zweifel ziehen, hat sich doch vieles, auch „gesellschaftspolitisch“ seit den Zeiten des Inquisitionsprozesses, ja sogar seit denen des StPO-Gesetzgebers geändert, und nicht zum Nachteil des Beschuldigten, wie man meinen möchte. Angesichts des immensen Gewichts, das heutzutage der Berichterstattung in den Medien bei der öffentlichen Meinungsbildung zukommt, und der dadurch allzu häufigen Beeinträchtigung von Interessen des Beschuldigten, auch angesichts der heute doch stärker das Strafprozeßrecht beeinflussenden Unschuldsvermutung kann man wohl sagen, daß ein Gesetzgeber heute, hätte er ein Strafverfahrensrecht zu gestalten, die Vorgabe der Nichtöffentlichkeit ganz bestimmt auch aus Gründen des Beschuldigtenschutzes umzusetzen hätte. Man muß sich vor allem vor Augen führen, daß, wenn jemand zur Zeit des Inquisitionsprozesses, aber auch noch zu Zeiten

⁷⁸⁹ *Zielemann*, Der Tatverdächtige, S. 72 f..

⁷⁹⁰ *Kaufmann* in JuS 1961, 250, 250.

⁷⁹¹ *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, S. 66.

⁷⁹² *Stapper*, Namensnennung, S. 90 f.; *Zielemann*, Der Tatverdächtige, S. 72 f..

⁷⁹³ *Stapper*, Namensnennung, S. 91; *Zielemann*, Der Tatverdächtige, S. 73.

⁷⁹⁴ Die man als Zweck des Ermittlungsverfahrens versteht, vgl. zu diesem Mißverständnis oben, Teil 2 A. II. 3.b.bb..

⁷⁹⁵ *Stapper*, Namensnennung, S. 91; *KK-Pfeiffer*, Einleitung, Rn 35.

des StPO- Gesetzgebers beschuldigt wurde, das eine örtlich relativ begrenzte Wirkung hatte. Das wäre heute aber ganz sicher nicht anzunehmen, einfach aufgrund der Allpräsenz der Medien. Hinzu kommt, daß sich der Rechtsstaat erfreulicherweise auch im Wirkungskreis der StPO hat durchsetzen können. Aufgrund der vom Ermittlungsverfahren ausgehenden schwerwiegenden und anhaltenden Wirkungen wäre es wohl nicht zu weit hergeholt, es als einen unverhältnismäßigen und daher verfassungswidrigen Eingriff in die Rechte des Beschuldigten anzusehen, wenn man schon dieses öffentlich ausgestaltete. Aus beidem ist zu schließen, daß ein aktueller Gesetzgeber die Nichtöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens ganz sicher auch aus Gründen des Beschuldigtenschutzes zu wahren hätte. Seiner Untätigkeit kann daher auch nur entnommen werden, daß die aktuelle Rechtslage dieser Situation bereits entspricht, nicht aber daß die Beschuldigteninteressen keine gewichtige Rolle spielten bei der Nichtöffentlichkeit des Ermittlungsverfahrens. Der erstgenannten Ansicht ist also Recht zu geben. Der nicht-öffentlichen Charakter des Ermittlungsverfahrens ist mindestens auch durch den Schutz des Beschuldigten und die Unschuldsvermutung bedingt, denen in diesem Verfahrensstadium eine ganz besonders hervorgehobene Bedeutung zukommt.

Die Situation der gerichtlichen Entscheidung im Ermittlungsverfahren und derjenige bei Eröffnung des Hauptverfahrens ist also nicht vergleichbar. Es kann demnach in der richterlichen Entscheidung im Ermittlungsverfahren auch kein hinreichendes Indiz für eine Verbindung des Beschuldigten mit der Tat erblickt werden, weil der nichtöffentliche Charakter des Ermittlungsverfahrens Ausdruck einer grundlegenden Unterschiedlichkeit der beiden Situationen (richterliche Entscheidung im Ermittlungsverfahren und bei der Eröffnung des Hauptverfahrens) ist. Auch durch eine richterliche Entscheidung wird demnach im Ermittlungsverfahren keine Grenze gezogen, die im Hinblick auf die identifizierende Informierung von Bedeutung sein kann.

Die Ansicht, die in der gerichtlichen Entscheidung eine ausreichende Verfahrensverfestigung erblickt und daraus den Schluß zieht, von hier an sei es grundsätzlich denkbar, daß identifizierende Information weitergegeben werde, ist abzulehnen. Es bleibt also bei dem Ergebnis, daß aufgrund der Unschuldsvermutung die Tat nicht als Anknüpfungspunkt dienen kann, um den Beschuldigten zu einer relativen Person der Zeitgeschichte zu machen. Eine identifizierende Informierung ist somit als unzulässig anzusehen.

Dieses Ergebnis würde im wesentlichen dem der drittgenannten Ansicht entsprechen, muß sich aber vor einer endgültigen Bestätigung im Rahmen dieser Arbeit noch zwei Überprüfungen stellen:

⁷⁹⁶ *Stapper*, Namensnennung, S. 91.

Zum einen wurde im Abschnitt über die Systematisierung der positiv gegebenen Normen die These aufgestellt, daß eine Lösung des Problems der (von den Strafverfolgungsbehörden gewollten) identifizierenden Informierung so geartet sein wird, daß ein Ausgleich zwischen den beiden vorhandenen „Normengruppen“ geschaffen wird, einerseits §§ 22 ff. KunstUrhG, andererseits den Normen der Landespressegesetze. Weiterhin wurde gesagt, angesichts der beiderseitigen Verschränkungen könne davon ausgegangen werden, daß eine Informierung, die nach den Landespressegesetzen erforderlich ist, nach §§ 22 ff. KunstUrhG nicht unzulässig sein dürfte, weil die Regelungen den Ausgleich gewissermaßen in sich trügen, eine Lösung sich daher in ihrem Wortlaut bewegen werde.

(c) Überprüfung des so gefundenen Ergebnisses anhand des dargestellten Normensystems, insbesondere der Regelungen der Landespressegesetze

Daher ist nun zu prüfen, ob sich das hier gefundene Ergebnis, daß nämlich eine identifizierende Informierung zu *reinen* Informationszwecken im Ermittlungsverfahren nicht zulässig ist, auch anhand der Landespressegesetze bestätigt:

§ 4 I Landespressegesetz⁷⁹⁷ räumt den Medien⁷⁹⁸ einen Auskunftsanspruch gegenüber den Behörden ein. Als Behörde in diesem Sinne gilt auch die Staatsanwaltschaft.

Dieser Anspruch ist aber nun in doppelter Hinsicht beschränkt. Die erste Beschränkung des Informationsanspruchs ergibt sich bereits aus der Natur der Sache: Die begehrten Auskünfte sind den Medien nur zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe zu gewähren, und nur im Rahmen dieser Aufgabe besteht ein Auskunftsanspruch.⁷⁹⁹

Fraglich ist demnach, ob eine identifizierende Berichterstattung der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe dienen kann. Angesichts der Tatsache, daß oben bereits angenommen wurde, daß eine identifizierende Berichterstattung von der Medienfreiheit gedeckt ist⁸⁰⁰, wird man hier wohl nur zu dem Ergebnis kommen können, daß eine solche Berichterstattung auch der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Medien dienen kann. Jedenfalls scheidet ein Auskunftsanspruch nicht bereits aus, weil eine identifizierende Berichterstattung zu reinen Informationszwecken im Ermittlungsverfahren nicht als dieser Aufgabe dienend anzusehen wäre.

⁷⁹⁷ Aufgrund der einfacheren Darstellung soll im folgenden statt aller Abkürzungen der Landespressegesetze nur noch Landespressegesetz geschrieben werden. Aus demselben Grund wird die folgende Problematik anhand von § 4 Landespressegesetz erörtert, in dem die einzelnen Landespressegesetze diese Frage ganz überwiegend regeln.

⁷⁹⁸ Es wird – wie gezeigt – davon ausgegangen, daß die folgenden Erörterungen nicht nur für die Presse gelten, sondern durch Regelungen in den einzelnen Landespressegesetzen bzw. analoge Anwendung für die Medien allgemein gelten.

⁷⁹⁹ Löffler, Presserecht II, Landespressegesetze (2. A.), § 4, Rn 39.

⁸⁰⁰ Teil 2 B. III. 2.a.bb.(3).

Darüber hinaus sind die Auskunftsansprüche in den Landespressegesetzen durch Auskunftsverweigerungsgründe beschränkt. Für die Arbeit ist an dieser Stelle bedeutend, daß Bestandteil der meisten Auskunftsverweigerungsgründe schutzwürdige private Interessen sind.

Es ist also zu prüfen, ob der identifizierenden Informierung der Medien zu reinen Informationszwecken im Ermittlungsverfahren schutzwürdige private Interessen entgegenstehen. Inwiefern die privaten Interessen schutzwürdig sind, ist im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung festzustellen, bei der nicht von vorneherein das private Interesse höher als das Informationsinteresse zu bewerten ist.⁸⁰¹ Die Schutzwürdigkeit hängt demnach davon ab, in welche Sphäre des Persönlichkeitsrechts (die Öffentlichkeits-, die Privat- oder die Intimsphäre) eingegriffen wird. In gleicher Weise ist einzubeziehen, ob derjenige, über den Auskunftsanspruch verlangt wird, durch sein Verhalten selbst das Auskunftsverlangen herbeigeführt hat. Gleiches gilt für die Frage, wie schwer die voraussichtliche Beeinträchtigung für den Einzelnen wiegt und welche Folgen sie hat.⁸⁰² Bezieht man diese Kriterien auf den verdächtigen Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, stellt man fest, daß es sich jedenfalls um einen Eingriff in dessen Privat-, mitunter sogar Intimsphäre handelt. Da zugunsten des Beschuldigten davon auszugehen ist, daß er die in Rede stehende Tat nicht begangen hat, ist ebenfalls anzunehmen, daß er selbst das Auskunftsverlangen *nicht* durch ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt hat. Die voraussichtliche Beeinträchtigung der Beschuldigtenrechte wird im Vergleich mit den Auskunfts- und Informationsinteressen jedenfalls schwer wiegen: Mit ansteigendem Interesse der Öffentlichkeit wird auch das Beeinträchtigungspotential, das eine Identifizierung in sich trägt, steigen.

Angesichts dieser Aussagen sowie der Tatsache, daß die Schutzwürdigkeit der fragilen Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren generell als besonders hoch einzuordnen ist, sind die Interessen des Beschuldigten auch angesichts des Informationsinteresses der Allgemeinheit und der Medien jedenfalls als schutzwürdig anzusehen. Konsequenz dessen ist allgemein, daß das Privatinteresse vorgeht und die Auskunft nicht erteilt werden darf.⁸⁰³ So ist es auch hier: Ein schutzwürdiges privates Interesse des Beschuldigten besteht wie gezeigt. Daher darf die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren keine Information an die Medien weitergeben, die den Beschuldigten identifizieren könnte. Dies ist somit auch das Ergebnis der Untersuchungen nach den Landespressegesetzen.

Die Ergebnisse, die sich aus der Anwendung der §§ 22 ff. KunstUrhG und der Landespressegesetze ergeben, stimmen demnach überein.

⁸⁰¹ Löffler/Ricker, a.a.O. Rn 10.

⁸⁰² Löffler/Ricker, a.a.O..

(d) Überprüfung des Ergebnisses anhand der Arbeitshypothese

Es bleibt zu erörtern, wie sich die Problematik angesichts der Arbeitshypothese für die Informationsverwertung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren darstellt, die eingangs der Arbeit entwickelt wurde. Es ist also sowohl das hier bislang gefundene Ergebnis an der Arbeitshypothese zu messen, als auch umgekehrt die Richtigkeit der Überlegungen am hier gefundenen Ergebnis:

Grundlage dieser Überlegungen war die Einführung der Kategorien „statisch“ und „dynamisch“ hinsichtlich des Umgangs der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren, wobei Information grundsätzlich sowohl die Information selbst, also den „Inhalt“, als auch den Vorgang der Weitergabe dieses Inhalts meint. Letzterer wurde und wird im Rahmen der Arbeit als „Informierung“ bezeichnet. Als es um die Behandlung des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers ging, wurde als sinnvoll erachtet, das Abgrenzungskriterium einer Einteilung in „statische Information“ und „dynamische Information“ einzuführen. Als „statische Informationen“ wurden dabei diejenigen Informationen bezeichnet, die in ihrem Wert für das Ermittlungsverfahren durch eine Informierung nicht mehr verändert werden konnten. Als „dynamische Information“ hingegen solche, die durch eine eventuelle Informierung in ihrem Wert noch betroffen sein konnten.

Anhaltspunkt und gedankliche Stütze im Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten war § 147 II StPO. Eine vergleichbare Norm⁸⁰⁴ existiert in der StPO bzgl. der Öffentlichkeit im weitesten Sinne nicht.⁸⁰⁵ Es bietet sich dementsprechend an, den Versuch einer Übertragung der gefundenen Maßstäbe zu machen.

Letztlich läuft das auf die Frage hinaus, ob die Tatsache, daß die jeweilige Information an die Öffentlichkeit weitergegeben oder ihr vorenthalten wird, einen ebenso entscheidenden Effekt für das Verfahren haben kann, anders ausgedrückt: Kann das Vorenthalten der Information für die Staatsanwaltschaft auch hier von immenser Bedeutung sein? Dies ist allerdings nicht so „eindimensional“ zu bewerten, wie das bei dem Verhältnis des Beschuldigten zur Staatsanwaltschaft der Fall war: War dort die Interessenlage und damit auch die Rollenverteilung klar (der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger wollen Information, spielen mithin eine aktive Rolle, die Staatsanwaltschaft hingegen will die Informierung auf ein Minimum beschränken, ist also

⁸⁰³ Löffler, Presserecht II, zu § 4 LPG Rn 53; insoweit a.A., weil eine Ermessensentscheidung auch in diesen Fällen annehmend: Fechner, Medienrecht, Rn 482.

⁸⁰⁴ Hiermit ist nicht der Fall der identifizierenden Informationsweitergabe zu Fahndungszwecken gemeint.

⁸⁰⁵ Zwar ist, insbesondere in den Ländern, generell geregelt, inwiefern z.B. die Presse einen Auskunftsanspruch gegenüber Behörden haben kann, vgl. etwa Art. 4 I 1 BayPrG, dies bezieht sich aber nicht auf die spezielle Frage der Auskunftserteilung im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

in einer passiven Position), so verschwimmt genau diese Interessenlage im Verhältnis zur Öffentlichkeit. Damit ändert sich auch das Rollenverhalten: Es kann nämlich – wie gezeigt – auch die Staatsanwaltschaft ein Interesse an der Informierung haben, etwa gerade um ein Verfahren zu „dynamisieren“.

Sie hat aber eben auch Sorge dafür zu tragen, daß die Rechte der Beteiligten, etwa das allgemeine Persönlichkeitsrecht, nicht verletzt werden. Zunächst ist also festzustellen, daß die Interessenlage in diesem Verhältnis ungleich komplexer erscheint als zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten.

Durch einen Bezug des statischen oder dynamischen Charakters auf die Information selbst, ihren Inhalt, kann den Persönlichkeitsrechten des Beschuldigten nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen werden. Die Unschuldsvermutung muß unabhängig davon gelten, ob durch die Weitergabe der betreffenden Information diese in ihrem Wert für das Verfahren noch verändert werden kann oder nicht. Wenn es daher etwa um eine Hausdurchsuchung beim Beschuldigten geht, dann kann es für die Unschuldsvermutung keine Rolle spielen, ob durch die Informierung der Wert der Information „Hausdurchsuchung“ noch verändert werden kann oder nicht, ob also die Tatsache der bevorstehenden Durchsuchung oder ihr Ergebnis bekanntgegeben werden sollen. Die im Verhältnis von Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten vorgenommene Kategorisierung macht im Hinblick auf die identifizierende Informierung der Medien durch die Staatsanwaltschaft also keinen Sinn, weil sie die „Mehrdimensionalität“ des hier erörterten Verhältnisses nicht zu berücksichtigen vermag. Dennoch macht der Grundgedanke einer Einteilung in dynamischen und statischen Charakter auch hier durchaus Sinn, nur muß er der konkreten Situation angepaßt werden.

Einen Ansatzpunkt für eine Kategorisierung in diesem Verhältnis kann die gerade angeführte Überlegung bieten, daß auch die Staatsanwaltschaft die Weitergabe, also die Informierung einsetzen kann, um das Verfahren zu „dynamisieren“. Man könnte demnach die Einteilung statisch – dynamisch auf die Informierung und den damit angestrebten Zweck beziehen: Soll und kann durch die Informierung der Erkenntnisstand des Verfahrens in irgendeiner Weise verändert werden, etwa weil neue Erkenntnisse als Resultat der Informierung zu vermuten sind, so wäre dies als „dynamische Informierung“ zu bezeichnen. Wenn die Staatsanwaltschaft also eine Fahndungsmeldung herausgibt, ist Sinn dieser Aktion die Gewinnung von Erkenntnissen über den Aufenthaltsort des Beschuldigten, was für das Verfahren von erheblicher Bedeutung ist.

Ist dies nicht der Fall, kann und soll also die Informierung nicht der Gewinnung neuer Erkenntnisse dienen, handelte es sich um eine „statische Informierung“. Gibt die Staatsanwalt-

schaft im Fall „Ulrike“ bekannt, wie der festgenommene Beschuldigte heißt, so geschieht das mit Sicherheit nicht, um daraus in irgendeiner Weise für das Verfahren erhebliche Erkenntnisse zu erlangen⁸⁰⁶, sondern einzig zum Zwecke der „Trophäenschau“.

Im Rahmen des Akteneinsichtsrechts des Verteidigers war festzustellen, daß die Dynamik der Information zugunsten der Staatsanwaltschaft wirkt: Bei „dynamischer Information“ war die Staatsanwaltschaft berechtigt, dem Verteidiger die jeweilige Information vorzuenthalten, bei „statischer Information“ hingegen nicht. Zu vermuten wäre demnach, daß das im nun relevanten Fall der Informierung vergleichbar einzuordnen wäre: Der dynamische Charakter der Informierung müßte dann zugunsten der staatsanwaltlichen Intention wirken, eine Informierung demnach befördern. Bei einer „statischen Informierung“ hingegen müßte dieser für die staatsanwaltlichen Intentionen positive Effekt der Dynamik entfallen, was tendenziell gegen eine Informierung spräche.

Stellt man sich nun weiterhin die Frage, um welche Art von Informierung es im Fall der zu reinen Informationszwecken erfolgenden Informierung handelt, wird man sagen müssen, daß hier durch den Akt der Informierung der Erkenntnisstand des Verfahrens weder verändert werden soll noch kann. Die Informierung ist hier Selbstzweck und erfolgt nicht um der Erlangung neuer Erkenntnisse willen. Sie ist in diesem Fall demnach als „statische Informierung“ einzuordnen. Infolgedessen wäre nach den oben angeführten Gedanken kein für die staatsanwaltlichen Absichten förderlicher Effekt der Dynamik gegeben, so daß eine Informierung grundsätzlich unzulässig sein müßte.

Diese Feststellung stimmt mit dem Ergebnis der Erörterungen zu §§ 22 ff. KunstUrhG und den Landespressegesetzen überein. Auch das dort gefundene Ergebnis war die Unzulässigkeit einer Informierung bei Beschuldigten, die nicht bereits absolute Personen der Zeitgeschichte sind. Im Falle der §§ 22 ff. KunstUrhG konnte die für § 23 I Nr. 1 KunstUrhG notwendige zeitgeschichtliche Bedeutung des Beschuldigten wegen der fehlenden Verbindung zur Tat nicht hergestellt werden. Bei den Landespressegesetzen stand dem Auskunftsanspruch der Medien ein schutzwürdiges privates Interesse entgegen.

Angesichts der Übereinstimmungen, die sowohl im Rahmen des positivrechtlich Gegebenen als auch unter Zugrundelegen der Arbeitshypothese zu erkennen sind, kann das gefundene Ergebnis als richtig angenommen werden: Die Informierung über den Beschuldigten identifizierende Information im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft an die Medien ist daher unzulässig, wenn sie zum Zwecke der *reinen* Informierung erfolgt. Eine Ausnahme

⁸⁰⁶ Man wird wohl sagen dürfen, daß die neuen Erkenntnisse, die „Bild“ im Folge dieser Pressekonferenz ans Tageslicht brachte, für das Verfahren von nicht völlig entscheidender Bedeutung sind.

ergibt sich insoweit nur bei absoluten Personen der Zeitgeschichte: Hier kann eine Informierung nach Abwägung der gegenüberstehenden Rechte zulässig sein.

Dieses Ergebnis wird darüber hinaus durch das StVÄG von 1999 bestätigt: Der Gesetzgeber hat hier in § 131 StPO ausdrücklich nur die *Öffentlichkeitsfahndung* geregelt, nicht hingegen die Informierung der Medien zu anderen Zwecken. Eine solche findet sich auch in den Regelungen des Achten Buches nicht, die ebenfalls durch das StVÄG Einzug in die StPO fanden und wo eine Regelung darüber vielleicht eher zu erwarten gewesen wäre: § 475 StPO zeigt neben der Formulierung, die sich auf die Anspruchsberechtigten bezieht („Privatperson“ oder „sonstige Stellen“), auch die Tatsache, daß zur Wahrnehmung der dort eingeräumten Rechte ein Rechtsanwalt benötigt wird, daß hier nicht die Medien in ihrer rechtsstaatlich bedeutenden Funktion gemeint sein können. Ginge der Gesetzgeber davon aus, daß den Medien im Ermittlungsverfahren ein Anspruch auf Mitteilung identifizierender Informationen zu reinen Informationszwecken zustünde, hätte er die Gelegenheit, die sich ihm durch das StVÄG bot, wohl genutzt, um das zu regeln. Er tat es allerdings nicht.

b. Die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken

Wer sich näher mit der Frage beschäftigt, ob die Staatsanwaltschaft identifizierende Information über den Beschuldigten zu Fahndungszwecken an die Medien weitergeben darf, der wird sich zwangsläufig mit der Frage zu beschäftigen haben, ob zu diesem Zweck eine identifizierende Berichterstattung in den Medien zulässig ist.⁸⁰⁷ Wer das tut, dem werden zwei Buchstaben immer wieder um die Ohren schwirren: X und Y. A und O der Beiträge zu diesem Thema ist nämlich die Diskussion um die (mittlerweile schon fast legendäre⁸⁰⁸) ZDF- Sendung „Aktenzeichen XY – ungelöst“. Diese war bei ihrer Einführung Anfang der 70er Jahre hoch umstritten, insbesondere die Frage, ob in ihrem Rahmen auch Fahndungsmeldungen gleichsam als Abendunterhaltungen ausgestrahlt werden durften und der gesuchte Beschuldigte somit durch die Wohnzimmer von Millionen Haushalten flimmern sollte. In der Literatur wurden zu der Frage einige verschiedene Ansätze vertreten, wenn ihre Zahl auch nicht die der zu der identifizierenden Informierung aus reinen Informationszwecken geäußerten erreicht.

Man kann die Einführung des neuen § 131 StPO durch das StVÄG von 1999 in der Frage der identifizierenden Informierung zu Fahndungszwecken aber wohl mindestens als eindeutige Aussage des Gesetzgebers verstehen, so daß die Erörterung einer grundsätzlichen Zulässigkeit dieser Art von Informierung nurmehr rechtshistorischen Charakter haben dürfte. Es erscheint

⁸⁰⁷ Auch hier ergibt sich die Notwendigkeit dieser Erörterungen daraus, daß eine Weitergabe von Informationen an die Medien dann nicht im Rahmen von deren Funktion und also unzulässig erfolgt, wenn die Medien zulässigerweise nicht über die betreffende Information berichten dürfen.

nichtsdestotrotz sinnvoll, auf die Frage einzugehen, wann genau eine Zulässigkeit nach § 131 StPO gegeben ist und ob sich dies mit der Zulässigkeit nach den anderen gegebenen Möglichkeiten verträgt. Auch hier gilt die These, daß der Gesetzgeber die einzelnen Regelungen derart verschränkt hat, daß die Zulässigkeit einer identifizierenden Informierung nach der einen Norm immer auch der nach der anderen Norm entsprechen sollte. Im Anschluß daran soll untersucht werden, ob sich das so gefundene Ergebnis in Übereinstimmung bringen läßt mit den grundsätzlichen Überlegungen zur Frage der Informationsbehandlung durch die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren.

Zunächst soll allerdings als historische Remineszenz ein kleiner Überblick über die frühere Rechtsprechung zu diesem Thema gegeben werden, schon deshalb, weil sich deren Aufarbeitung gut dazu eignet, die Probleme des Komplexes darzustellen.

aa. Frühe Rechtsprechung

Im folgenden soll zunächst ein kleiner Überblick über die zusätzlichen Argumente gegeben werden, die sich die Rechtsprechung hierzu einfallen ließ:

Ein immer wieder gebrachtes Argument ist das des OLG Frankfurt, dem man förmlich den händeringenden Willen anmerken kann, ein so effektives Fahndungsmittel wie die Fernsehfangung nicht ungenutzt verstreichen zu lassen. Zu beachten sei nämlich, so das OLG, daß die Ausstrahlung vor einem Millionenpublikum in hohem Maße geeignet sei, zur Verbrechensaufklärung beizutragen.⁸⁰⁹

Auch müßten nicht immer alle „konventionellen“ Ermittlungsmethoden ausgeschöpft werden, jedenfalls wenn eine schnelle Aufklärung nur auf diesem Wege erreichbar sei.⁸¹⁰

Das OLG München stellte in einem Urteil, das auch die XY- Sendung betraf⁸¹¹, fest, eine öffentliche Fahndung sei mindestens bei schweren Verbrechen in angemessenem Verhältnis zum Ausmaß und zur Bedeutung der Straftat ohne weiteres zulässig und angebracht.⁸¹² Die Strafverfolgungsbehörden seien in einem modernen Staatswesen zur Hilflosigkeit verdammt, wenn sie gerade bei schweren Taten nicht auch auf Fahndungsmethoden überörtlichen Charakters zurückgreifen könnten.⁸¹³

⁸⁰⁸ ... „Ich rufe Wien!“

⁸⁰⁹ OLG Frankfurt NJW 1971, 47, 48 f.

⁸¹⁰ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 49; auch OLG Braunschweig NJW 1975, 651, 652 f. und Staudinger- *Hager* § 823 BGB, Rn C 203.

⁸¹¹ OLG München NJW 1970, 1745 f.: (XY- Sendung zum Lebach- Fall).

⁸¹² OLG München, a.a.O., S. 1745.

⁸¹³ OLG München, a.a.O., S. 1745 f.

bb. Problemanalyse

Führt man sich diese Aussagen vor Augen, wird man einige Punkte erkennen, die das Problem der öffentlichen Fahndung, also der Fahndung mit Hilfe der Medien, gut umreißen und damit auch das der Weitergabe von Information an die Medien zum Zwecke solcher Fahndung. Was mit der öffentlichen Fahndung erreicht werden kann, ist je nach Medium vor allem eine extrem große Plattform für das Fahndungsbestreben der Staatsanwaltschaft. Anfang der 70er Jahre sah regelmäßig ein großer Teil aller Fernsehzuschauer „Aktenzeichen XY – ungelöst“. ⁸¹⁴ Für die Strafverfolgungsbehörden stellt also insbesondere das Fernsehen in bezug auf die Fahndungsbreite ein höchst effektives Mittel dar. Denkbar ist allerdings, daß eine Fahndung im kleineren, regionalen Rahmen auch durch Regionalzeitungen geschieht und dann zwar absolut gesehen weniger Menschen erreicht, innerhalb des gesteckten örtlichen Rahmens aber eine höhere Effizienz dahingehend erlangt, daß die Menschen gezielter angesprochen werden, sich demnach stärker persönlich angesprochen fühlen und die Fahndungsmeldung daher viel intensiver wahrnehmen: Wenn man abends im Fernsehen hört, daß ein Beschuldigter deutschlandweit gesucht wird, wird das regelmäßig wenig Eindruck machen. Deutschland ist groß und man kann dann davon ausgehen, daß „der schon nicht bei einem selbst in der Gegend herumläuft“. Anders ist es hingegen, wenn die gleiche Meldung am Morgen in der Regionalzeitung erscheint, weil sich der Gesuchte zuletzt in der betreffenden Gegend aufgehalten hat. Hier erscheint die Möglichkeit des Zusammentreffens realer, die Meldung wird mithin tieferen Eindruck auf den Rezipienten machen.

Wenn man die Urteile der Gerichte liest, so wird eine Tendenz immer wieder deutlich, die in etwa aussagt: Der Verdächtige hat doch heute ganz andere Mittel der Flucht, des Versteckens, da müssen doch auch die Strafverfolgungsbehörden andere Mittel haben dürfen, es muß eine Art Gleichgewicht der Mittel herrschen. Neben dem Urbild der Fahndung, dem öffentlichen Aushang oder Steckbrief, müssen doch – so wird man wohl denken – den Strafverfolgungsbehörden andere, zeitgemäßere und bzgl. der Breitenwirkung effektivere Mittel zur Verfügung stehen.

Neben dieser Breitenwirkung sind vor allem noch zwei Aspekte hervorzuheben, die den Aussagen unausgesprochen zugrundeliegen und bei der öffentliche Fahndung in den Medien von Bedeutung sind:

Zum einen ist dies die Tatsache, daß im Gegensatz zur Informierung aus reinen Informationszwecken neben dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit noch ein sehr konkretes Interesse der Strafverfolgungsbehörden gegeben ist, nämlich das der funktionierenden Strafrechts-

⁸¹⁴ Das OLG Frankfurt spricht wie gesagt von einem Millionenpublikum, vgl. a.a.O..

pflege, daß man also mit anderen Worten Gesuchte auch findet, zur Rechenschaft zieht. Daneben hat aber auch die Allgemeinheit ein über das Informationsinteresse hinausgehendes Interesse an der Informierung, ist doch wenigstens bei einem einer schweren Straftat dringend Verdächtigen zu befürchten, daß auch die Sicherheit der Bevölkerung bedroht sein kann. Die Allgemeinheit sollte, könnte man sagen, von den Gefahren wissen, die ihr drohen, was im übrigen auch im Interesse der Staatsanwaltschaft liegt. Es geht also ganz sicher nicht um die Befriedigung voyeuristischer Triebe.

Auf der anderen Seite hat diese höhere Breitenwirkung aber auch zur Folge, daß die Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten, nach dem gefahndet wird, in ganz erheblich stärkerer Weise beeinträchtigt werden können als bei einer Fahndung durch öffentlichen Aushang. Wenn eine Fahndungsmeldung erst mal in den Fernsehnachrichten, vielleicht noch „AktENZEICHEN XY – ungelöst“ und/ oder den überörtlichen Medien erschienen ist, ist der Gesuchte in einem ganz anderen Grad in der Öffentlichkeit bekannt, als wenn ein DIN A 4 großes Fahndungsplakat im Schaukasten der Gemeinde, der Polizeiwache oder in der örtlichen Sparkassenfiliale hängt.

cc. Versuch einer rechtlichen Einordnung und Lösung

Nachdem nun die Unterschiede tatsächlicher Art zur Informierung aus reinen Informationszwecken aufgezeigt sind, soll versucht werden darzustellen, ob es rechtliche Unterschiede gibt und gegebenenfalls, wo diese liegen. Anders als im Fall der zu reinen Informationszwecken erfolgenden identifizierenden Informierung sind hier nicht mehr nur die zwei Normensysteme ausschlaggebend, die dort als rechtlich relevant dargestellt wurden, einerseits §§ 22 ff. KunstUrhG und andererseits die Normen der Landespressegesetze. Darüber hinaus ist hier auch der neue § 131 StPO zu erörtern.

Wie bereits gesagt, soll dann einer Abstimmung der einzelnen Normen untereinander und mit der Arbeitshypothese erfolgen.

Bevor dies erörtert werden kann, gilt es zunächst, sich mit der Ansicht des OLG Frankfurt auseinanderzusetzen, daß neben dem zu dieser Frage auch damals schon vorhandenen positiven Recht auch noch die Wahrnehmung berechtigter Interessen als Rechtsgrundlage für eine solche Veröffentlichung herangezogen werden kann.⁸¹⁵ Es wird zu fragen sein, ob für eine solche Rechtsgrundlage überhaupt noch Platz sein kann und – falls ja – ob diese durchgreift.

⁸¹⁵ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 49.

(1) Die Wahrnehmung berechtigter Interessen

Das OLG Frankfurt führt in seinem Urteil aus, es handele sich bei der in Rede stehenden Tat nicht um eine Bagatellsache, sondern um eine Straftat von erheblicher Bedeutung.⁸¹⁶ Außerdem sei Wiederholungsgefahr gegeben, weil in dem Täter wegen seiner „gebrochenen deutschen Aussprache und [der Benutzung] englischer, jedenfalls fremdländischer, Sätze oder Satzteile“⁸¹⁷ ein Serientäter zu vermuten sei. Es sei die hohe Effizienz des Fahndungsmittels Fernsehen zu berücksichtigen und die Tatsache, daß der Täter (sic!) bereits in großem Ausmaße verdächtig sei.⁸¹⁸ Deshalb sei bereits unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung berechtigter Interessen die Identifizierung des Beschuldigten zulässig gewesen.⁸¹⁹

Diese Argumentation des Gerichts begegnet allerdings erheblichen Bedenken:

Ganz abgesehen von den teilweise rechtsstaatlich haarsträubenden Formulierungen (wenn etwa der mutmaßliche Täter allein wegen des gebrochenen Deutschen als vermutlicher Serientäter eingestuft wird oder vom gesuchten Beschuldigten als „Täter“ gesprochen wird) fragt man sich zunächst, warum das Gericht mehr oder weniger völlig unsystematisch Argumente anhäuft, ohne diese rechtlich einzuordnen oder gar auf vorhandene Normen zurückzugreifen. Diese (nämlich §§ 22 ff. KunstUrhG) werden dann im Anschluß an die Erörterung der Wahrnehmung berechtigter Interessen noch angeführt, allerdings eher hilfswiese. Es mutet aber recht merkwürdig an, zuerst auf eine Konstruktion zurückzugreifen, die ihren Niederschlag so nicht im positiven Recht findet (was vom Gericht auch nicht behauptet wird)⁸²⁰, um erst *danach* auf die vorhandenen rechtlichen Grundlagen zu rekurrieren. Normal wäre eigentlich, zunächst das als Grundlage einer rechtlichen Prüfung zu gebrauchen, was normiert ist. Damit umgeht das Gericht nämlich auch die *eigentliche* Frage, ob neben den §§ 22 ff. KunstUrhG noch ein weiterer Grund denkbar wäre, warum die Verbreitung identifizierender Informationen aus Fahndungsgründen zulässig sein sollte. Da es im Fall darum ging, ob das ZDF in der XY- Sendung die identifizierende Fahndungsmeldung ausstrahlen dürfe, und nicht um die Frage, ob die Weitergabe der hierzu notwendigen Informationen durch die Staatsanwaltschaft an die Medien zulässig war, waren die Landespressegesetze nicht in die Betrachtung einzubeziehen. Ebensowenig wäre nach heutiger Rechtslage auf § 131 StPO in seiner

⁸¹⁶ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 48, es ging um einen Fall, in dem der Beschuldigte verdächtigt wurde, mit einem weiteren Verdächtigen zusammen in die Wohnung eines Ehepaars eingedrungen zu sein, dieses geschlagen und gefesselt sowie die Ehefrau vergewaltigt und anschließend Schmuck und Bargeld im Wert von insgesamt etwa 3500 – 4500 DM mitgenommen zu haben.

⁸¹⁷ OLG Frankfurt, a.a.O..

⁸¹⁸ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 48 f.; in Verkennung der Tatsache, daß ein Täter, wenn er erst einmal als solcher feststeht, nicht verdächtig ist, daß sich die Begriffe Täter und verdächtig demnach ausschließen.

⁸¹⁹ OLG Frankfurt, a.a.O., S. 49.

neuen Fassung einzugehen. Gegenstand der Arbeit ist allerdings genau diese Frage, weshalb sich das Problem hier dahingehend modifiziert, ob neben den §§ 22 ff. KunstUrhG sowie § 131 StPO und den relevanten Normen der Landespressegesetze noch andere rechtliche Gründe denkbar sind, weshalb die identifizierende Information zu Fahndungszwecken zulässig sein könnte.

Bereits die Struktur und auch die Ratio der in Rede stehenden Normen deuten darauf hin, daß es sich hierbei um eine spezialgesetzliche und abschließende Regelung handelt, so daß schon aus diesem Grund daneben keine anderen Rechtfertigungsgründe zuzulassen sein sollten.⁸²¹

Es machte schlichtweg keinen Sinn, die Verbreitung identifizierender Informationen wegen der regelmäßig damit einhergehenden Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen spezialgesetzlich zu regeln, um dann daneben weitere Gründe zuzulassen, aufgrund derer eine solche Verbreitung zulässig ist und durch die dann eine Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts passieren kann. Genau aus diesem Grund regelt der Gesetzgeber Eingriffe in die Rechte der Einzelnen. In den §§ 22 ff. KunstUrhG sind die gegenseitigen Interessen bereits so weitgehend konkretisiert, daß eine korrigierende Abwägung nicht mehr möglich ist.⁸²² Davon abgesehen greift ein solcher Rechtfertigungsgrund nicht durch. Natürlich kann grundsätzlich jeder berechnete Interessen wahrnehmen, das allerdings nur bis zu dem Punkt, an dem er in die Rechte anderer einzugreifen beginnt. Danach braucht jeder (und ganz bestimmt auch die Staatsanwaltschaft) eine Rechtsgrundlage.⁸²³ Es kann daher nicht angehen, daß der Eingriff in Rechte Einzelner für zulässig erklärt wird, ohne dabei auf eine ermächtigende Norm zurückgreifen zu können.

Es ist im Ergebnis davon auszugehen, daß neben den §§ 22 ff. KunstUrhG, § 131 StPO und den einschlägigen Normen der Landespressegesetze keine weiteren Gründe für eine Zulässigkeit gegeben sein können. Diese Regelungen sind als im Hinblick auf die in Rede stehende Fragestellung abschließend anzusehen. Es wird im weiteren also zu klären sein, ob und wann nach diesen Normen eine identifizierende Information zulässig ist.

⁸²⁰ Der von *Neumann-Duesberg* (in JZ 1971, 305, 308) in diesem Zusammenhang ins Spiel gebrachte § 193 StGB wird vom Gericht in der Entscheidung – soweit für den Verfasser ersichtlich – an keiner Stelle auch nur erwähnt.

⁸²¹ So auch *Benke* in JuS 1972, 257, 260; a.A. OLG Frankfurt a.a.O. und *Neumann-Duesberg* in JZ 1971, 305, 308.

⁸²² *Ostendorf* a.a.O., S. 454.

⁸²³ *Neumann-Duesberg* a.a.O..

(2) § 131 StPO

Bereits das OLG München nahm in seiner Entscheidung, die ebenfalls die XY – Sendung betraf⁸²⁴, Bezug auf den alten § 131 StPO.⁸²⁵ Nach alter Rechtslage ließ sich eine identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken allerdings nicht auf § 131 StPO stützen, da dieser explizit nur Steckbriefe betraf.⁸²⁶

Durch das StVÄG von 1999 hat sich in dieser Hinsicht nun Einiges geändert: § 131 I StPO erfaßt jetzt die Ausschreibung zur Festnahme, was zunächst eine etwas weitere Fassung ist als vorher.⁸²⁷ Darüber hinaus erlaubt § 131 III StPO aber auch explizit die Öffentlichkeitsfahndung durch die Staatsanwaltschaft unter bestimmten Voraussetzungen. Wie gesagt⁸²⁸ ist darunter die Fahndung in den Medien zu verstehen, der Öffentlichkeitsfahndung liegt also die identifizierende Informierung der Medien zugrunde. Damit hat der Gesetzgeber also ausdrücklich die Zulässigkeit einer solchen Informierung angenommen. Zu klären ist damit im Rahmen von § 131 StPO nur noch, wie weit diese Zulässigkeit geht, wann also eine solche Informierung möglich ist.

§ 131 III StPO verweist zunächst auf die Voraussetzungen des § 131 I StPO. Dieser verlangt, um eine Ausschreibung zur Fahndung veranlassen zu können, einen Haft- oder Unterbringungsbefehl. Würde die Entscheidung über den Haftbefehl durch den Haftrichter aber den Fahndungserfolg gefährden, kann nach § 131 II 1 StPO bei Vorliegen der Voraussetzungen des Haft- oder Unterbringungsbefehls die Staatsanwaltschaft ausnahmsweise auch ohne den entsprechenden Befehl handeln.⁸²⁹

§ 131 III 1 StPO ergänzt diese Voraussetzungen der Öffentlichkeitsfahndung zunächst durch das Erfordernis einer Straftat von erheblicher Bedeutung⁸³⁰, daneben wird eine Art Subsidiaritätsklausel eingeführt, daß nämlich andere Formen der Fahndung erheblich weniger Erfolg versprechen müssen oder wesentlich erschwert sind. Umschrieben wird mit den Voraussetzungen letztlich das, was nach allgemeiner Ansicht für eine Öffentlichkeitsfahndung schon bisher galt, daß nämlich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist.⁸³¹

Nach § 131 StPO ist eine Öffentlichkeitsfahndung und damit auch die identifizierende Informierung der Medien demnach nur dann zulässig, wenn ein Haft- oder Unterbringungsbefehl

⁸²⁴ OLG München in NJW 1970, 1745 f..

⁸²⁵ Vgl. dazu auch *Benke* in JuS 1972, 257, 258.

⁸²⁶ So ganz h.M., vgl. statt mehrerer *Benke* a.a.O..

⁸²⁷ *Pfeiffer*, § 131, Rn 2; *Beulke*, StPO, Rn 259.

⁸²⁸ S.o., Teil 2 B. III. 3.e..

⁸²⁹ *Hilger*, a.a.O.; *Brodersen*, a.a.O..

⁸³⁰ *Hilger*, a.a.O.; *Brodersen*, a.a.O..

⁸³¹ *KK-Boujong*, a.a.O..

vorliegt, es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und die „Subsidiaritätsklausel“ gewahrt wird, die Öffentlichkeitsfahndung also insgesamt verhältnismäßig ist.

Im weiteren wird zu untersuchen sein, ob die Regelungen des § 131 in seiner Fassung mit der bisherigen Rechtslage nach den §§ 22 ff. KunstUrhG und den Vorschriften der Landespressegesetze und letztlich der Arbeitshypothese in Einklang zu bringen ist.

(3) Die §§ 22 ff. KunstUrhG

Nach § 22 I 1 KunstUrhG ist Normalfall der Verbreitung identifizierender Information, also auch der Weitergabe solcher Information an die Medien durch die Staatsanwaltschaft, daß dafür die Einwilligung des Identifizierten notwendig ist. Es ist davon auszugehen, daß eine solche bei einer Fahndung nie vorliegen dürfte. Der Normalfall wird also auch in diesem Fall zur Informierung nicht weiterhelfen. Es ist dementsprechend nach Gründen zu suchen, die eine Informierung als *ausnahmsweise* zulässig erscheinen lassen können. In Frage kommen die §§ 23 I Nr. 1 und 24 KunstUrhG. Zunächst ist zu prüfen, ob eine Informierung zu Fahndungszwecken nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG zulässig sein kann. Im Anschluß daran wird § 24 KunstUrhG untersucht werden.

(a) § 23 I Nr. 1 KunstUrhG

Um noch einmal auf das OLG Frankfurt zurückzukommen, so beinhaltete dessen Entscheidung nicht nur die bemerkenswerten Ausführungen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen, sondern stellte auch die Behauptung auf, darüber hinaus sei der Gesuchte wegen der Schwere der betreffenden Tat eine relative Person der Zeitgeschichte und also eine Veröffentlichung jedenfalls nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG zulässig. Es soll an dieser Stelle kein weiteres Mal ausführlich auf die Frage eingegangen werden, ob allein diese Feststellungen ausreichen können, um den Beschuldigten zur relativen Person der Zeitgeschichte zu machen. Einen genaueren Blick verdient allerdings die grundsätzliche Frage, ob die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken überhaupt in den Anwendungsbereich des § 23 I Nr. 1 KunstUrhG fällt.

Dazu wird gesagt, dieser sei nur anzuwenden, wenn es um ein generelles Informationsinteresse der Öffentlichkeit gehe, um Informationen über das Verbrechen, also z.B. um dessen Hergang, den Erfolg der Fahndung u.ä.. Die Veröffentlichung des Bildes des Beschuldigten diene aber in Fahndungsfällen nicht dem Interesse der Öffentlichkeit, über ein Verbrechen unterrichtet zu werden, sondern der Einbeziehung der Zuschauer in die Fahndung, um die Effizienz

derselben zu erhöhen. Das sei von § 23 I Nr. 1 KunstUrhG aber nicht umfaßt.⁸³² Außerdem betreffe diese Vorschrift nur Privatpersonen, könne also nicht als Rechtfertigung für die Veröffentlichungspraxis der Staatsanwaltschaft herhalten.

Im Rahmen von § 23 I Nr. 1 KunstUrhG könne das entscheidende Motiv nicht sein, daß mit der Veröffentlichung Verbrechensaufklärung, -verfolgung und -verhütung bezweckt würden. Bei § 23 I Nr. 1 KunstUrhG sei vielmehr *nur* das Informationsinteresse der Öffentlichkeit zu berücksichtigen.⁸³³ Wenn beide Interessenlagen zusammenträfen, also durch eine Veröffentlichung sowohl das Informationsinteresse der Öffentlichkeit als auch das der Verbrechensaufklärung, -verfolgung und -verhütung erreicht werden solle, lasse sich diese Veröffentlichung jedenfalls dann nicht auf § 23 I Nr. 1 KunstUrhG stützen, wenn das Motiv der Verbrechensaufklärung, -verfolgung und -verhütung überwiege. § 23 I Nr. 1 KunstUrhG könne nämlich nicht erweitert werden auf andere Öffentlichkeitsanliegen als das bloße Informationsinteresse, weil das eine unzulässige Ungleichbehandlung bedeutete.⁸³⁴ Die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken lasse sich auch dann nicht auf § 23 I Nr. 1 KunstUrhG stützen, wenn der Betroffene eine Person der Zeitgeschichte sei.⁸³⁵ In diesen Fällen sei demnach § 24 KunstUrhG anzuwenden⁸³⁶, dessen Existenz zeige, daß der Gesetzgeber die Interessen der Rechtspflege gesondert berücksichtigt habe.⁸³⁷

Dieser Ansicht ist schon deshalb zu folgen, weil sich für eine Anwendung von § 23 I Nr. 1 KunstUrhG auf die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken keine triftigen Gründe finden lassen.⁸³⁸ In der Tat machte § 24 KunstUrhG keinerlei Sinn, würde man diese Fälle bereits nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG beurteilen.

Die Zulässigkeit der identifizierenden Informierung richtet sich mithin nicht nach § 23 I Nr. 1 KunstUrhG.

(b) § 24 KunstUrhG

Bleibt § 24 KunstUrhG, eine Vorschrift, die das OLG Frankfurt lediglich dazu gebrauchte, ihr den Willen des Gesetzgebers zu entnehmen, daß der Schutz der Persönlichkeit gegebenenfalls zurückzutreten habe, wenn es um die Verhinderung und Aufklärung von Verbrechen gehe.⁸³⁹

Angesichts des Wortlauts dieser Norm kann man dem nur zustimmen. Es wäre allerdings inte-

⁸³² Benke in JuS 1972, 257, 260 unter Hinweis auf OLG München a.a.O., S. 1745.

⁸³³ Neumann-Duesberg a.a.O., S. 306.

⁸³⁴ Neumann-Duesberg a.a.O., S. 307.

⁸³⁵ Neumann-Duesberg a.a.O..

⁸³⁶ Ostendorf in GA 1980, 445, 454.

⁸³⁷ Benke a.a.O., S. 261.

⁸³⁸ Auch das OLG Frankfurt nennt keinen solchen, sondern übergeht das Problem schlicht und einfach.

⁸³⁹ OLG Frankfurt a.a.O., S. 49 f..

ressant gewesen zu erfahren, ob dieser normgewordene Wille des Gesetzgebers auch dahingehend zu verstehen ist, daß eine identifizierende Informierung der Medien durch die Staatsanwaltschaft zulässig ist. Eine solche Auseinandersetzung freilich unterließ das Gericht, obwohl § 24 KunstUrhG schon angesichts des Wortlauts diejenige Norm ist, die der in Rede stehenden Situation damals am nächsten kam.

Betrachtet man den Wortlaut von § 24 KunstUrhG, stellt man fest, daß dieser nur die Veröffentlichung von identifizierenden Merkmalen⁸⁴⁰ durch die Behörden gestattet, direkt also nur den Fall meint, in dem etwa die Staatsanwaltschaft selbst an die Öffentlichkeit tritt, ohne dabei die Medien zwischenzuschalten. Wenn jetzt die Staatsanwaltschaft identifizierende Information an die Medien weitergibt, um dort eine Fahndung zu erreichen, sind es also nicht die Strafverfolgungsbehörden selbst, sondern die Medien, die identifizierende Information veröffentlichen. Diese Veröffentlichung geschieht daher nicht aufgrund von § 24 KunstUrhG, sondern aufgrund der behördlichen Genehmigung. Eine solche Erlaubniserteilung durch die Behörde ist in § 24 KunstUrhG direkt nicht vorgesehen.⁸⁴¹ Ob sie sich dennoch auf § 24 KunstUrhG stützen kann, war schon vor der Neuregelung des § 131 StPO umstritten:

Einerseits wurde gesagt, der Wortlaut des § 24 KunstUrhG sei zu eng: Der Gesetzgeber habe bei Einführung des KunstUrhG im Jahre 1907 die technischen Entwicklungen der Neuzeit noch nicht voraussehen können, insbesondere auch noch nicht die Erfindung des Fernsehens. Hätte er dieses getan, hätte er bestimmt das Fernsehen in § 24 KunstUrhG miteinbezogen.⁸⁴² Es sei dann aber zu formalistisch, zu fordern, daß ein Staatsanwalt immer selbst auftreten müsse, zumal auch die Sendung als Ganzes nicht durch die Behörde ausführbar sei, da das Know-how deutlich auf Seiten des jeweiligen Senders liege.⁸⁴³ Wichtig sei dabei aber, daß den Medien, hier insbesondere auch dem Fernsehen, nicht die Abwägung überlassen werden dürfe, also die Entscheidung, *ob* eine solche Veröffentlichung zu Fahndungszwecken stattfinden dürfe oder nicht.⁸⁴⁴ Die bildliche Identifikation zu Fahndungszwecken sei also von § 24 KunstUrhG gedeckt.⁸⁴⁵

Dem wurde entgegengehalten, auch aus § 24 KunstUrhG könne eine Rechtfertigung der Veröffentlichung von Fahndungsbildern in der Sendung nicht entnommen werden, weil er ausschließlich *den Behörden* gestatte, Bildnisse des Betroffenen ohne Befugnis desselben zu veröffentlichen, wenn dies zum Zwecke der Rechtspflege und der öffentlichen Sicherheit ge-

⁸⁴⁰ Es wird darauf verwiesen, daß §§ 22 ff. KunstUrhG als analog anwendbar auf alle Arten identifizierender Informationsweitergabe angenommen wurde, vgl. oben Teil 2 B. III. 3.c..

⁸⁴¹ So auch *Neumann- Duesberg* a.a.O..

⁸⁴² *Neumann- Duesberg*, a.a.O..

⁸⁴³ *Neumann- Duesberg*, a.a.O..

⁸⁴⁴ *Neumann- Duesberg*, a.a.O., S. 310.

⁸⁴⁵ *Ostendorf* in GA 1980, 445, 451.

schehe.⁸⁴⁶ Angesichts des Ausnahmecharakters, der § 24 KunstUrhG kennzeichne, komme auch eine analoge Anwendung von § 24 KunstUrhG nicht Betracht. Darüber hinaus gebe die Staatsanwaltschaft in einem solchen Fall die letzte Entscheidung über den Einsatz des Fahndungsmittels aus der Hand, denn das jeweilige Medium sei ja nicht verpflichtet, von der Gestattung Gebrauch zu machen. Dadurch werde dieses aber faktisch in den Stand versetzt, selbst eine öffentliche Fahndung zu betreiben und so in den Bereich staatlicher Macht einzudringen. Eine öffentliche Fahndung, wie sie z.B. in „Aktenzeichen XY – ungelöst“ geschehe, sei daher persönlichkeitsrechtswidrig und somit unzulässig.⁸⁴⁷

Diesen Ausführungen kann jedoch nicht zugestimmt werden. In der Tat ist nämlich angesichts des Alters des KunstUrhG davon auszugehen, daß der Gesetzgeber den Behörden bei Kenntnis der massenmedialen Möglichkeiten, die sich heute bieten, auch wenigstens die Möglichkeit gegeben hätte, diese zu nutzen. Daß dadurch die in § 24 KunstUrhG notwendige Abwägung der Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten mit dem Nutzen für die öffentliche Sicherheit und / oder die Rechtspflege nicht verzichtbar wird, ist selbstverständlich. In diese ist dann auch der stark beeinträchtigende Charakter einer identifizierenden Berichterstattung in den Massenmedien miteinzubeziehen.

Davon abgesehen gibt die Staatsanwaltschaft hier auch nicht die Entscheidung der Veröffentlichung identifizierender Informationen aus der Hand. Diese Entscheidung vollzieht sich nur einen Schritt früher als bei einer direkt von der Staatsanwaltschaft durchgeführten Fahndung, nämlich nicht direkt vor dem letztlichen Rezipienten, sondern vor dem Transmissionsriemen, mittels dessen dieser erreicht werden soll.

Außerdem kann aus der Neuregelung des § 131 StPO auf den grundsätzlichen Willen des Gesetzgebers geschlossen werden, daß er eine solche identifizierende Informierung der Medien als zulässig ansieht. Die identifizierende Informierung der Medien zu Fahndungszwecken ist demnach auch von § 24 KunstUrhG gedeckt und in dessen Grenzen zulässig.

Im folgenden ist auf die Frage einzugehen, ob der *Zulässigkeit der identifizierenden Informierung* im Rahmen von § 24 KunstUrhG *Grenzen* gesetzt sind.

Einerseits wurde früher behauptet, innerhalb der Zielsetzung der Fahndung sei die Befugnis hierzu unbeschränkt.⁸⁴⁸

Demgegenüber wurde gesagt, die Befugnis zur Fahndung sei nur im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gegeben, was aus dem Rechtsstaatsprinzip folge, das auf alle belasten-

⁸⁴⁶ Ostendorf in GA 1980, 445, 454.

⁸⁴⁷ Benke in JuS 1972, 257, 260.

⁸⁴⁸ Nachweise bei Ostendorf in GA 1980, 445, 451.

den staatlichen Maßnahmen anzuwenden sei.⁸⁴⁹ Auch aus § 131 StPO a.F. ergebe sich eine Relativierung: Die einschränkenden Voraussetzungen des § 131 StPO a.F. müßten gewahrt bleiben. Gerade in diesem Bereich sei es wichtig, die gesetzlichen Beschränkungen zu beachten, um nicht das Prinzip der Unschuldsvermutung auszuhöhlen.⁸⁵⁰ § 24 KunstUrhG könne eine Identifizierung des Beschuldigten also nur rechtfertigen, wenn die Voraussetzungen des § 131 a.F. StPO gegeben seien.

Dem ist zu folgen: Das ergibt sich schon aus der Neuregelung des § 131 StPO, der den Vertretern der aufgeführten Ansichten allerdings noch nicht bekannt war. Dieser regelt nun nicht nur die grundsätzliche Zulässigkeit der identifizierenden Informierung im Rahmen einer Öffentlichkeitsfahndung, er stellt diese auch unter gewisse Bedingungen, die als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu verstehen sind. Der Gesetzgeber hat hier seinen klaren Willen geäußert, die Öffentlichkeitsfahndung zuzulassen, aber nur unter bestimmten Bedingungen. Also kann auch die zu dieser führende identifizierende Informierung nicht zulässig sein, ohne diese Voraussetzungen zu erfüllen. Andernfalls würde gegen den klaren Willen des Gesetzgebers gehandelt. Die in § 131 StPO enthaltenen Grundentscheidungen können nicht umgangen werden, ohne daß man Gefahr liefe, das Belastungsverhältnis im Strafprozeß deutlich zuungunsten des Beschuldigten und damit zuungunsten der Unschuldsvermutung zu verschieben.

Auch im Rahmen von § 24 KunstUrhG muß also zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse des Staates abgewogen werden⁸⁵¹, dies ist im Rahmen der konkretisierten Voraussetzungen des § 131 StPO zu tun. Eine identifizierende Informierung ist also nach § 24 KunstUrhG nur dann zulässig, wenn ein Haft- oder Unterbringungsbeehl vorliegt, es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und die „Subsidiaritätsklausel“ gewahrt wird.

(4) Die Normen der Landespressegesetze

Ausgangspunkt an dieser Stelle ist wiederum, daß den Medien nach § 4 I Landespressegesetz grundsätzlich ein Auskunftsanspruch gegenüber Behörden eingeräumt ist. Untersucht werden soll allerdings, ob dieser auch die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken umfaßt. Wie bereits dargestellt, besteht dieser Auskunftsanspruch nicht unbegrenzt:

Die erste Beschränkung des Informationsanspruchs besteht darin, daß die begehrten Auskünfte den Medien nur zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe zu gewähren sind und nur im

⁸⁴⁹ *Ostendorf*, a.a.O..

⁸⁵⁰ *Ostendorf*, a.a.O. S. 451 f..

⁸⁵¹ So schon früher *Neumann-Duesberg* a.a.O., S. 309.

Rahmen dieser Aufgabe auch ein Auskunftsanspruch besteht.⁸⁵² Daß eine identifizierende Berichterstattung zu Fahndungszwecken der Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe dienen kann, bedarf jedoch keiner langen Ausführungen. Hierdurch wird eine identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken also nicht ausgeschlossen.

Blickt man nun auf die weitere Beschränkung des Auskunftsanspruchs, die Auskunftsverweigerungsgründe des § 4 II Landespressegesetz, so fällt erneut Nr. 3 ins Auge, die Gefährdung schutzwürdiger privater Interessen. Es ist also zu prüfen, ob der identifizierenden Informierung der Medien zu Fahndungszwecken im Ermittlungsverfahren schutzwürdige private Interessen entgegenstehen. Inwiefern die privaten Interessen schutzwürdig sind, ist – wie bereits dargestellt⁸⁵³ – im Rahmen einer umfassenden Güterabwägung festzustellen.⁸⁵⁴ Die Schutzwürdigkeit hängt demnach davon ab, in welche Sphäre des Persönlichkeitsrechts eingegriffen wird und ob derjenige, den der Auskunftsanspruch betrifft, durch sein Verhalten selbst das Auskunftsverlangen herbeigeführt hat. Außerdem sind die Schwere der voraussichtlichen Beeinträchtigung für den Einzelnen und ihre Folgen zu berücksichtigen.⁸⁵⁵

Wendet man diese Kriterien nun auf den verdächtigen Beschuldigten im Ermittlungsverfahren an, ist zu sagen, daß es sich jedenfalls um einen Eingriff in dessen Privat-, mitunter sogar seine Intimsphäre handelt. Zugunsten des Beschuldigten ist wegen der Unschuldvermutung davon auszugehen, daß er die in Rede stehende Tat *nicht* begangen hat. Demnach ist ebenfalls anzunehmen, daß er das Auskunftsverlangen nicht durch ein bestimmtes Verhalten herbeigeführt hat.

Die voraussichtliche Beeinträchtigung der Beschuldigtenrechte wiegt schwer. Anders als im Falle der identifizierenden Informierung zu reinen Informationszwecken steht hier aber dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten auch ein öffentliches Interesse an der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und der Sicherheit der Allgemeinheit gegenüber. Diese sind zusätzlich zum Informationsinteresse der Öffentlichkeit in die Abwägung miteinzubeziehen. Das führt dazu, daß die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken jedenfalls bei schweren Straftaten und einem hohen Verdachtsgrad als ein schwerwiegenderes Interesse als das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten einzustufen sein kann. Infolgedessen kann in diesen Fällen das private Interesse als nicht schutzwürdig einzustufen sein. Ein Auskunftsanspruch der Medien bestünde also nach § 4 Landespressegesetz und wäre auch nicht nach § 4 II Landespressegesetz ausgeschlossen. Zu beachten ist allerdings, daß in den Fällen, in denen eine weniger schwerwiegende Straftat in Rede steht und der Verdachts-

⁸⁵² Löffler, Presserecht II, Landespressegesetze (2.A.), § 4, Rn 39.

⁸⁵³ S.o., Teil 2 B. III. 4.a.dd. (4) (c).

⁸⁵⁴ Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 10.

grad weniger hoch ist, das allgemeine Persönlichkeitsrecht schwerer wiegen wird und die privaten Interessen des Beschuldigten daher als schutzwürdig einzustufen sind.

Dieses Ergebnis entspricht dann aber im Grundsatz dem der §§ 131 StPO und 24 KunstUrhG, in deren Rahmen auch die Verhältnismäßigkeit der identifizierenden Informierung zu berücksichtigen war. Die Ausführungen zu § 4 Landespressegesetz sind in deren Sinne dahingehend zu konkretisieren, daß ein ausreichend hoher Verdachtsgrad erst dann gegeben ist, wenn ein Haftbefehl besteht. Dabei ist zusätzlich darauf zu achten, daß eine identifizierende Informierung der Medien zu Fahndungszwecken nur subsidiär erfolgen kann, also wenn andere Fahndungsmittel keinen ausreichenden Erfolg versprechen oder ihr Einsatz die Erreichung des Fahndungsziels wesentlich erschweren würde.

(5) Anwendung der Arbeitshypothese

Diese Überlegungen hatten als Ausgangspunkt die Einführung der Kategorien „statisch“ und „dynamisch“ hinsichtlich des Umgangs der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren. Information meint dabei sowohl die Information selbst, also den „Inhalt“, als auch den Vorgang der Weitergabe dieses Inhalts. Wie bereits gesagt⁸⁵⁶, macht eine Einteilung nach dem dynamischen Wert der Information selbst für das Verfahren, wie sie bei Akteneinsichtsrecht vorgenommen wurde, im Rahmen der Frage identifizierender Informierung der Medien keinen Sinn, weil sie die Beschuldigtenrechte nicht ausreichend berücksichtigt.

Der Grundgedanke der Einteilung in dynamischen und statischen Charakter erschien allerdings auch hier durchaus sinnvoll, nur mußte er der konkreten Situation angepaßt werden:

Die Einteilung statisch – dynamisch wurde daher auf die Informierung selbst und den damit angestrebten Zweck bezogen: Soll und kann durch die Informierung der Erkenntnisstand des Verfahrens in irgendeiner Weise verändert werden, etwa weil neue Erkenntnisse als Resultat der Informierung zu vermuten sind, so wäre dies als „dynamische Informierung“ zu bezeichnen. Ist dies nicht der Fall, kann und soll also die Informierung nicht der Gewinnung neuer Erkenntnisse dienen, handelt es sich um eine „statische Informierung“.

Weiterhin war zu vermuten, daß der dynamische Charakter der Informierung dann zugunsten der staatsanwaltlichen Intention wirken, eine Informierung also befördern müßte, eine „statische Informierung“ allerdings einer solchen Intention entgegenlaufen müßte, was sich anhand des Beispiels der identifizierenden Informierung zu reinen Informationszwecken bestätigte.

Geht es nun um den Fall, in dem eine identifizierende Informierung dazu dient, eine Fahndung durchzuführen, kann durch die Informierung der Erkenntnisstand des Verfahrens noch

⁸⁵⁵ Löffler/Ricker, a.a.O..

verändert werden: Der Beschuldigte kann gefunden werden und eine erhellende Aussage machen, auch mag er selbst erst durch die Öffentlichkeitsfahndung von dem gegen ihn bestehenden Verdacht oder Haftbefehl erfahren oder, ein eher unwahrscheinlicher Fall, sein Tod kann festgestellt werden, was zur Verfahrenseinstellung führt. Man kann also hier von einer „dynamischen Informierung“ sprechen. Zu vermuten wäre demnach, daß dieser dynamische Charakter der Informierung die Intention der Staatsanwaltschaft befördern müßte, mithin die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken grundsätzlich zulässig sein müßte. Vergleicht man dieses Ergebnis nun mit dem, das aus der Erörterung der einschlägigen Normen (§§ 131 StPO, 24 KunstUrhG, 4 Landespressegesetz) hervorging, stellt man fest, daß auch hier die identifizierende Informierung der Medien grundsätzlich möglich ist, wenn auch unter bestimmten Voraussetzungen. Da aber die grundsätzlichen Überlegungen, die zu Beginn der Arbeit entwickelt wurden, nur eine generelle Richtung vorgeben sollen und können, ohne zum einen jedes Detail zu erfassen und zum anderen den Anspruch absoluter Geltung zu stellen, kann man auch in bezug auf die identifizierende Informierung, die zu Fahndungszwecken erfolgt, sagen, daß sich deren Zulässigkeit nach den gegebenen Normen mit der vorhersagbaren Zulässigkeit nach den Grundsatzüberlegungen im Prinzip deckt.

dd. Ergebnis zu b.

Hieraus können zwei Schlüsse gezogen werden: Einerseits erweist sich das System der vorhandenen Normen auch im Hinblick auf gesamtsystematische Überlegungen als stimmig. Andererseits scheinen aber auch die entwickelten Überlegungen zum Gesamtsystem sinnvoll zu sein. Das aus beiden resultierende Ergebnis ist demnach, daß die identifizierende Informierung zu Fahndungszwecken grundsätzlich möglich ist, allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen, die von § 131 StPO konkretisiert werden und durch die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zur Geltung verholfen wird.

IV. Die von der Staatsanwaltschaft nicht gewollte Informierung

Betrachtet man nun andererseits den Fall, daß schon die Staatsanwaltschaft eine identifizierende Informierung im Ermittlungsverfahren verhindern will, so stellt sich auch hier die Frage nach den Rechtsgrundlagen. Es geht, um dies einmal anders auszudrücken, nicht darum, wann die Staatsanwaltschaft identifizierende Information an die Medien weitergeben *darf*, sondern wann sie solche Information weitergeben *muß*. Das Problem wird sich hier also von der anderen Seite her stellen, demnach dahingehend zu modifizieren sein, daß es um einen Anspruch

⁸⁵⁶ S.o., Teil 2 B. III. 4.a.dd. (4) (d).

der Medien auf Weitergabe der Information geht, nicht um ein Recht auf Weitergabe. Ausgangspunkt der Erörterungen ist daher sinnvollerweise § 4 Landespressegesetz, der den Medien einen solchen grundsätzlichen Anspruch gegen die Behörden gibt. Zu letzteren gehört – wie schon festgestellt – auch die Staatsanwaltschaft.

1. § 4 I Landespressegesetz

Zunächst einmal gibt § 4 I Landespressegesetz den Medien wiederum einen grundsätzlichen Auskunftsanspruch gegenüber den Behörden. Dieser wird jedoch in doppelter Hinsicht eingeschränkt. Daß beide Verwendungsarten, also die Verwendung zum Zwecke reiner Information, aber auch die im Rahmen einer Fahndung, im Grundsatz zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe der Medien geschehen, wurde bereits gesagt.⁸⁵⁷ Eine implizite Einschränkung erfolgt daher nicht bereits aus der Natur der Sache.

2. § 4 II Landespressegesetz

Dennoch kann es zu einer Einschränkung des Auskunftsanspruches kommen, wenn nämlich einer der Auskunftsverweigerungsgründe des § 4 II Landespressegesetz gegeben ist. Regelmäßig wird eine Auskunftsverweigerung aus Sicht der Staatsanwaltschaft dann sinnvoll sein, wenn durch eine Informierung der Medien die sachgemäße Durchführung eines schwebenden Verfahrens vereitelt, erschwert, verzögert oder gefährdet werden könnte, wie es in § 4 II Nr. 1 der meisten Landespressegesetze heißt.⁸⁵⁸ Die Staatsanwaltschaft sieht in diesen Fällen also die Gefahr einer Beeinträchtigung des Verfahrenszweckes gegeben und möchte aus diesem Grund die betreffende Information nicht an die Medien weitergeben. Problematisch daran ist, daß sich die der Aktualität verpflichteten Medien hauptsächlich mit „schwebenden Verfahren“ beschäftigten⁸⁵⁹, was deutlich macht, daß für Konfrontationsstoff auch in diesem Verhältnis ausreichend gesorgt ist.

Zunächst stellt sich aber die Frage, ob das Ermittlungsverfahren als Teil des Strafverfahrens überhaupt von dieser Regelung erfaßt ist. Der Begriff des Verfahrens ist in dieser Hinsicht nämlich nicht ganz unumstritten:

Die Definition von „Verfahren“ ist jedoch insoweit unumstritten, als es sich um eine durch Rechtsvorschrift geregelte Behandlung eines Einzelfalles handeln muß.⁸⁶⁰

⁸⁵⁷ S.o., Teil 2 B. III. 4.a.dd. (4) (c).

⁸⁵⁸ Dies gilt mit folgenden Ausnahmen: In Bayern ist dieses Auskunftsverweigerungsrecht überhaupt nicht im Landespressegesetz, in Hessen nur als Beschränkung auf Straf- und Disziplinarverfahren, Hamburg auch Bußgeldverfahren.

⁸⁵⁹ Löffler, Presserecht II, § 4 Landespressegesetz, Rn 42.

⁸⁶⁰ Löffler/Ricker, Kap. 20, Rn 5b.

Darüber hinaus gibt es aber Uneinigkeit hinsichtlich der Frage, welche Verfahren von dieser Bestimmung erfaßt sind, ob alle oder nur förmliche Verfahren, oder gar nur Strafverfahren.⁸⁶¹

Die Entscheidung dieses Streits kann hier allerdings dahinstehen, weil von allen Ansichten jedenfalls das Strafverfahren darunter gefaßt wird.⁸⁶² Das liegt daran, daß die staatlichen Interessen an einer Geheimhaltung besonders hoch anzusetzen sind, die grundsätzliche Möglichkeit einer Zurückhaltung von Information gegenüber den Medien also von einem auch gegenüber den Rechten von Öffentlichkeit und Medien starken Interesse an der Durchführung eines funktionierenden Verfahrens getragen wird, wie schon die Existenz von § 147 II StPO zeigt. Hier kann durch frühzeitige Veröffentlichung von Information eine besonders starke Beeinträchtigung des Verfahrens eintreten. Die staatlichen Interessen haben dann jedenfalls – wie durch die Auskunftsverweigerungsgründe beschrieben – Vorrang vor den Interessen der Medien an der Herstellung eines öffentlichen Meinungsmarktes.⁸⁶³

Das macht auch die hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung geäußerten Bedenken wenigstens in bezug auf das Straf- und damit auch das Ermittlungsverfahren erträglicher: Es wird etwa gesagt, die Bestimmung könne angesichts des sehr weiten Wortlauts nur bei restriktiver, verfassungskonformer Auslegung dem verfassungsrechtlich fundierten Informationsinteresse der Medien gerecht werden.⁸⁶⁴ Die Vorschrift sei problematisch, weil hier in einseitiger Weise die Informationsinteressen der Behörden denen der Medien vorangestellt würden. In bezug auf das dadurch eintretende Defizit an Kontrolle entstünden auch Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit. Es handele sich um eine „Kautschukbestimmung“.⁸⁶⁵

Auf der anderen Seite spiegelt sich in der starken Betonung des schwebenden Verfahrens die vom Gesetzgeber getroffene Güterabwägung zwischen dem Auskunftsrecht der Medien einerseits und dem Interesse an einer sachgemäßen und rechtmäßigen Durchführung des Verfahrens andererseits wider, da die gem. Art. 20 III GG an Recht und Gesetz gebundene Behörde nicht dem Druck sachfremder Erwägungen ausgesetzt sein soll.⁸⁶⁶

Man wird also gerade bei strafrechtlichen Verfahren und Teilen dieser Verfahren sagen können, daß den Interessen des Staates nicht einseitig gegenüber denen der Medien Vorzug gegeben wurde. Die Tatsache, daß diese hier überwiegen können, findet vielmehr ihre Begründung

⁸⁶¹ Vgl. dazu mit allen Meinungen sowie eigener Position (nur strafrechtliche Verfahren) *Löffler/Ricker*, Kap. 20, Rn 5a und 5b.

⁸⁶² Vgl. *Löffler/Ricker*, a.a.O..

⁸⁶³ *Löffler/Ricker*, a.a.O..

⁸⁶⁴ *Soehring*, Presserecht, 4.58.

⁸⁶⁵ *Löffler*, Presserecht II, § 4 Landespressegesetz, Rn 45.

⁸⁶⁶ *Schöwy/Schütz*, S. 31.

in der prekären Situation, in der sich die Staatsanwaltschaft im Straf- und besonders im Ermittlungsverfahren sieht.

Das hat jedoch zur Folge, daß man allgemein fordert, eine Informierung dürfe von der Staatsanwaltschaft nur dann verweigert werden, wenn eine konkrete Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Ermittlungen anzunehmen sei.⁸⁶⁷ Bei der Ausübung des Ermessens seien die Interessen der Medien sehr sorgfältig zu beachten, es müßten konkrete Hinweise für eine Verfahrensbeeinträchtigung vorliegen.⁸⁶⁸ Aus all dem geht eine starke Sorge darum hervor, daß durch die Bestimmung die Medienfreiheit in ihrem Kern ausgehöhlt wird.

3. Entwicklung einer eigenen Lösung anhand der Arbeitshypothese

Man wird für eine Lösung mehrdimensional ansetzen müssen:

Zum einen ist sicher wichtig, daß mindestens dann, wenn es auch um Sicherheitsbedürfnisse der Allgemeinheit geht, diese in eine Abwägung miteinzubeziehen sind. In solchen Fällen kann man aber regelmäßig davon ausgehen, daß die Staatsanwaltschaft eine identifizierende Informierung auch gar nicht verhindern wollen wird: Sind die Voraussetzungen einer Öffentlichkeitsfahndung gegeben, wird die Staatsanwaltschaft gerade keinen Wert mehr darauf legen, die Information für sich zu behalten. Nur in diesen Fällen erscheint aber ein wie auch immer geartetes Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit schützenswert.

Darüber hinaus hat sicherlich die Medienfreiheit eine sehr hohe Bedeutung im Rechtsstaat, wie bereits an früherer Stelle deutlich gemacht wurde.⁸⁶⁹ Dem stehen jedoch zwei Interessenpositionen gegenüber, die nicht minder beachtenswert erscheinen: Zunächst ist das Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege zu nennen, das in bestimmten Teilen des Verfahrens eben ein gewisses Maß an Geheimhaltung benötigt.

Außerdem müßten aber auch die Interessen des Beschuldigten daran einbezogen werden, daß nicht grundlos oder unverhältnismäßig in seine Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Auch das muß bei einer Abwägung eine Rolle spielen.

Wie gesagt verlangt man regelmäßig, daß eine konkrete Gefahr der Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Ermittlungen vorliegt, engt also auf abstrakter Ebene die Voraussetzungen ein. Es soll versucht werden, näher zu umreißen, was damit gemeint ist, wann folglich eine identifizierende Informierung zulässig ist und wann nicht. Zunächst soll versucht werden, eine Lösung anhand der Arbeitshypothese zu entwickeln:

⁸⁶⁷ Soehring, Presserecht, 4.58; Löffler, Presserecht II, a.a.O..

⁸⁶⁸ Löffler/Ricker, a.a.O., Rn 6.

⁸⁶⁹ S.o., Teil 2 B. III. 2.a.bb. (3).

Man könnte diese zunächst direkt anwenden. Angesichts des bisher Erörterten wäre die in Rede stehende Information als „dynamische Information“ einzuordnen, weil sie durch Informierung in ihrem Wert noch verändert werden könnte. Wenn also etwa die Staatsanwaltschaft gezwungen wäre, die bevorstehende Hausdurchsuchung beim Beschuldigten den Medien bekannt zu geben, könnte sie die in dieser Information steckende Dynamik nicht mehr nutzen, diese wäre verbraucht.

Da die Informierung als solche aber nicht geeignet wäre, für das Verfahren neue Erkenntnisse zu bringen und auch nicht zu diesem Zweck geschehe, wäre die Informierung als „statische“ einzuordnen. Weder scheinen der Staatsanwaltschaft die jeweiligen Informationen dazu geeignet, zusätzliche Erkenntnisse zu erlangen, noch ginge es der Staatsanwaltschaft im Falle dieser Informierung um einen solchen Effekt.

Konsequenz aus der Einordnung als „dynamische Information“ wäre, daß hier tendenziell eher den Interessen der Staatsanwaltschaft entsprochen werden sollte, eine Informierung also nicht erfolgen müßte. Wenn man die Informierung als „statische“ einordnet, hat das zur Folge, daß tendenziell die Interessen des Beschuldigten vorgehen würden, also ebenfalls eine Informierung nicht erfolgen müßte.

Das Ergebnis scheint auf den ersten Blick stimmig, ist aber auf den zweiten Blick hier *so* nicht zu entwickeln: Im gerade erörterten Fall wirken die Interessen der Staatsanwaltschaft und des Beschuldigten in *eine* Richtung. Dem entgegen wirken die Interessen der durch die Medien vertretenen Öffentlichkeit. Diese sind aber an dem Schema der grundlegenden Überlegungen gar nicht beteiligt, so daß hier eine Seite gar nicht berücksichtigt würde. Das kann aber nicht Sinn der Anwendung der Arbeitshypothese auf den konkreten Fall sein. Die *direkte* Anwendung kann hier demnach nicht der richtige Lösungsweg sein.

Denkbar wäre jedoch, daß sie in diesem Fall einen *indirekten* Lösungsweg bietet. Betrachtet man die hier gegebene Situation, so handelt es sich letztlich um die Addition zweier Konstellationen:

Auf der einen Seite hat man den Fall der „dynamischen Information“. Hier wurde selbst *in bezug auf den Beschuldigten* festgestellt, daß ihm diese Art von Informationen nicht gegeben werden muß. Geht es nun aber um die Weitergabe *an die Medien*, so muß klar sein, daß diese nicht mehr wissen können dürfen als der Beschuldigte. Das ergibt sich einerseits aus der prozessualen Stellung des Beschuldigten und des Verteidigers, im Rahmen derer es völlig undenkbar wäre, daß die Medien mehr wissen als der Beschuldigte. Dagegen sprechen aber auch rein praktische Erwägungen: Wird eine bestimmte Nachricht in den Medien veröffentlicht,

erlangt natürlich auch der Beschuldigte von ihr Kenntnis. § 147 II StPO ließe also leer, wenn man ein solches zuließe.

Daraus ergibt sich zwangsläufig, daß Information, auf die der Beschuldigte kein Anrecht hat, auch den Medien nicht gegeben werden muß.

Auf der anderen Seite geht es um die „statische Informierung“: Hier wurde im vorangehenden Kapitel festgestellt, daß bei einer solchen Weitergabe die Staatsanwaltschaft selbst mit ihrem Willen keine identifizierenden Informationen an die Medien weitergeben darf. Sie kann dann aber hier nicht dazu gezwungen sein, sie gegen ihren eigenen Willen weiterzugeben. Auch aus diesem Grund wäre demnach eine Auskunft hier nicht zu geben, weil ein Auskunftsverweigerungsgrund durchgreift.

4. Ergebnis IV.

Beide Einschätzungen stimmen dann überein, so daß die Arbeitshypothese zwar nicht direkt, aber indirekt zur Lösung des konkreten Problems beitragen kann. Eine identifizierende Informierung der Medien muß also im Ermittlungsverfahren *gegen den Willen der Staatsanwaltschaft* gar nicht erfolgen.

V. Ergebnis B.

Man kann daher feststellen, daß die Differenzierung von Information hinsichtlich des ihr grundsätzlich innewohnenden Dynamikelements auch im Verhältnis der Staatsanwaltschaft und der Öffentlichkeit grundsätzlich Sinn macht. Die direkte Anwendung der daraus entwickelten Thesen ist allerdings nur dann sinnvoll, wenn die Interessen von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem richtungsgleich wirken. Ist das nicht der Fall, kann sich ein Anhaltspunkt für die Lösung aus den Grundsätzen dennoch indirekt entwickeln.

Anders als im Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Verteidiger ist bei der direkten Anwendung das Kriterium der Dynamik auf die *Informierung*, also die *Weitergabe* der in Rede stehenden Information zu beziehen.

Gesamtergebnis

Einen Informationsvorsprung der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren gibt es und muß es geben. Das haben die Erörterungen gezeigt. Zum Funktionieren eines modernen Staatswesens ist es unabdingbar, daß der Staat partiell mehr weiß als der Einzelne. Umgekehrt ist es aus rechtsstaatlicher Sicht unverzichtbar, dieses Mehr an Wissen klar zu begrenzen und die Einhaltung dieser Grenzen überprüfen zu können. Es wurde dargestellt, daß der Vorsprung je nach Situation unterschiedlich groß sein kann. In Teil 1 der Arbeit stand am Ende der Überlegungen eine Arbeitshypothese, anhand derer die erörterten Einzelfälle überprüft wurden und die ihrerseits durch die Plausibilität in der konkreten Anwendung auf ihre generelle Aussagekraft hin untersucht wurde. Sie besagte, daß ein taugliches Kriterium zum Umgang der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren dasjenige sein müßte, ob die Dynamik der jeweiligen Information noch vorhanden oder schon verbraucht ist. Das Kriterium der Dynamik sollte sich dabei sowohl auf die Information selbst, also deren Inhalt, als auch auf die Weitergabe derselben beziehen können. Angesichts der Interessenlagen, aus denen diese Unterscheidung entwickelt wurde, war zu vermuten, daß Dynamik in diesem Zusammenhang immer ein Indiz dafür sein würde, daß tendenziell den Interessen der Staatsanwaltschaft höheres Gewicht einzuräumen wäre. Bei Statik war anzunehmen, daß diese sich eher dahingehend auswirken müßte, den Interessen des Beschuldigten oder der Öffentlichkeit den Vorrang zu gewähren.

Als Einzelfall wurde zunächst aufgrund des generell beispielhaften Charakters das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zum Beschuldigten und seinem Verteidiger genommen. Hier wiederum wurde das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten bzw. seines Verteidigers ausgewählt. Der zweite untersuchte Einzelfall war das Verhältnis der Staatsanwaltschaft zur Öffentlichkeit in Gestalt der Medien. Hier ging es um die Frage, in welchen Fällen die den Beschuldigten identifizierende Informierung der Medien durch die Staatsanwaltschaft notwendig oder möglich war.

Die Anwendung der Arbeitshypothese auf das Akteneinsichtsrecht ergab, daß eine Unterscheidung hier die Information selbst, ihren Inhalt zum Gegenstand haben müßte. Demnach ist Akteneinsicht immer dann zu gewähren, wenn durch sie die Information selbst in ihrem Wert für das Verfahren nicht mehr verändert werden kann. Eine solche Information wird dann als „statische Information“ bezeichnet. Die Staatsanwaltschaft kann umgekehrt in den Fällen die Akteneinsicht verweigern, in denen durch die Gewährung der Akteneinsicht die Information selbst in ihrem Wert für das Verfahren noch verändert werden kann. Diese Art von Information ist als „dynamische Information“ einzuordnen. Zudem wurde im Rahmen der Er-

örterungen festgestellt, daß das Akteneinsichtsrecht sowohl (wie das in § 147 StPO ausdrücklich geregelt ist) dem Verteidiger als auch dem Beschuldigten zusteht, was sich als Konsequenz aus Art. 6 III c) EMRK ergibt.

Im Verhältnis von Staatsanwaltschaft und Medien (als Repräsentant der Öffentlichkeit) war in doppelter Hinsicht zu differenzieren: Zunächst mußte danach unterschieden werden, ob die Staatsanwaltschaft die Informierung ermöglichen oder verhindern will. Sodann war noch zu unterteilen in Informierung zu reinen Informationszwecken und solche zu Fahndungszwecken.

Betrachtete man zunächst die von der Staatsanwaltschaft gewollte Informierung, so konnte hier auf die Modifizierung der Arbeitshypothese aus dem Akteneinsichtsrecht nicht zurückgegriffen werden, da sie die Beschuldigteninteressen nicht ausreichend berücksichtigt. In abgewandelter Form war sie dennoch anwendbar: Die Einteilung statisch – dynamisch wurde auf die Informierung selbst und den damit angestrebten Zweck bezogen: Soll und kann demnach durch die Informierung der Erkenntnisstand des Verfahrens in irgendeiner Weise verändert werden, etwa weil neue Erkenntnisse als Resultat der Informierung zu vermuten sind, ist eine „dynamische Informierung“ gegeben. Ist dies nicht der Fall, kann und soll also die Informierung *nicht* der Gewinnung neuer Erkenntnisse dienen, handelt es sich um eine „statische Informierung“. Angesichts dessen kann man sagen:

Kommt es der Staatsanwaltschaft darauf an, Informationen an die Medien weiterzugeben, und erfolgt diese Informierung zu *reinen* Informationszwecken, ist die Informierung als „statisch“ einzustufen und daher nicht zulässig. Sollen durch die Informierung allerdings auch Fahndungszwecke erreicht werden, handelt es sich um eine „dynamische Informierung“, so daß in diesem Fall die Informierung unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 131 StPO als zulässig anzusehen ist.

Will die Staatsanwaltschaft ebenso wie der Beschuldigte eine Informierung der Medien verhindern, kann auf keinen der aus der Arbeitshypothese entwickelten Grundsätze direkt zurückgegriffen werden. Da hier die Interessen von Beschuldigtem und Staatsanwaltschaft richtungsgleich wirken, blieben bei einer direkten Anwendung die Interessen der Medien außer Betracht. Dennoch können diese Grundsätze indirekt auch zur Lösung dieser Konstellation beitragen: Angesichts der Zulässigkeit einer Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber dem Beschuldigten und der Unzulässigkeit der Informierung der Medien selbst im Falle einer von der Staatsanwaltschaft gewollten Informierung kann gesagt werden, daß eine Verweigerung der Informierung hier jedenfalls (= erst recht) zulässig sein muß.

Insgesamt gesehen hat sich die Arbeitshypothese somit bestätigt. Es macht Sinn, ein taugliches Kriterium zum Umgang der Staatsanwaltschaft mit Information im Ermittlungsverfahren darin zu sehen, ob die Dynamik der jeweiligen Information noch vorhanden oder schon verbraucht ist. Hierin ist eine gewisse Systematisierung zu erblicken. Einschränkend ist allerdings hinzuzufügen, daß dieses Kriterium direkt nur dann eingreift, wenn die Interessen von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem von unterschiedlichen Seiten her wirken. Wirken diese Interessen richtungsgleich, ist eine Lösung durch die indirekte Anwendung des Kriteriums denkbar.

Literaturverzeichnis

Aufsätze¹

Arndt in NJW 1967, 1845 ff.:

„Vor unserer eigenen Tür“ – eine Besprechung der Entscheidung des BGH v. 16.9.1966 zu dieser Fernsehsendung

Amelung in JR 1997, 384 ff.:

Anm. zu BVerfGE 96, 44 ff.

Benke in JuS 1972, 257:

„Aktenzeichen XY – ungelöst“ – OLG München NJW 1970, 1745, und OLG Frankfurt, NJW 1971, 47

Bindel in DRiZ 1994, 165 ff.:

Verhältnis Staatsanwaltschaft (StA) – Polizei

Blankenburg in ZRP 1978, 263 ff.:

Der Staatsanwalt im System der Strafverfolgung

Bleckmann in EuGRZ 1994, 149 ff.:

Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?

Bohnert in GA 1995, 468 ff.:

Untersuchungshaft, Akteneinsicht und Verfassungsrecht

Bornkamm in NStZ 1983, 102 ff.:

Die Berichterstattung über schwebende Gerichtsverfahren und das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten

Bosch in StV 1999, 333 ff.:

Akteneinsicht, Aussageverweigerung und U- Haft

¹ Aufsätze werden unter Nennung des *Verfassers*, jedoch ohne Anführung des Titels zitiert.

Bottke in StV 1986, 120 ff.:

Rechtsbehelfe der Verteidigung im Ermittlungsverfahren – eine Systematisierung

Bräutigam in DRiZ 1992, 214 ff.:

Probleme der Sachleitungsbefugnis der Staatsanwaltschaft

Brodersen in NJW 2000, 2536 ff.:

Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999

Burkhard in wistra 1996, 171 ff.:

Zum Recht des Strafverteidigers auf Akteneinsicht in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Burkhard in DStZ 2000, 850 ff.:

Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Steuerstrafverfahren

Dahs in NJW 1985, 1113 ff.:

Zur Verteidigung im Ermittlungsverfahren

Dedy in StraFo 2001, 149 ff.:

Die Neuregelung des Akteneinsichtsrechts durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts (Strafverfahrensänderungsgesetz 1999) – Fortschritt oder Stillstand?

Degener in GA 1992, 443 ff.:

§ 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten

Dörr in JuS 2000, 287 f.:

Rechtsprechungsübersicht, Akteneinsicht des Beschuldigten

Eisenberg in NJW 1991, 1257 ff.:

Aspekte der Rechtsstellung des Strafverteidigers

Fezer in JZ 1996, 602 ff.:

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Teil 1

Frister in StV 1998, 159 ff.:

Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. A EMRK

Frohn in GA 1984, 555 ff.:

Strafverteidigung und rechtliches Gehör – Verfassungsrechtliche Anmerkungen zur Strafverfahrensreform –

Gerhardt in AfP 1974, 689 ff.:

Zum Begriff der Informationsfreiheit

Groh in DRiZ 1985, 52 ff.:

Zum Recht des Strafverteidigers auf Einsichtnahme in staatsanwaltliche Ermittlungsakten

Groß in DÖV 1997, 133 ff.:

Zum presserechtlichen Informationsanspruch

Groß/Fünfsinn in NStZ 1992, 105 ff.:

Datenweitergabe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren

Haas in NStZ 1999, 442 ff.:

Zu den Auswirkungen der Entscheidung des EGMR zur Akteneinsicht von Beschuldigten am Beispiel der Entscheidung des LG Mainz

Hamm in NJW 2000, 636 ff.:

Geldwäsche durch die Annahme von Strafverteidigerhonorar?

Hanack in ZStW 93 [1981], 559 ff.:

Arbeitskreis Strafprozeßreform: Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung

Hassemer in JuS 1990, 587 f.:

Rechtsprechungübersicht – Kenntnisnahme vom Ergebnis einer Telefonüberwachung

Hilger in NStZ 2000, 561 ff.:

Zum Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 (StVÄG 1999) – 1. Teil

Hoberg in DRiZ 1953, 136 ff.:

Die Unabhängigkeit des Staatsanwalts

Hund in ZRP 1994, 470 ff.:

Brauchen wir eine „unabhängige Staatsanwaltschaft“?

Kaufmann, E. in JuS 1961, 250 ff.:

Inquisitionsprozeß und Öffentlichkeitsprinzip

Kerscher in DRiZ 1983, 439 ff.:

Medienwirkung und Inanspruchnahme der Justiz

Kintzi in DRiZ 1987, 457 ff.:

Staatsanwaltschaft – objektive Behörde und Anwalt des Staates

Klussmann in NJW 1973, 1965 f.:

Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers in eigener Sache

Koch in ZRP 1989, 401:

Publizistischer Mißbrauch staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren

Koebel in JZ 1966, 389:

Namensnennung in Massenmedien

Krekeler in NStZ 1989, 146 ff.:

Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung

Kühle in AfP 1973, 356:

Der Straftäter, insbesondere der Verurteilte als „relative“ Person der Zeitgeschichte

Kupfer in Jura 2001, 169:

Der Schutz der Privatsphäre

Lampe in NJW 1971, 217:

Der Straftäter als „Person der Zeitgeschichte“

Lesch in ZStW 111 [1999], 624 ff.:

Inquisition und rechtliches Gehör in der Beschuldigtenvernehmung

Lilie in ZStW 111 [1999], 807 ff.:

Verwicklungen im Ermittlungsverfahren

Loesdau in MDR 1962, 773:

Die Grenzen der publizistischen Auswertung von Staatsschutzverfahren im Rahmen der sogenannten behördlichen Öffentlichkeitsarbeit

Lücke in AnwBl 1984, 295:

Presseinformation, Persönlichkeitsschutz und Strafprozeß

Lücke in JuS 1995, 393 ff.:

Die fehlerhafte Presseinformation der Staatsanwaltschaft – BGH, NJW 1994, 1950

Lüttger in NJW 1951, 744 ff.:

Das Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht

Martin in Jus 2000, 1124 ff.:

Strafvereitelung des Strafverteidigers

Marxen in GA 1980, 365 ff.:

Medienfreiheit und Unschuldsvermutung

Marxen in NJW 1977, 2188 ff.:

Tonaufnahmen während der Hauptverhandlung für Zwecke der Verteidigung

Mehle in NStZ 1983, 557 ff.:

Anmerkung zum Urteil des KG in NStZ 1983, 556 f.

Mehle/ Hiebl in StV 1995, 571 ff.:

Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm in StV 1995, 571

Meyer-Goßner in NStZ 1982, 353 ff.:

Die Behandlung kriminalpolizeilicher Spurenakten im Strafverfahren

Neumann- Duesberg in JZ 1971, 305:

Fernsehsendung „Aktenzeichen XY – ungelöst“ und Persönlichkeitsrecht

Neumann- Duesberg in JZ 1960, 114 ff.:

Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte

Ostendorf in GA 1980, 445:

Die öffentliche Identifizierung von Beschuldigten durch die Strafverfolgungsbehörden als Straftat

Richter II in StV 1985, 382 ff.:

Zum Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens

Rieß in StV 1996, 304 ff.:

Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe in StV 1996, 302 ff..

Roxin in DRiZ 1997, 109 ff.:

Zur Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft damals und heute

Salditt in StV 2001, 311 ff.:

Eckpunkte – Streitfragen eines partizipatorischen Strafprozesses

Schaefer in NJW 2001, 1396 f.:

Die Staatsanwaltschaft im Rechtsschutzsystem

Scherer in JuS 1979, 470:

Forum: Verfassungswidrigkeit des Contempt by Publication unter dem Grundgesetz

Schlothauer in StV 1994, 320 f.:

Anmerkung zum Beschluß des KG in StV 1994, 319 f.

Schlothauer in StV 1993, 371:

Anmerkung zum Beschluß des KG in StV 1993, 370

Schlothauer in StV 1987, 356 ff.:

Das Akteneinsichtsrecht des Verletzten nach dem Opferschutzgesetz vom 18.12.1986 und die Rechte des Beschuldigten

Schmitz in wistra 1993, 321 ff.:

Das Recht auf Akteneinsicht bei Anordnung von Untersuchungshaft

Schneider in Jura 1995, 337 ff.:

Grundprobleme des Rechts auf Akteneinsicht des Strafverteidigers

Sommermann in AöR 114 [1989], 391 ff.:

Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes –

Staebe in JA 1996, 75 ff.:

Die Europäische Menschenrechtskonvention und ihre Bedeutung für die Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland

Störmer in Jura 1991, 17 ff.:

Zur Verwertbarkeit tagebuchartiger Aufzeichnungen

Stürmer in JZ 1978, 161:

Schutz des Gerichtsverfahrens vor öffentlicher Einflußnahme?

Taschke in StV 1993, 294 ff.:

Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt in StV 1993, 292 ff.

Wagner in NJW 1985, 1092:

Anmerkung zum Urteil des OLG Schleswig in NJW 1985, 1091

Wagner in ZStW 109 [1997], 545 ff.:

Rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren

Walischewski in StV 2001, 243 ff.:

Das Recht auf Akteneinsicht bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren

Wasmuth in NJW 1988, 1705 ff.:

Bemerkungen zum Rechtsschutz bei Klagen gegen Pressemitteilungen von Ermittlungsbehörden

Wasserburg in NJW 1980, 2440 ff.:

Das Einsichtsrecht des Anwalts in die kriminalpolizeilichen Spurenakten

Wasserburg in NStZ 1981, 211 ff.:

Einsichtsrecht des Verteidigers in kriminalpolizeiliche Spurenakten

Weigend in StV 2000, 384 ff.:

Die Europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht – Kollisionen und ihre Lösung

Welp in StV 1986, 446 ff.:

Anmerkung zum OLG Hamburg in StV 1986, 422

Welp in StV 1989, 194 ff.:

Anmerkung zum Beschluß des OLG Frankfurt in StV 1989, 194

Wente in StV 1988, 216:

Persönlichkeitsschutz und Informationsrecht der Öffentlichkeit im Strafverfahren

Zieger in StV 1993, 320 ff.:

Das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers bei Untersuchungshaft

Fachbücher

Albrecht, Peter- Alexis:

Kriminologie, München 1999 (zitiert: *Albrecht*, Kriminologie, § ...)

Anger, Eberhard u.a.:

Meyers Taschenlexikon in 10 Bänden, Bde. 4 und 5, Mannheim 1992 (zitiert: Meyers Taschenlexikon zum Stichwort ...)

Bahnsen, Sönke,

Das Akteneinsichtsrecht der Verteidigung im Strafverfahren, Frankfurt 1996
(zitiert: Bahnsen, S. ...)

Bettermann, Karl August/ Nipperdey, Hans Carl/ Scheuner, Ulrich:

Die Grundrechte, 3. Band, 2. Halbband, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, Berlin 1959
(zitiert: Bettermann/Nipperdey/Scheuner- *Bearbeiter*, Die Grundrechte III/2, S. ...)

Beulke, Werner:

Strafprozeßrecht, 5. A., Heidelberg 2001 (zitiert: *Beulke*, StPO, Rn ...)

Beulke, Werner:

Die Strafbarkeit des Verteidigers, Heidelberg 1989 (zitiert: *Beulke*, Strafbarkeit, Rn ...)

Beulke, Werner:

Der Verteidiger im Strafverfahren – Funktionen und Rechtsstellung, Frankfurt 1980
(zitiert: *Beulke*, Der Verteidiger, S. ...)

Bockemühl, Jan:

Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, Neuwied 2000 (zitiert: *Bockemühl*, Handbuch, S. ...)

Branahl, Udo:

Das Presserecht, Remagen 1995 (zitiert: *Branahl*, Das Presserecht, S. ...)

Brockhaus:

Enzyklopädie in 24 Bänden, Bd. 11, 19. A., Mannheim 1990

(zitiert: Brockhaus, 11. Bd., Stichwort ...)

Brüssow, Rainer/ Krekeler, Wilhelm/ Mehle, Volkmar:

Strafverteidigung in der Praxis, Bonn 1998

(zitiert: Brüssow/Krekeler/Mehle-Bearbeiter zu § ..., Rn ...)

Creifelds, Carl/ Model, Otto:

Staatsbürger- Taschenbuch, 27. A., München 1994 (zitiert: *Creifelds/ Model*, S. ...)

Dahs, Hans:

Handbuch des Strafverteidigers, 6. A., Köln 1999 (zitiert: *Dahs*, Handbuch, Rn ...)

Erman, Walter:

BGB Handkommentar in zwei Bänden, Bd. I, 9. A., Münster 1993

(zitiert: Erman- *Bearbeiter*, Bd. I, § ..., Rn...)

Fechner, Frank:

Medienrecht, Tübingen 2000 (zitiert: *Fechner*, Medienrecht, Rn ...)

Feuerbach, Anselm Ritter von:

Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 13. A., Giessen 1840

(zitiert: *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, S. ...)

Glaser, Julius:

Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2, Leipzig 1883

(zitiert: *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2, S. ...)

Hahn, Carl/ Mugdan, Benno:

Die gesammten Materialien zur Strafprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Bd III/1, 1880 (zitiert: *Hahn*, Materialien III, S. ...)

Haller, Klaus/Contzen, Klaus:

Das Strafverfahren, 2. A., Heidelberg 1999

(zitiert: *Haller/Contzen*, Das Strafverfahren, Rn ...)

Hannover, Heinrich:

Die Republik vor Gericht 1954 - 1974, Berlin 2000

(zitiert: *Hannover*, Die Republik vor Gericht 1954 - 1974, S. ...)

Henkel, Heinrich:

Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. A., München 1977

(zitiert: *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. ...)

Hiebl, Stefan:

Ausgewählte Probleme des Akteneinsichtsrechts nach § 147 StPO, Frankfurt 1994

(zitiert: *Hiebl*, Probleme, S. ...)

Hirschberger, Johannes:

Geschichte der Philosophie, Bd. II Neuzeit und Gegenwart, 11. A., Freiburg 1980

(zitiert: *Hirschberger*, Geschichte der Philosophie, Bd. II, S. ...)

Jacob, André:

L'univers philosophique, Encyclopédie philosophique universelle I (Notions philosophiques), 1ère édition, Paris 1989

(zitiert: *Jacob*, Encyclopédie philosophique universelle I (Notions philosophiques), S. ...)

Jelinek, Georg:

Allgemeine Staatslehre, 3. A., Bad Homburg 1960 (zitiert: *Jelinek*, S. ...)

Kaiser, Günther:

Kriminologie, 3. A., Heidelberg 1996 (zitiert: *Kaiser*, Kriminologie, § ..., Rn ...)

Kant, Immanuel:

Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nichts in der Praxis, Frankfurt 1968 (zitiert: *Kant*, Über den Gemeinspruch, Abschnitt ...)

Kausch, Erhard:

Der Staatsanwalt – ein Richter vor dem Richter?, Berlin 1980
(zitiert: *Kausch*, Der Staatsanwalt – ein Richter vor dem Richter)

Kleinknecht, Theodor/ Meyer-Goßner, Lutz:

Strafprozeßordnung Mit GVG und Nebengesetzen, 44. A., München 1999
(zitiert: *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, zu § ..., Rn ...)

Konrad, Sabine:

Die Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen – das deutsche Recht auf dem Prüfstand der Menschenrechte, Frankfurt 2000
(zitiert: *Konrad*, Die Beschlagnahme von Verteidigungsunterlagen, S. ...)

Kramer, Bernhard:

Grundbegriffe des Strafverfahrens, 4. A., Stuttgart 1999
(zitiert: *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrens, Rn ...)

Krey, Volker:

Strafverfahrensrecht, Stuttgart 1988 (zitiert: *Krey*, Rn ...)

Kühne, Hans-Heiner:

Strafprozeßrecht, 5. A., Heidelberg 1999 (zitiert: *Kühne*, Rn ...)

Larenz, Karl/ Canaris, Klaus-Wilhelm:

Schuldrecht BT II, 13. A., München 1994 (zitiert: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II, S. ...)

Lemke, Michael/ Julius, Karl-Peter/ Krehl, Christoph/ Kurth, Hans-Joachim/ Rautenberg, Erardo Christoforo/ Temming, Dieter:

Heidelberger Kommentar Strafprozeßordnung, 2. A., Heidelberg 1999
(zitiert: *HK-Bearbeiter*, zu § ..., Rn ...)

Lessing, Gottfried E.:

Hamburgische Dramaturgie, Bd. II, Hamburg, Bremen 1768

(zitiert: *Lessing*, Hamburgische Dramaturgie, Bd. II, Stück)

Löffler, Martin/ Ricker, Stephan:

Handbuch des Presserechts, 4. A., München 2000

(zitiert: *Löffler/Ricker*, Handbuch des Presserechts, Kap. ..., Rn ...)

Löffler, Martin:

Presserecht II, Landespressegesetze, 2. A., München 1968

(zitiert: *Löffler*, Presserecht II, Landespressegesetze, § ..., Rn ...)

Löwe, Ewald:

Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 8. A., Berlin 1894

(zitiert: *Löwe*, Strafprozeßordnung, zu § ..., ... (S. ...))

Loritz, Hartmut:

Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, Frankfurt 1996

(zitiert: *Loritz*, S. ...)

Maass, Hans- Heinrich:

Information und Geheimnis im Zivilrecht, Stuttgart 1970

(zitiert: *Maass*, Information und Geheimnis im Zivilrecht, S. ...)

Maunz, Theodor/Dürig, Günter:

Grundgesetz, Bd. * , 37. Ergänzungslieferung, München 2000

(zitiert: *Maunz/Dürig- Bearbeiter*, zu Art. ..., Rn ...)

Peters, Karl:

Der Strafprozeß, 4. A., Heidelberg 1985 (zitiert: *Peters*, Der Strafprozeß, S. ...)

Pfeiffer, Gerd (Hrsg.):

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung, 4. A., München 1999

(zitiert: *KK- Bearbeiter*, zu § ..., Rn ...)

Pfeiffer, Gerd:

StPO Strafprozeßordnung Gerichtsverfassungsgesetz, 3. A., München 2001

(zitiert: *Pfeiffer*, zu § ..., Rn ...)

Ranft, Otfried:

Strafprozeßrecht, 2. A., Stuttgart, München 1995 (zitiert: *Ranft*, Strafprozeßrecht, S. ...)

Rieß, Peter (Hrsg.):

Löwe- Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 6. Bd., 2.

Teilband, 24. A., Berlin, New York 1996 (zitiert: *L/R- Bearbeiter*, zu §..., Rn...)

Rieß, Peter (Hrsg.):

Löwe- Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Bd., 24. A.;

Berlin, New York 1989 (zitiert: *L/R- Bearbeiter*, zu §..., Rn...)

Rieß, Peter (Hrsg.):

Löwe- Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 11. Lieferung

(§§ 374 - 406 h), 25. A., Berlin, New York 1999 (zitiert: *L/R- Bearbeiter*, zu §..., Rn...)

Rieß, Peter (Hrsg.):

Löwe- Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Bd., 23. A.,

Berlin, New York 1978 (zitiert: *L/R (23. A.) – Bearbeiter*, zu §..., Rn...)

Rose, Gabriele:

Grenzen der journalistischen Recherche im Strafrecht und Strafverfahrensrecht,

Frankfurt, Berlin 2001 (zitiert mit vollem Titel)

Rosenfeld, Ernst- A.:

Deutsches Strafprozeßrecht Bd. 2, Berlin, Leipzig 1926

(zitiert: *Rosenfeld*, Deutsches Strafprozeßrecht Bd. 2 , S. ...)

Roxin, Claus:

Strafverfahrensrecht, 25. A., München 1998 (zitiert: *Roxin*, Strafverfahrensrecht, §..., Rn...)

Rüping, Hinrich:

Grundriß der Strafrechtsgeschichte, 3. A., München 1998

(zitiert: *Rüping*, Grundriß der Strafrechtsgeschichte, S. ...)

Rzepka, Dorothea:

Zur Fairness im deutschen Strafprozeß, Frankfurt 2000

(zitiert: *Rzepka*, Zur Fairness im deutschen Strafprozeß, S. ...)

Schiwy, Peter/ Schütz, Walter J.:

Medienrecht, 3. A., Neuwied 1994 (zitiert: *Schiwy/Schütz*, Medienrecht, S. ...)

Schlüchter, Ellen:

Das Strafverfahren, 2. A., Köln, München 1983

(zitiert: *Schlüchter*, Das Strafverfahren, Rn ...)

Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz:

Kommentar zum Grundgesetz, 9. A., Neuwied 1999

(zitiert: *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, vor Art. 92, Rn 1e)

Schönke, Adolf/ Schröder, Horst:

Kommentar zum Strafgesetzbuch, 26. A., München 2001

(zitiert: Schönke/Schröder – *Bearbeiter*, zu § ..., Rn ...)

Schulz, Werner:

Die geschichtliche Entwicklung des Akteneinsichtsrechts im Strafprozeß, München 1971

(zitiert: *Schulz*, Entwicklung, S. ...)

Seifert, Karl-Heinz/ Hömig, Dieter:

Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Taschenkommentar, 5. A., Baden- Baden

1995 (zitiert: *Seifert/ Hömig*, zu Art. ..., Rn ...)

Soehring, Jörg:

Presserecht, 2. A., Stuttgart 1995 (zitiert: *Soehring*, Presserecht, Rn ...)

Spaetgens, Martin:

Das strafprozessuale Akteneinsichtsrecht – Die deutsche und englische Perspektive –
Berlin, 2000 (zitiert: *Spaetgens*, S. ...)

Stapper, Florian:

Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Handelns,
Berlin 1995 (zitiert: *Stapper*, Namensnennung, S. ...)

Streng, Franz:

Strafrechtliche Sanktionen – Grundlagen und Anwendungen, Stuttgart 1991
(zitiert: *Streng*, Sanktionen, S. ...)

Tilch, Horst:

Deutsches Rechtslexikon, Bd. 3, 2. A., München 1992
(zitiert: Deutsches Rechtslexikon, Stichwort ...)

Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas:

Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. A., München 2001
(zitiert: *Tröndle/ Fischer*, zu § ..., Rn ...)

von Staudinger, J.:

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungen und Nebengesetzen II (§§ 823 –
825), 13. A., Berlin 1999 (zitiert: *Staudinger- Bearbeiter* zu § ... BGB, Rn ...)

von Becker, Peter:

Straftäter und Tatverdächtige in den Massenmedien: Die Frage der Rechtmäßigkeit
identifizierender Kriminalberichte, Baden- Baden, 1979
(zitiert: *von Becker*, Straftäter und Tatverdächtige, S. ...)

Walischewski, Leonhard:

Probleme des Akteneinsichtsrechts der Verteidigung im Ermittlungsverfahren im Lichte der
Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofes für
Menschenrechte, Frankfurt 1999 (zitiert: *Walischewski*, S. ...)

Watzlawik, Paul:

Anleitung zum Unglücklichsein; Vom Schlechten des Guten oder Hekates Lösung,
Sonderausgabe, München 2001 (zitiert: *Watzlawik, Anleitung, S. ...*)

Wesel, Uwe:

Fast alles, was Recht ist, 4. A., Frankfurt 1993 (zitiert: *Wesel, Fast alles, was Recht ist, S. ...*)

Zacharias, Klaus:

Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, Berlin 1997
(zitiert: *Zacharias, Der gefährdete Zeuge im Strafverfahren, S. ...*)

Zielemann, Peter:

Der Tatverdächtige als Person der Zeitgeschichte, Berlin 1982
(zitiert: *Zielemann, Der Tatverdächtige, S. ...*)

Zippelius, Reinhold:

Rechtsphilosophie, 3. A., München 1994 (zitiert: *Zippelius, Rechtsphilosophie, S. ...*)

Festschriftbeiträge²

Barton in Festschrift (FS) zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein, S. 335 ff.:

Aktenführung, Aktenmanipulation und die Berufung auf behördeninterne Vorgänge

Beulke in FS Dünnebier, S. 285 ff.:

Das Einsichtsrecht des Strafverteidigers in die polizeilichen Spurenakten

Beulke in FS Roxin zum 70. Geburtstag, S. 1173 ff.:

Zwickmühle des Verteidigers

Boetticher/Landau in FS 50 Jahre Bundesgerichtshof (BGH), S. 555 ff.:

Plädoyer für eine Stärkung des Richters im Ermittlungsverfahren

² Festschriftbeiträge werden unter Nennung des *Verfassers*, jedoch ohne Anführung des Titels zitiert.

Kleinknecht in FS Dreher, S. 721 ff.:

Die Handakten der Staatsanwaltschaft

Kühl in FS Müller- Dietz zum 70. Geburtstag, S. 401 ff.:

Unschuldsvermutung und Resozialisierungsinteresse als Grenzen der
Kriminalberichterstattung

Nehm in FS Graßhoff, S. 239 ff.:

Die Akteneinsicht des inhaftierten Beschuldigten

Peters in FS Dünnebier, S. 53:

Justizgewährung und Abblocken von Verteidigungsvorbringen

Ress in FS Zeidler Bd. 2 , S. 1775 ff.:

Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge

Roxin in FS Hanack, S. 1 ff.:

Gegenwart und Zukunft der Verteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren

Schreiber in FS Baumann zum 70. Geburtstag, S. 383 ff.:

Zum Beweisantragsrecht im Ermittlungsverfahren

Schütz in FS für Küchenhoff zum 65. Geburtstag, 2. Halbband, S. 985 ff.:

Staatsanwaltschaft und Dritte Gewalt

Ulsamer in FS Zeidler, S. 1799 ff.:

Europäische Menschenrechtskonvention und deutsche Strafverfolgungspraxis

Welp in FS für Karl Peters, S. 309 ff.:

Probleme des Akteneinsichtsrechts

Sonstiges

Bannenberg, Britta, u.a.:

Alternativ- Entwurf Reform des Ermittlungsverfahrens, München 2001

Dahs, Hans:

Referat für die 174. Tagung des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer:

Rechtsmittelreform in Strafsachen – nicht ohne Reform des Ermittlungsverfahrens

Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens, Beschluß der Bundesregierung vom 6.4.2001;
veröffentlicht in StV 2001, 314 ff.

Stellungnahme des Deutschen AnwaltVereins zu den Eckpunkten einer Reform des
Strafverfahrens – vorgelegt vom Ausschuß „Justizreform – StPO“ des Deutschen
AnwaltsVereins

Vom Mai 2001 (Nr. 24/ 2001)

Stellungnahme des Deutschen AnwaltVereins zur Reform der Strafjustiz – vorgelegt vom
Ausschuß „Justizreform – StPO“

Vom Mai 2000 (Nr. 16/ 2000)

