

Funktionstüchtige Strafrechtspflege contra strafprozessuale Garantien

Der Leser bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen im Bereich des Strafverfahrensrechts sah sich in den letzten Jahren in zunehmendem Maße mit der Rechtsfigur der »funktionstüchtigen Strafrechtspflege« konfrontiert. Der Rechtsbegriff der funktionstüchtigen Strafrechtspflege hat – so die im folgenden entwickelte These – in der Rechtsprechung die Aufgabe übernommen, das Strafverfahren zu Lasten seiner rechtsstaatlichen Form verstärkt an sicherheitspolitischen Kalkülen, am Zielwert der Staatsraison auszurichten.

Diesem Sachverhalt entspricht eine Grundrechtsjudikatur, welche zunehmend funktionelle Gesichtspunkte in den Prozeß der Abwägung von Rechtsgütern einführt und damit den Geltungsbereich von Grundrechten durch den Begriff der Funktionsfähigkeit eines an der richterlich geschöpften Idee materieller Gerechtigkeit ausgerichteten Ganzen beschränkt. Beispiele dafür sind die Beschränkung der Grundrechtsausübung der Beamten durch die »Funktionsfähigkeit« des öffentlichen Dienstes¹, die 5% Klausel im Wahlverfahren, welche für die »Funktionsfähigkeit von Parlament und Regierung«² erforderlich sei, die »Funktionsfähigkeit von Unternehmen« als Grenze der Sozialbindung des Eigentums und damit der rechtlichen Gestaltung der Mitbestimmung³.

1. Zum Begriff funktionstüchtiger Strafrechtspflege

Der Begriff der »funktionstüchtigen Strafrechtspflege« taucht, soweit dem Verfasser bekannt, erstmals in einer Entscheidung des BVerfG vom 19. 7. 72 auf.⁴ Jedenfalls findet sich mit dieser Entscheidung auch zum erstenmal das Stichwort »Strafverfahren – funktionstüchtiges« im Registerband bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen. Dabei ging es in dieser Entscheidung um das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht für Sozialarbeiter, welches das BVerfG mit der Erwägung ablehnte, daß dies »die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung« beeinträchtige, daher angesichts »des rechtsstaatlichen Resultats der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege . . . einer besonderen Legitimation (bedürfe), um vor der Verfassung Bestand zu haben.«⁵ Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege bemißt sich nach dieser Rechtsprechung an den Strafverfahrenszielen der Findung der materiellen Wahrheit, der Aufklärung insbesondere schwerer Straftaten wie den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung.⁶

Wie dargestellt werden kann, ist allen drei Zielwerten gemeinsam, daß sie die Strafrechtspflege unter Absehung von der Verfahrensform auf das Ziel der Durchsetzung des materiellen Strafrechts reduzieren und somit einen Begriff der Funktionstüchtigkeit konstituieren, der *ausschließlich* an der Effektivität staatlicher Verbrechensbekämpfung und Strafdurchsetzung orientiert ist, und nicht mehr die Dimension des Schutzes des Bürgers vor der staatlichen Strafgewalt enthält.

1 Vgl. BVerwGE 43, 149.

2 BVerfGE 6, 104 ff.

3 Vgl. Mitbestimmungsurteil d. BVerfG v. 1. 3. 79, Beilage 2/79 Betriebsberater.

4 BVerfGE 33, 383.

5 Ebda.

6 Vgl. BVerfG NJW 1974, S. 179 ff., 181.

Materielle Wahrheit als Verfahrensziel, welches ungebrochen im deutschen Strafverfahren Geltung hat, meint das Verfahrensziel einer Rekonstruktion des empirischen Sachverhalts, welcher Gegenstand des Verfahrens ist.⁷ Dieses Verfahrensziel jedenfalls unterscheidet das gegenwärtige Strafverfahren nicht vom Inquisitionsprozeß, in welchem die Wahrheitsermittlung – was immer man darunter sich vorstellen mag – um jeden Preis betrieben wurde. Am Maßstab dieses Verfahrenszieles erweist sich die Funktionalität von Handlungen allein durch ihre Leistung der Faktenbeschaffung und -rekonstruktion. Soweit das Ziel der Faktenrekonstruktion Eingriffe in individuelle Rechtspositionen erfordert, erscheint deren Garantie mithin stets als dysfunktional, wie auch die Dimension der Justizförmigkeit des Verfahrens diesem Verfahrensziel äußerlich ist.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes findet dies seinen Ausdruck darin, daß Justizförmigkeit und Sachaufklärung in Widerspruch zueinander treten können, diese jene beschränkt und erschwert, und konsequenterweise wird in der konkreten Entscheidung⁸ das Ziel der Sachverhaltsaufklärung gegen die justizförmigen Verfahrensgarantien nach Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit abgewogen.⁹ Das mag vom Standpunkt eines erkenntnistheoretisch naiven und politisch autoritären Wahrheitsbegriffes einleuchtend sein. Entscheidend ist hier aber, daß dieser Wahrheitsbegriff (= wahr ist die staatlich hergestellte Faktenrekonstruktion) ungebrochen die Tradition des obrigkeitlichen Staates mit sich schleift, für welchen die Justizförmigkeit des Verfahrens, wie z. B. das rechtliche Gehör, nicht Garant des Wahrheitsgehaltes des Resultates ist.

Gleiches kann für das Verfahrensziel der »wirksamen Strafverfolgung« gesagt werden, eine Argumentationsfigur, die alle Phasen des staatlichen Strafverfahrens übergreift, von der Ermittlung bis zum Urteilsspruch und dessen Durchsetzung.¹⁰ Dabei enthalten die Erfordernisse wirksamer Strafverfolgung nach der Rechtsprechung verschiedene Elemente. Dazu gehört, daß Strafverfahren »innerhalb angemessener Zeit zum Abschluß gebracht werden« können¹¹, daß »gewichtige prozeßökonomische Vorteile«, wie der der Verbindung mehrerer Straftaten¹², beachtet werden, daß der Angeklagte nicht durch »selbstverschuldete Verhandlungsunfähigkeit« dem »Gang der Rechtspflege« entgegentrete¹³ oder daß sich der Angeklagte nicht beliebig viele Verteidiger soll wählen können¹⁴. Der Begriff der wirksamen Strafverfolgung umfaßt so die Effektivität des gerichtlichen Verfahrens, aber ebenso die Effektivität der polizeilichen Ermittlungstätigkeit wie die effektive Organisation der an der Verbrechensaufklärung beteiligten staatlichen Institutionen und letztlich die Effektivität des Systems der Strafnormen selbst.

Um dies zu verdeutlichen:

– Die Konzentration der Ermittlungstätigkeit im Bereich des § 129a StGB und die damit verbundene Instanzenzuweisung solcher Verfahren an die Oberlandesgerichte folgt nicht rechtlichen Gesichtspunkten, sondern denen effektiver Organisation der Institutionen staatlicher Strafgewalt und Sicherheitspolitik¹⁵.

⁷ Zu diesem Problembereich vgl. Ingo Müller, Der Wert der materiellen Wahrheit, in: Leviathan 1977, S. 522 ff.; ders., 100 Jahre Strafprozeßordnung, KJ 1977, S. 11 ff.

⁸ BVerfGE 33, 383.

⁹ Ebd.

¹⁰ BVerfGE 19, 347.

¹¹ BVerfGE 41, 251.

¹² BVerfGE 45, 359.

¹³ Vgl. Anm. 11.

¹⁴ BVerfGE 39, 163.

¹⁵ Daß es bei der Reform der StPO um eine Effektivierung der Ermittlungsarbeit geht, bestätigte Bundesanwalt Kohlhaas schon im Jahre 1974, Kohlhaas ZRP 1974, S. 8.

– Die Regelung des § 111b StPO, welcher die Einrichtung von Kontrollstellen vorsieht, wird begründet unter dem rechtlich nicht relevanten Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit breiter Kontrollen¹⁶.

– Ein Paradebeispiel schließlich lieferte Generalbundesanwalt Rebmann in seinem Referat auf dem deutschen Richtertag, als er vorschlug, man müsse die geeigneten Maßnahmen dafür treffen, daß, wenn ein Mitglied einer terroristischen Vereinigung z. B. wegen Mord nach § 211 StGB verurteilt sei, damit nicht der Straftatbestand des § 129a StGB konsumiert werde, weil sonst gegenüber diesen Personen nach der Verurteilung aus § 211 StGB die Anwendung der spezifisch auf § 129a StGB bezogenen Verfahrensregeln – z. B. das Kontaktsperregesetz – entfalle. Wirksame Strafverfolgung wie Ermittlung der materiellen Wahrheit stellen so Verfahrensziele dar, die in keiner Art und Weise die Justizförmigkeit des Verfahrens in die Zielbestimmung mitaufnehmen, vielmehr stellt die Justizförmigkeit des Verfahrens einen potentiellen Störfaktor in der Realisierung dieser Ziele dar.

So besteht – um dies am Beispiel des § 231a StPO zu verdeutlichen, dessen Verfassungsmäßigkeit das BVerfG mit dem Topos der funktionstüchtigen Strafrechtspflege begründet hat¹⁷ – gemessen am Ziel materieller Wahrheit und wirksamer Strafverfolgung kein Bedürfnis nach der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung. Erweist sich nun dieses Recht als Hemmung der Strafverfolgung, so wird es eingeschränkt mit dem Argument, funktionstüchtige Strafrechtspflege erfordere dies.

Als drittes Ziel führt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes jenes der Aufklärung gerade schwerer Straftaten an, ein Grundsatz, »der im Konfliktsfall auch bei der Interpretation eines Grundrechts herangezogen werden kann«.¹⁸

Zunächst reflektiert sich offensichtlich in diesem Verfahrensziel die Justizförmigkeit des Strafverfahrens, denn dieses Ziel besagt, daß individuelle Rechtspositionen um so eher eingeschränkt werden dürfen, je schwerer das aufzuklärende Verbrechen strafrechtlich wiegt.

Von Bedeutung ist aber, daß sich hier die Justizförmigkeit lediglich als Beschränkung der staatlichen Strafgewalt darstellt. Das Verfahrensziel der Aufklärung insbesondere schwerer Straftaten erhält seinen argumentativen Stellenwert gerade dadurch, daß es die Auflockerung der justizförmigen Gebundenheit des Verfahrens zu begründen vermag, um so der materiellen Wahrheit wie wirksamer Strafverfolgung zum Durchbruch zu verhelfen, womit die Entfaltung von an rein sicherheitspolitischen Kalkülen ausgerichteten Handlungsmustern legitimiert wird.

Legitimationsmuster und zentrales Begründungselement eines *ausschließlich* den Erfordernissen der *Durchsetzung* staatlich organisierter Strafgewalt Rechnung tragenden Funktionszusammenhangs stellt die »Idee der Gerechtigkeit dar«, welcher ohne die funktionstüchtige Strafrechtspflege nicht zum Durchbruch verholfen werden könne.¹⁹ Der Topos der Idee der Gerechtigkeit, vom Bundesverfassungsgericht auch oft als »materielle Gerechtigkeit« oder »materielle Richtigkeit« oder schlicht Gerechtigkeit bezeichnet, stellt dabei nicht lediglich eine Tautologie dar, eine andere Bezeichnung für materielle Wahrheit und wirksame Strafverfolgung. Vielmehr ist er die »Idee«, aus der als oberstes Rechtsprinzip sich ergebe, daß diese Verfahrensziele auch die wesentlichen Ziele der staatlichen Strafgewalt sein *sollen*,

¹⁶ Dazu vgl. Die Polizei in Aktion, Cilip Nr. 1, 1978, S. 34 f.

^{16a} Informationsdienst des Anwaltsbüros Weider u. Kroll, Nr. 22/Ffm. 1979; vgl. auch Rabe, Anwaltsblatt 1/1980, S. 2.

¹⁷ Vgl. Anm. 11, S. 251.

¹⁸ BVerfGE 29, 194; ebenso BVerfGE 33, 383; 34, 247 f.

¹⁹ BVerfGE 3, 237; 7, 92 f.

so daß es konsequenterweise um die »Findung eines gerechten Urteils«, nicht um die gerechte Findung eines Urteils geht²⁰.

Entsprechend dieser Argumentationsfigur verbürgt nicht die *Verfahrensform* staatlich organisierter Gewalt im Bereich der Strafjustiz Gerechtigkeit. Diese wird vielmehr allein am *Resultat* des Verfahrens festgemacht: so daß damit jedenfalls grundsätzlich die Möglichkeit gegeben ist, daß der Zweck die Mittel heiligt²¹. Befreit man diesen Zweck der Gerechtigkeit aber von seinen Mystifikationen, so liegt die These nahe, daß solche Argumentation einzig der strafrechtlichen Absicherung sicherheitspolitischer Bedürfnisse dient.

2. Das öffentliche Interesse an Funktionstüchtigkeit

Man könnte zunächst einwenden, der Begriff funktionstüchtiger Strafrechtspflege stelle eine »verständige Abstraktion« dar, derer sich die Rechtsprechung im Prozeß der Abwägung prozessualer Rechte mit dem Interesse an staatlicher Verbrechensaufklärung und Strafdurchsetzung bediene.

Wäre dem so, so könnten die an der Idee materieller Gerechtigkeit orientierten Funktionserfordernisse der Strafrechtspflege aber nur *einen Aspekt* der Funktionsweise der Institution Strafverfahren darstellen. Die juristische Argumentation bezüglich strafprozessualer Umgestaltungen müßte, wo es um die Abwägung der verschiedenen im Strafverfahren enthaltenen Interessen ginge, diesen abstrakten Begriff funktionstüchtiger Strafrechtspflege durch weitere Elemente konkretisieren, die den Schutz der Betroffenen durch prozessuale Rechte vor der staatlichen Strafgewalt zu einem Erfordernis funktionstüchtiger Strafrechtspflege machen würden. D. h., die *Justizförmigkeit* des Strafverfahrens, Sinn und Zweck der Justizförmigkeit würde dann selbst einen *Maßstab* der Funktionstüchtigkeit des Verfahrens darstellen.

In der historischen Betrachtung erweist sich nämlich, daß die justizförmige Organisation staatlicher Strafgewalt gerade den Sinn und Zweck hat, den Absolutheitsanspruch der staatlich ermittelten materiellen Wahrheit und Gerechtigkeit als strafverfahrensrechtlicher Ziele zu relativieren.²² Justizförmigkeit soll die Gerechtigkeit des Urteils durch die Form des Verfahrens der Urteilsfindung garantieren, wodurch die Garantie der Subjektstellung des Bürgers im Verfahren selbst zu einem Funktionserfordernis des Strafverfahrens wird.

Die Rechtsprechung des BVerfG bestimmt die Justizförmigkeit des Verfahrens auch durch diese Verfahrensformen. Zu ihnen gehören demnach der »Bürger als Subjekt«²³, das »Recht auf Verteidigung und das Recht auf ein faires Verfahren«²⁴, der Anspruch auf »rechtliches Gehör«²⁵, die »Waffengleichheit«²⁶ sowie der Grundsatz, daß die »Verfahrensgestaltung unter dem Gebot des Grundrechtsschutzes« stehe.²⁷ Der verfassungsrichterliche Begriff funktionstüchtiger Strafrechtspflege – orientiert

20 So z. B. BVerfGE 33, 383.

21 Dazu vgl. S. Cobler, Grundrechtsterror, Kursbuch 56, 44 f.

22 Dazu vgl. E. Schmidt JZ 1958, S. 601; den historischen Aspekt der Rationalisierung und Ökonomisierung staatlicher Strafgewalt als Element deren Verstärkung beschreibt Foucault, Überwachen und Strafen, Ffm. 1977.

23 BVerfGE 38, 112.

24 BVerfG NJW 1969, 1423, f., 1424.

25 entfällt.

26 Vgl. Anm. 20, S. 111.

27 BVerfGE 17, 117.

am Ziel materieller Gerechtigkeit – schließt aber gerade diese den Bürger als Verfahrenssubjekt konstituierenden Formen aus dem Begriff funktionstüchtiger Strafrechtspflege aus. So wird mit der Argumentationsfigur funktionstüchtiger Strafrechtspflege die gleichsam verfahrensrechtlich formlos staatliche Strafgewalt in ihrer eigenen Rationalität freigesetzt, werden ihre Funktionserfordernisse zum Maßstab im Abwägungsprozeß des Interesses an staatlicher Verbrechensbekämpfung und Strafdurchsetzung mit den prozessualen Rechten. Nichts anderes aber bedeutet dies, als daß die Erfordernisse der Verbrechensbekämpfung und Strafdurchsetzung selbst zum Abwägungsmaßstab werden, denn sie sind der empirische Inhalt materieller Gerechtigkeit.

Nachdem die höchstrichterliche Rechtsprechung materielle Wahrheit und Gerechtigkeit als ausschließliche Zielwerte des Strafverfahrens etabliert hat, reduziert sie nun auch konsequenterweise das öffentliche Interesse auf ein solches an funktionstüchtiger Strafrechtspflege, so daß das Interesse am prozeßordnungsgemäßen Verfahren und der Garantie prozessualer Rechte je nur als individuelles Interesse des Betroffenen erscheint und nicht als gesellschaftliches oder eben öffentliches.

So kann es, um ein Beispiel aus der Rechtsprechung anzuführen, im öffentlichen Interesse denkbar sein, »daß sich der Staat in Zeiten allgemeiner Unruhen oder um sich greifender Gewalttätigkeit genötigt sieht, zur Aufrechterhaltung einer wirksamen Strafrechtspflege dem Arzt anzusinnen (!), die Identität von Personen preiszugeben, die sich mit Hieb-, Stich- oder Schußverletzungen bei ihm einfinden«²⁸. Die Formulierung des Bundesjustizministers Vogel, der Staat habe eine »Schutzpflicht nicht nur gegenüber einzelnen, sondern auch gegenüber der Gesamtheit der Bürger«²⁹ besagt in ihrem Kontext, daß die Wahrung prozessualer Rechte, der Justizförmigkeit, eine »Schutzpflicht« nur »gegenüber einzelnen darstelle«, als ob die Justizförmigkeit nicht eben dem Schutze der »Gesamtheit der Bürger« diene.

Zu Recht hat Seelmann festgestellt, daß »dem Streben nach materieller Wahrheit und Überführung des Schuldigen . . . im Rechtsstaat das gleichfalls *öffentliche Interesse* (Herv. d. V.) daran gegenüber (steht), daß das Verfahren *prozeßordnungsgemäß* (Herv. S.) abläuft . . .«³⁰.

Dies bedeutet, daß die Justizförmigkeit des Verfahrens als Korrelat des gesellschaftlichen Interesses an beschränkter staatlicher Strafgewalt zu bewerten ist, daß das gesellschaftliche Interesse an der Durchsetzung des materiellen Strafrechts unter dem Aspekt der Sicherung bürgerlicher Freiheiten ein begrenztes ist.

Die Konsequenz solcher Verkehrung des gesellschaftlichen Interesses an der Justizförmigkeit des Verfahrens zum bloß individuellen verdeutlicht sich in den Worten des Kanzlers Schmidt zur Kontaktsperrung, welchem zufolge dadurch nicht »Freiheitsrechte« abgebaut worden sind, weil darunter »nur Terroristen gelitten« haben und sonst »niemand sonstwo in Deutschland«.³¹

Der Kanzler bringt die im Rahmen funktionstüchtiger Strafrechtspflege sich abzeichnende Einschätzung justizförmiger Verfahren auf den Begriff: Nicht der Gesamtheit der Bürger dient Justizförmigkeit, vielmehr dem »Gesetzesbrecher«, weshalb sie dann allemal im Dienste der »Gerechtigkeit« verfügbar gemacht werden kann.

28 BVerfG NJW 1972, 1123.

29 Vogel NJW 1978, S. 1219.

30 Seelmann NJW 1979, S. 1131.

31 Zit. nach Cobler, a. a. O., S. 49, Anm. 47.

Die Anzahl von Entscheidungen, in denen vom Mißbrauch der Rechte die Rede ist, ist so vielfältig, daß der Hinweis auf einige Beispiele genügen möge. Mißbräuchlich kann der Gebrauch des Beweisantragsrechtes sein, das Recht des Angeklagten, Erklärungen abzugeben, das Recht, einen Richter abzulehnen. Mißbrauch, so läßt sich zunächst festhalten, findet offensichtlich stets auf Seiten des Angeklagten wie seines Verteidigers statt. Diese, durch kursorische Betrachtung der Empirie gewonnene Feststellung hat jedoch einen systematischen Aspekt.

In der Logik funktionstüchtiger Strafgewalt liegt, daß prozessuale Rechte des Bürgers durch die Erfordernisse jener Funktionstüchtigkeit begrenzt werden. Ausgehend von den Erfordernissen dieses Funktionszusammenhanges wird die eigenständige Bedeutung prozessualer Rechte eliminiert, jene, *gegenüber* der staatlichen Strafgewalt bürgerliche Freiheiten und Subjektivität zu garantieren, besteht ihr Normzweck nunmehr darin, den Zusammenhang der Findung materieller Wahrheit und Gerechtigkeit zu vermitteln.

Um dies zu veranschaulichen: Für sich genommen umfaßt das Recht des Angeklagten, sich zur Sache zu erklären, daß dieser alles, was nach *seiner Sicht der Dinge* zur Sache gehört, in das Verfahren einbringen kann, denn zur Subjektrolle gehört eben die Definitionsmacht bezüglich der eigenen Sicht der Dinge.³²

Wo dieses Recht in der Tendenz nun die Vermittlung funktionstüchtiger Strafgewalt zu leisten hat, reduziert es sich darauf, zur Ermittlung der sog. materiellen Wahrheit beizutragen. Wo sich die Wahrnehmung des Erklärungsrechtes nicht darauf reduziert, gerät es in den Bereich mißbräuchlicher – weil funktionswidriger³³ – Rechtswahrnehmung. In den einschlägigen Entscheidungen ist dies stets der Fall, wo der Angeklagte auf die Motive und gesellschaftlichen Zusammenhänge seines Handelns zu sprechen kommt oder wo er diese gar noch zu begründen versucht. So erschöpft sich die Subjektrolle des Angeklagten darin, entweder zu schweigen oder an seiner eigenen Verurteilung hilfreich mitzuwirken.

Die Argumentationsfigur funktionstüchtiger Strafrechtspflege wird damit zum Kriterium der Definition mißbräuchlicher Rechtswahrnehmung, und daß sie dabei ihre Relevanz ausschließlich im Bereich der Angeklagten- und Verteidigungsrechte findet, liegt auf der Hand, denn deren Rechte sind es wesentlich, die historisch gerade den Absolutheitsanspruch staatlicher Strafgewalt begrenzen sollten.

Dabei ist in der Rechtsprechung die Tendenz feststellbar, diese Rechte zugleich in Mitwirkungspflichten an der staatlichen Strafdurchsetzung umzuwerten.

Hieß es in früheren Entscheidungen noch, der Verteidiger dürfe jedenfalls der Erforschung der materiellen Wahrheit nicht hindernd im Wege stehen³⁴, so wird in der Entscheidung des OLG Hamburg – Groenewold Urteil – der Verteidiger mit folgender Feststellung auf die Findung materieller Wahrheit verpflichtet: »Als unabhängiges Organ der Rechtspflege soll der Verteidiger mithelfen, das Recht zu verwirklichen. Damit tritt er an die Seite der Gerichte und der Staatsanwaltschaft«³⁵. Eine Entscheidung des BGH postuliert, daß sich Angeklagte »in ihrer Rolle als Angeklagte an der Hauptverhandlung beteiligen« sollen³⁶, in einem Urteil des OLG Stuttgart wird dem beschuldigten Rechtsanwalt vorgeworfen, er habe den Miß-

³² Vgl. Seelmann, a. a. O.

³³ Dazu vgl. Cobler, a. a. O.

³⁴ BVerfGE 11, 227.

³⁵ Zit. nach KJ, H 1/1979, S. 72 ff., 75.

³⁶ Zit. nach Cobler, a. a. O., S. 43.

brauch des Erklärungsrechts seiner Mandanten unterstützt, mithin Unterstützung mißbräuchlicher Rechtswahrnehmung³⁷. In einem Urteil des LG Heidelberg wird der Mißbrauch des Zeugenbefragungsrechts der Verteidiger dahingehend umschrieben, »daß die Zeugen, wenn sie sich widersprochen hatten, als ungeeignetes Beweismittel dargestellt werden« sollten³⁸. Solchem Mißbrauch kann nur vorgebeugt werden, wird das Fragerecht nicht in Anspruch genommen oder eben nur so, daß es Widersprüche nicht aufdeckt. Die These liegt mithin nahe, daß die von interessierter Seite behauptete Zunahme des Mißbrauchs prozessualer Rechte durch deren vorgängige Beschränkung auf die Vermittlung der Funktionstüchtigkeit der staatlichen Strafgewalt erst produziert worden ist. Aus dieser restringierten Aufgabenstellung prozessualer Rechte wird in der rechtspolitischen Diskussion ein Argument dafür gewonnen, diese Rechte durch Gesetzesänderungen nun auch zu beschränken.

4. Die funktionstüchtige StPO

Wie bereits angemerkt, findet sich eine verfassungsrichterliche Häufung des Begründungselements funktionstüchtiger Strafrechtspflege insbesondere in jenen Entscheidungen, die sich auf Änderungen der StPO der letzten Jahre beziehen oder doch damit in einem inhaltlichen Zusammenhang stehen.

Die Entscheidung des BVerfG, welche die Aufforderung an den Gesetzgeber enthält, den Verteidigerausschluß zu regeln, was dasselbe Gericht noch zuvor qua Gewohnheitsrecht geregelt sah, bezeichnete diese Lücke als mit »dem Interesse an einer geordneten Strafrechtspflege in keiner Weise« vereinbar.³⁹ Der Gesetzgeber solle in der zu treffenden Regelung zwar der freien Advokatur Rechnung tragen, dabei aber die »Effizienz des Strafprozesses«, eine der Konkretionen der Funktionstüchtigkeit, »nicht mehr als unvermeidbar« beeinträchtigen.⁴⁰ Eine andere Entscheidung des BVerfG erklärte die Regelung der Beschränkung der Zahl der Verteidiger für verfassungsgemäß, da dies einem »Gebot des Rechtsstaatsprinzips«, dem der »Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege« diene.⁴¹ In derselben Entscheidung wurde mit der gleichen Rechtsfigur auch noch das »Vertrauen der Beschuldigten und Verteidiger auf den Fortbestand der alten Regelung« dem »öffentlichen Interesse« an einer »funktionstüchtigen Strafjustiz« untergeordnet.⁴²

In einer Entscheidung, in welcher sich das BVerfG mit der Regelung des § 231a StPO zu befassen hatte, stellte es fest: »Damit entspricht sie (die Regelung des § 231a StPO, d. V.) einem Gebot des Rechtsstaatsprinzips, das die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege verlangt.«⁴³

Angesichts der inflationären Verwendung dieser Argumentationsfigur im Bereich der Neuregelung der StPO stellt sich die Frage: Erklärt nicht gerade diese Argumentation den inneren Zusammenhang der vielfältigen, scheinbar oft zusammenhanglosen Veränderungen des Strafverfahrensrechts?⁴⁴

37 Urteil des OLG Stuttgart in Sachen RA Croissant, Az. XII KLS 97/76, S. 348 f.

38 Urteil des LG Heidelberg in Sachen RA Härdle, Az. 1 KLS 9/78, S. 53 f.; vgl. dazu Frankenberg KJ 1979, S. 433.

39 BVerfGE 34, 307.

40 Ebda.

41 BVerfGE 39, 163.

42 Ebda. S. 167.

43 BVerfGE 41, 251.

44 Zum Gesamtkomplex vgl. Bähr, Rechtsstaat und Strafgerichtsbarkeit, in: Tohidipur (Hrsg.), Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 2, 1978, S. 565 ff.

Anlässlich des Strafverfahrensänderungsgesetzes von 1979 sprach Bundesjustizminister Vogel davon, diese setze die mit dem »1. Strafverfahrensreformgesetz begonnene(n) *Totalerneuerung* der StPO« fort (Herv. d. V.)⁴⁵.

Zunächst verdeutlicht dies, daß die verabschiedeten Gesetzesänderungen keineswegs ad-hoc-Reaktionen sind, vielmehr Resultate politischer Planung.

Resümiert man die Gesamtheit der Veränderungen der letzten Jahre, die in der Literatur unter dem Gesichtspunkt der Einschränkung der Rechte von Verteidigung und Angeklagten thematisiert worden sind⁴⁶, so läßt sich generalisierend der Trend dergestalt beschreiben, daß das Verfahren an Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten ausgerichtet worden ist, die dem Ziel funktionstüchtiger Strafrechtspflege entsprechen: Durch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bei der Ermittlung der materiellen Wahrheit und deren strafrechtlicher Umsetzung, durch erweiterte Befugnisse von Polizei und Staatsanwalt, durch Einschränkung des Beweis- und Erklärungsrechts, durch Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte bei der Beschränkung der Revisionsgründe wie des Instanzenweges.

Um noch einmal den Bundesjustizminister zu zitieren, verkürzt es »in einer den Rechtsfrieden gefährdenden Weise den Rechtsgüterschutz«, wenn es einigen gelingt, »sich dem strafrechtlichen Sanktionsanspruch wegen der Ineffizienz des Strafverfahrensrechts zu entziehen«⁴⁷. Die so beschworene Effizienz des Strafverfahrens steht damit für eine »Totalerneuerung der StPO«, die über das Verfahrensrecht – freilich wären dabei auch die Veränderungen des materiellen Strafrechts einzubeziehen – der im Strafverfahren wirkenden staatlich organisierten Gewalt erweiterten Handlungsspielraum einräumt. In der Orientierung auf rechtlich nicht relevante Funktionstüchtigkeit und Effektivität des Strafverfahrens wird dessen Loslösung von justizförmiger Bindung betrieben und die staatliche Definitionsmacht bezüglich materieller Wahrheit verstärkt.

5. *Effektivierung der Exekutive oder der Justiz?*

Wenn die Regelung der Form des Strafverfahrens als Indikator für die Liberalität des politischen Systems gelten kann, dann müssen andererseits relevante Veränderungen in diesem rechtlichen Regelungsbereich auch Veränderungen des politischen Systems reflektieren. Es fragt sich damit, ob diese rechtsnormativen Veränderungen mit strukturellen und organisatorischen Veränderungen in den staatlichen Institutionen, insbesondere den Institutionen staatlicher Sicherheitspolitik zusammenhängen.

Dabei lassen sich nach dem bisher erörterten zwei Problembereiche unterscheiden.

Funktionstüchtige Strafrechtspflege beinhaltet die Tendenz, die Handlungsmuster staatlicher Straf Gewalt an Kalkülen und Zwecken auszurichten, die dem Maßstab polizeilichen Handelns entnommen sind, für welches die »rechtliche Problematisierung« der Ermittlungshandlungen deren Effizienz widerspricht.⁴⁸ So hat das BVerfG in der sogenannten Hosenladenentscheidung diese »sitzungspolizeiliche Maßnahme« mit dem Interesse der Sicherheit begründet, in der gleichen Entschei-

⁴⁵ Vogel NJW 1978, S. 1219, Anm. 28.

⁴⁶ Vgl. Anm. 45; Dahs NJW 1976, S. 2147 mit der These, es gehe um die Effektivierung der Ermittlungsarbeit.

⁴⁷ Vogel, a. a. O.

⁴⁸ Zit. nach Cobler, a. a. O., S. 42, Anm. 24.

dung es für abwegig erklärt, daß dieses auch für Staatsanwälte gelten solle.⁴⁹ Daß es sich hierbei um eine sitzungspolizeiliche Entscheidung handelte, darf nicht übersehen lassen, daß damit die ansonsten vom Gericht postulierte »Waffengleichheit« mit polizeirechtlichen Argumenten für »abwegig« erklärt wurde.

In einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes wird der Sachverhalt, daß die Interessen von Verteidiger und Beschuldigtem gegenüber denen staatlicher Behörden verschieden seien, zur tragenden Begründung dafür genommen, der Aussage des Verteidigers weniger Glaubhaftigkeit beizumessen als denen staatlicher Beamter, um so Verteidigerrechte einzuschränken.⁵⁰ Ansonsten wird der Verteidiger als gleichsam staatlicher Beamter im Prozeß der Wahrheitsfindung behandelt, wenn es darum geht, ihm standeswidriges Verhalten nachzuweisen. Wie es beliebt. Verstärkt bestimmen so Gesichtspunkte der Staatsraison, exekutivisch definierter Sicherheitslagen die Gestaltung der Verfahrensrechte wie deren Auslegung.⁵¹

Mit der funktionstüchtigen Strafrechtspflege gewinnt zugleich auch organisatorisch die Exekutive, der polizeiliche Ermittlungsapparat und die dessen Ergebnisse in rechtliche Kategorien aufarbeitende Staatsanwaltschaft an Verfahrensgewicht. Dazu gehört z. B., was der Regierungsdirektor im BKA Kube mit dem Begriff der »Kommunikationsprobleme« zwischen Polizei und Gericht angesprochen hat⁵² und was durch polizeiliche Zeugenbetreuung teilweise gelöst werden soll: die Absicherung der polizeilichen Zeugenaussage gegenüber der Verteidigung.⁵³ Dazu gehört die Konzentration des polizeilich-staatsanwaltlichen Ermittlungsapparates, dessen technologische Aufbereitung wie die dadurch verstärkt mögliche Aufspaltung von Akten und Aussagen auf einzelne Verfahren je nach Beweisnotwendigkeiten dessen, was gemessen an Sicherheitsbedürfnissen materielle Wahrheit ist.⁵⁴ Dazu gehören rechtliche Regelungen wie die geplante Neuordnung des Verhältnisses von Staatsanwaltschaft und Polizei, die nach den Worten des Richters Goergen das Strafverfahren zur Fortsetzung eines polizeilichen Sicherheitsauftrages macht.⁵⁵

Die Annahme ist deshalb plausibel, daß die funktionstüchtige Strafgewalt zumindest in Teilbereichen der strafrechtlichen Anwendung staatlich organisierter Gewalt den Prozeß der Überlagerung des Verfahrens durch Interessen der Herrschaftssicherung anzeigt, die zu ihrer Durchsetzung einer relativen Auflockerung der rechtsförmigen Bindungen bedürfen. Diese Sicht hat ein Polizeiexperte folgendermaßen formuliert: »Aufgabe einer staatlichen Prozeßordnung ist es, den ruhigen Ablauf einer Hauptverhandlung zu sichern, um die Achtung vor unserem Staat, ebenso wie den Respekt vor den unabhängigen Gerichten zu unterstreichen, damit der Bürger nicht sein Vertrauen zur Rechtspflege verliert.«⁵⁶ Solches Verfahrensrecht wäre reine Geschäftsordnung nach Kalkülen der Durchsetzung staatlicher Strafgewalt.

Eckart Riehle

49 BVerfGE 48, 127.

50 BGH NJW 1972, 2144.

51 So die Anordnung der Kontaktsperre durch die Exekutive, vgl. KJ 4/1977, S. 395 ff.

52 Kube JZ 1976, S. 17 ff.

53 Vgl. das Referat von RA Maeffert auf dem deutschen Strafverteidigertag 1979 in Berlin, ders., Die polizeiliche Durchdringung des Strafprozesses: die Betreuung der Polizeizeugen, in: CILIP 3/1979, S. 27 ff.

54 Kein Interesse hat das BKA allerdings an einer Neuordnung des Verhältnisses von Polizei und Staatsanwaltschaft angemeldet, die Zusammenarbeit sei »partnerschaftlich« genug. Bericht über eine Arbeitstagung des BKA v. 12.–15. 10. 1976, in: Die Polizei 1976, S. 422 f. (423).

55 Goergen ZRP 1976, S. 59.

56 W. Becker, Die Polizei 1975, S. 269.