

Конституции Республики Казахстан: постановление Конституц. Совета Респ. Казахстан от 06.03.1997 № 3 // Каз. Правда. — 1997. — 16 марта.

13. О медиации: Закон Республики Казахстан от 28.01.2011 г. № 401-IV ЗРК (с изм. и доп. по состоянию на 31.10.2015) [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30927376#pos=3;253. — Дата доступа: 15.09.2016.

14. О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 03.07.2013 № 121-V [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31414161. — Дата доступа: 14.08.2016.

15. О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан: Закон Республики Казахстан от 15.01.2014 № 164-V [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31494466. — Дата доступа: 14.08.2016.

16. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 04.07.2014 № 231-V с изм. и доп. [Электронный ресурс]. — Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852#pos=1;307. — Дата доступа: 14.08.2016.

17. Уголовный кодекс Республики Казахстан от 03.07.2014 № 226-V // Информационно-правовая система нормативных правовых актов Респ. Казахстан [Электронный ресурс]. — Режим доступа: <http://adilet.zan.kz/rus/docs/K1400000226>. — Дата доступа: 30.08.2016.

Hellmann U.

Strafverfahren als Kommunikationsprozess Criminal Proceedings as a Communication Process

This piece argues in favour of the criminal procedure being understood as a process of communication, the aim of which is to reach solutions to problems by consensus. The accused is indeed an object of the criminal procedure; however the state is not allowed to solely reduce him to this. A constitutional criminal trial equips the accused with many rights, which enable him and his defence counsel to actively participate in this process. The configuration of the criminal procedure as a process of communication is not only reconcilable with the aim of finding an appropriate criminal response to deviant behaviour, but in fact provides «better» outcomes than a strong «inquisitive» process.

Der Beitrag spricht sich dafür aus, das Strafverfahren als Kommunikationsprozess mit dem Ziel einer Problemlösung durch Verständigung

zu verstehen. Der Beschuldigte ist zwar Objekt des gegen ihn gerichteten Strafverfahrens, er darf darauf aber nicht reduziert werden, da er in einem rechtsstaatlichen Strafprozess zahlreiche Rechte besitzt, die ihn — und seinen Verteidiger — zu einer aktiven Mitgestaltung befähigen. Die Ausgestaltung des Strafverfahrens als Kommunikationsprozess ist mit dem Ziel, die angemessene strafrechtliche Reaktion auf ein deviantes Verhalten zu finden, nicht nur vereinbar, sondern sie lässt sogar «bessere» Ergebnisse erwarten als ein streng «inquisitorischer» Prozess.

Der vieldeutige Begriff «Kommunikation» wird im Folgenden in einem handlungs- und problemtheoretischen Sinne verstanden als soziale Handlung, deren Ziel auf eine Problemlösung durch Verständigung gerichtet ist. Im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Strafprozess, der als Parteienverfahren ausgestaltet ist und deshalb ohne Kommunikation in dem genannten Sinne gar nicht stattfinden könnte, scheint das kontinentale Strafprozesssystem nicht auf eine Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten, insbesondere zwischen dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger einerseits und der Staatsanwaltschaft und dem Gericht andererseits, angewiesen zu sein. Die staatlichen Strafverfolgungsinstanzen führen das Strafverfahren gegen den Beschuldigten bzw. Angeklagten durch und dies könnte dafür sprechen, dass er sich diesem Verfahren schlicht zu unterwerfen habe. In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren ist die Rolle des Beschuldigten jedoch keineswegs darauf beschränkt, die Durchführung des Strafverfahrens und die damit verbundenen Beschränkungen und Grundrechtseingriffe passiv zu erdulden, sondern er kann aktiv auf den Ablauf und die Gestaltung des Verfahrens einwirken, wie die Analyse der Rechtsstellung des Beschuldigten zeigt. Damit sind die rechtlichen Voraussetzungen für eine Problemlösung — der Verdacht strafrechtlich relevanten Verhaltens stellt das Problem dar — gegeben.

1. Die Stellung des Beschuldigten nach — deutschem — Strafprozessrecht

Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens macht den Beschuldigten zwar einerseits — in gewissen Grenzen — zum Objekt der staatlichen Strafverfolgung, indem er zulässige grundrechtsbeeinträchtigende Maßnahmen dulden muss. Andererseits statet ihn das Gesetz mit Rechten aus, durch die er einen nicht unerheblichen Einfluss auf den

Gang des Verfahrens nehmen kann; insofern ist der Beschuldigte zugleich Verfahrenssubjekt.

1. Die Objektsqualität des Beschuldigten

Die deutsche Strafprozessordnung (dStPO) gibt den Strafverfolgungsbehörden zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen, z.B. körperliche Untersuchung und Durchsuchung, Beschlagnahme, Untersuchungshaft usw., an die Hand, die gegen den Beschuldigten auch ohne bzw. gegen seinen Willen eingesetzt werden dürfen. Widersetzt er sich diesen Maßnahmen, so ist zu ihrer Durchsetzung notfalls die Androhung und Anwendung von Zwang zulässig. Der Grundsatz «nemo tenetur se ipsum accusare», der aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Grundgesetz (GG) folgt,² verbietet jedoch den Einsatz von Zwangsmitteln gegen den Beschuldigten, um ihn zu einer aktiven Mitwirkung an dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren zu bewegen. Das Mitwirkungsverweigerungsrecht beseitigt die Objektsqualität des Beschuldigten zwar nicht, es begrenzt sie aber doch immerhin erheblich.

2. Die Subjektstellung des Beschuldigten

Der Beschuldigte hat aber nicht nur das Recht, im Ermittlungsverfahren passiv zu bleiben, sondern er kann den Gang der Ermittlungen in erheblichem Maße aktiv beeinflussen. Das folgt daraus, dass der Staat seine Bürger nicht als bloße Objekte reduzieren darf und das gilt ebenfalls für den Beschuldigten, zumal er gemäß Art. 6 Abs. 2 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) bis zur rechtskräftigen Verurteilung als unschuldig zu gelten hat. Ausdruck der Subjektstellung des Beschuldigten sind der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, das Recht zur Verteidigerkonsultation, das Beweisantragsrecht und das Recht, an bestimmten richterlichen Untersuchungshandlungen teilzunehmen.

a) Rechtliches Gehör

Das Verfahrensgrundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG, nach dem jedermann vor Gericht Anspruch auf rechtliches Gehör hat, gilt für den Beschuldigten. Rechtliches Gehör ist ihm gemäß § 33 Abs. 1 dStPO nicht nur in der Hauptverhandlung zu gewähren, sondern gemäß § 33 Abs. 3 dStPO grundsätzlich auch vor Ergehen richterlicher

² Bundesverfassungsgericht (BVerfG), BVerfGE 56, 37 (43); Bundesgerichtshof (BGH), BGHSt 38, 214 (220); 52, 11; *Beulke*, Rn. 125 mwN.

Entscheidungen im Ermittlungsverfahren. § 33 Abs. 4 dStPO enthält allerdings die notwendige Einschränkung, dass richterliche Maßnahmen, deren Zweck durch die vorherige Anhörung gefährdet wären, ohne eine solche ergehen dürfen. Für diese Fälle sieht § 33a dStPO die Nachholung des rechtlichen Gehörs vor, wenn zum Nachteil des Beschuldigten Tatsachen und Beweisergebnisse verwertet worden sind und ihm gegen den Beschluss kein anderer Rechtsbehelf zusteht.

Auf Maßnahmen der Staatsanwaltschaft oder der Polizei sind §§ 33, 33a dStPO zwar nicht anwendbar. Die von den Strafverfolgungsbehörden ohne vorherige Anhörung angeordneten bzw. durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen unterliegen aber der nachträglichen richterlichen Rechtskontrolle, in deren Rahmen dem Beschuldigten dann rechtliches Gehör gewährt wird.

Ausdruck des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Ermittlungsverfahren ist zudem § 163a Abs. 1 dStPO. Der Beschuldigte muss danach vor dem Abschluss der Ermittlungen vernommen werden, es sei denn, das Verfahren wird eingestellt.

Die Pflicht der Strafverfolgungsorgane zur unverzüglichen Unterrichtung des Beschuldigten über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe folgt aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK, der nach zutreffender Auffassung entgegen dem Wortlaut der deutschen Übersetzung nicht erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens, durch die der Beschuldigte gemäß § 157 dStPO zum Angeklagten wird, gilt, sondern in jeder Lage des Strafverfahrens.³ Die Information des Beschuldigten darf nur unterbleiben, wenn und solange die Heimlichkeit der Ermittlungen erforderlich ist, um den Erfolg der Maßnahmen zu gewährleisten.

b) Recht zur Verteidigerkonsultation

Der Beschuldigte hat gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 dStPO das Recht, sich in jeder Lage des Verfahrens, also auch im Ermittlungsverfahren, des Beistands eines Verteidigers zu bedienen. Es handelt sich dabei nicht um ein Zugeständnis des Gesetzgebers, sondern um einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch, der aus dem Rechtsstaatsprinzip und Art. 2 Abs. 1 GG folgt.⁴ Eine besondere

³ *Frister*, StV 1998, 159 ff.; ähnlich *Esser*, in: LR²⁶, Art. 6 EMRK Rn. 539 f.

⁴ Z.B. BVerfGE 66, 313 (319); 68, 237 (255); eingehend dazu *Beckemper*, S. 39 ff.; BGHSt 38, 215 (219); *Beulke*, Rn. 147.

Bedeutung kommt dem Recht auf Verteidigerkonsultation bei einer Vernehmung gemäß § 136 Abs. 1 S. 2 dStPO zu.

c) Beweisantragsrecht

Unmittelbaren Einfluss auf den Gang der Ermittlungen kann der Beschuldigte gemäß § 163a Abs. 2 dStPO durch die Beantragung der Aufnahme von Entlastungsbeweisen nehmen. § 163a dStPO gewährt dem Beschuldigten ein subjektives öffentliches Recht gegen die Staatsanwaltschaft auf Erhebung der Beweise, wenn sie von Bedeutung sind.

d) Anwesenheitsrechte

Der Beschuldigte hat gemäß §§ 168c Abs. 2, 168d Abs. 1 S. 1 dStPO grundsätzlich das Recht, an richterlichen Vernehmungen der Zeugen und Sachverständigen sowie an der Einnahme des richterlichen Augenscheins teilzunehmen. Er kann davon jedoch ausgeschlossen werden, wenn seine Anwesenheit den Untersuchungszweck gefährdet (§§ 168c Abs. 3, 168d Abs. 1 S. 2 dStPO).

e) Akteneinsichtsrecht

Die sachgerechte Wahrnehmung seiner Rechte setzt voraus, dass der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger über die Ermittlungsergebnisse informiert ist. Der Beschuldigte selbst hat zwar grundsätzlich kein Akteneinsichtsrecht, dem Verteidiger ist aber gemäß § 147 Abs. 1 dStPO Akteneinsicht und die Besichtigung der amtlich verwahrten Beweisstücke (Asservate) zu gewähren. Ein uneingeschränktes Akteneinsichtsrecht gilt allerdings erst nach Abschluss der Ermittlungen. Während des Ermittlungsverfahrens kann die Staatsanwaltschaft, die in dieser Phase über die Gewährung der Akteneinsicht entscheidet (§ 147 Abs. 5 dStPO), gemäß § 147 Abs. 2 dStPO die Einsichtnahme bei einer Gefährdung des Untersuchungszwecks verweigern. Die Abschirmung des Ermittlungswissens der Strafverfolgungsbehörden durch die Verweigerung der Akteneinsicht soll auch zulässig sein, wenn ein Haftbefehl bereits erlassen, aber noch nicht vollzogen wurde.⁵ Es besteht jedoch ein Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht seines Verteidigers in die Akten, wenn und soweit er

⁵ BVerfG, Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport (NSTZ-RR) 1998, 108 f.; OLG München, NSTZ-RR 2012, 317; *Beulke/Witzigmann*, NSTZ 2011, 254 (257 f.).

die darin befindlichen Informationen zur effektiven Vorbereitung der gerichtlichen Anfechtung einer Haftentscheidung benötigt, sodass zumindest eine Teilakteneinsicht hinsichtlich der für die Haftentscheidung relevanten Tatsachen und Beweismittel zu gewähren ist.⁶ Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) folgert dieses Akteneinsichtsrecht aus Art. 5 Abs. 4 EMRK, der die gerichtliche Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft gewährleistet.⁷

Der Verteidiger darf — und muss — seinen Mandanten im Übrigen grundsätzlich über den Akteninhalt informieren und ihm angefertigte Kopien überlassen.⁸ Der Verteidiger darf seinen Mandanten allerdings dann nicht unterrichten, wenn er weiß, dass dieser die Informationen zur Grundlage eines strafbaren oder prozessual unzulässigen Verhaltens machen wird.⁹

II. Vorteile eines kommunikativen Strafprozesses

Der Beschuldigte kann selbstverständlich darauf verzichten, aktiv und durch Kommunikation mit Polizei, Staatsanwaltschaft und Strafrichter an dem gegen ihn gerichteten Strafverfahren mitzuwirken. Das Verbot der Androhung und Anwendung von Zwang zur Herbeiführung einer selbstbelastenden Mitwirkung gibt dem Beschuldigten das Recht, sich aktiv an dem Verfahren zu beteiligen. Die Beweislage wird aber allenfalls ausnahmsweise so eindeutig zu seinen Gunsten ausgestaltet sein, dass ein passives Abwarten des Verfahrensausgangs in seinem Interesse ist. In aller Regel werden der Beschuldigte — und sein Verteidiger — bestrebt sein, das Verfahren — nach Möglichkeit von Anfang an — aktiv mitzugestalten. Deshalb sollte jeder Verteidiger so früh wie möglich versuchen, mit den ermittelnden Polizeibeamten, Steuerfahndern und Staatsanwälten ins Gespräch zu kommen. Aber auch für die Polizei, die Staatsanwaltschaft und den Strafrichter ist die frühzeitige Kommunikation mit dem Beschuldigten bzw. seinem Verteidiger nicht selten vorteilhaft.

⁶ BVerfG, Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht (wistra) 2004, 179; BGH (Ermittlungsrichter), NJW 1996, 734; *Michalke*, NJW 2013, 2334 f.

⁷ EGMR NJW 2002, 2013 ff.; 2015 ff.; 2018 ff.; EuGRZ 2009, 472; dazu *Beulke/Witzigmann*, NStZ 2011, 254 (256 f.).

⁸ BGHSt 29, 99 (102); OLG Frankfurt, NStZ 1981, 144 (145); *Beulke*, Rn. 160; *Burkhard*, wistra 1996, 171 (173); *Schmitt* in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 147 Rn. 20.

⁹ *Krekeler*, NStZ 1989, 146 (149); *Kühne*, Rn. 220.

1. Erarbeitung des relevanten Sachverhalts

Jeder in der Strafrechtspraxis Tätige kennt die Schwierigkeiten in bestimmten Strafverfahren, insbesondere wegen Wirtschafts- oder Steuerstraftaten, aus der nahezu unüberschaubar großen Zahl von Umständen diejenigen herauszufiltern, die für den Tatvorwurf relevant sind. Nicht selten gehen die Ermittlungen von vornherein in eine falsche Richtung, weil die Strafverfolgungsorgane in einem Geschehnis nur deshalb verdachtsbegründende Anhaltspunkte sehen, weil die wirtschaftlichen und sonstigen Umstände ohne die Kenntnisse des Beschuldigten von dem Zusammenhang, in dem konkrete Vorgänge stehen, nicht nachvollziehbar sind. Dabei ist sicher zu berücksichtigen, dass die von dem Beschuldigten bzw. dessen Verteidiger offenbarten Informationen die Ermittlungen in eine für den Beschuldigten vorteilhafte Richtung lenken sollen. Dennoch kann die Kommunikation mit ihm oder seinem Verteidiger Missverständnisse aufklären. Im Idealfall kann dadurch eine Verständigung auf einen Lebenssachverhalt erreicht werden, der dem weiteren Verfahren zugrunde gelegt werden kann. Gelingt dies nicht, kann unter Umständen aber zumindest hinsichtlich bestimmter Vorgänge ein Konsens hergestellt werden, mögen andere auch streitig bleiben.

2. Verständigung auf ein prozessuales Vorgehen

Die Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten sollte zudem auf eine Verständigung über das weitere prozessuale Vorgehen gerichtet sein. Organisatorische Absprachen, z.B. über die Terminierung von Ermittlungshandlungen, an denen der Verteidiger teilnehmen darf, oder der Hauptverhandlung, müssen ohnehin erfolgen, um dem Verteidiger die Mitwirkung zu ermöglichen. Darüber hinaus kann eine Verständigung über den Ablauf des Verfahrens den Prozess vereinfachen und beschleunigen. Die Verhandlungsleitung muss zwar bei dem Gericht bzw. dessen Vorsitzenden verbleiben, eine Einigung z.B. über die Reihenfolge der in der Beweisaufnahme zu behandelnden Komplexe, der heranzuziehenden Beweismittel oder gar das «Unstreitigstellen» bestimmter Tatsachen kann aber geeignet sein, ohne Einschränkung der Aufklärungspflicht des Gerichts einen zügigen Fortgang des Verfahrens herbeizuführen.

3. Verständigung über die abschließende Entscheidung

Trotz der grundsätzlich gegensätzlichen Interessen, Staatsanwaltschaft und Gericht streben die nach strafprozessualen Grundsätzen ermittelte «richtige» Entscheidung an, Beschuldigter und Verteidiger dagegen die vorteilhafteste, besteht häufig — selbstverständlich nicht in allen Fällen — für eine durch einen Kommunikationsprozess herbeigeführte Verständigung über den Verfahrensausgang breiter Raum.

Das beginnt bei der Wahl der Verfahrensart. Dem Beschuldigten und sein Verteidiger wird zumeist daran gelegen sein, eine mündliche Hauptverhandlung wegen der belastenden Wirkungen zu vermeiden und eine Verurteilung im schriftlichen Strafbefehlsverfahren zu erreichen, wenn ein Freispruch nicht zu erwarten ist.

Angesichts der zahlreichen Möglichkeiten verfahrensabschließender Entscheidungen — Einstellung ohne oder mit Auflagen, Verwarnung mit Strafvorbehalt, Geldstrafe, Freiheitsstrafe mit oder ohne Strafaussetzung zur Bewährung — erleichtert die Kommunikation über die im konkreten Fall in Betracht kommenden Entscheidungen die Findung des angemessenen Ergebnisses. Staatsanwaltschaft und Gericht sollten dem Beschuldigten bzw. Angeklagten mitteilen, welche Handlungen — z.B. Täter-Opfer-Ausgleich, Ersatz des verursachten Schadens, Erbringung sozialer Leistungen, Änderung der Lebensumstände usw. — Einfluss auf die zu verhängende Entscheidung haben würden.

III. Fazit

Die vorstehend skizzierten Möglichkeiten und Gründe für eine Ausgestaltung des Strafverfahrens als Kommunikationsprozess sind mit dem Ziel, die angemessene strafrechtliche Reaktion auf ein deviantes Verhalten zu finden, nicht nur vereinbar, sondern sie lassen sogar «bessere» Ergebnisse erwarten als ein streng «inquisitorischer» Prozess. Kommunikation kann das Verfahren erleichtern und fehlgehende oder überflüssige Ermittlungen vermeiden. Sie kann zudem resozialisierend wirken, weil ein solcher Strafprozess dem Beschuldigten als «fair» erscheinen und er die verhängte Sanktion eher akzeptieren wird.

Literaturnachweise

1. *Beckemper, K.* Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten / K. Beckemper. — Berlin, 2002.

2. *Beulke, W.* Strafprozessrecht / W. Beulke. — 13. Aufl. — Heidelberg, 2016.
3. *Beulke, W.* Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Fällen der Untersuchungshaft / W. Beulke, T. Witzigmann // Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ). — 2011. — S. 254.
4. *Burkhard, J.* Zum Recht des Strafverteidigers auf Akteneinsicht im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren / J. Burkhard // Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (Wistra). — 1996. — 171 ff.
5. *Esser, R.* Art. 6 EMRK / R. Esser // Löwe-Rosenberg. StPO und GVG. — 26. Aufl. — Berlin, 2012.
6. *Frister, H.* Der Anspruch des Beschuldigten auf Mitteilung der Beschuldigung aus Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK / H. Frister // Strafverteidiger (StV). — 1998. — 159 ff.
7. *Krekeler, W.* Strafrechtliche Grenzen der Verteidigung / W. Krekeler // Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ). — 1989. — S. 146.
8. *Kühne, H.-H.* Strafprozessrecht / H.-H. Kühne. — 9. Aufl. — Heidelberg [etc.], 2015.
9. *Michalke, R. R.* Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers — Aktuelle Fragestellungen / R. R. Michalke // Neue Juristische Wochenzeitschrift (NJW). — 2013. — S. 2334.
10. *Meyer-Goßner, L.* Strafprozessordnung / L. Meyer-Goßner, B. Schmitt. — 59. Aufl. — München, 2016.

Хелльманн У.

Уголовный процесс как процедура коммуникации¹⁰

В статье уголовный процесс понимается в качестве процедуры коммуникации с целью решения проблем на основе взаимопонимания. Обвиняемый хотя и является объектом уголовного производства в отношении него, но его роль не должна сводиться лишь к этому, поскольку в уголовном процессе правового государства он имеет многочисленные права, которые в любом случае предоставляют ему и его защитнику возможность активного участия в процессе. Представление уголовного процесса в качестве процедуры коммуникации (взаимодействия) не только совместимо с целью поиска адекватной уголовно-правовой реакции на девиантное поведение, но и позволяет ожидать «лучшие» результаты, чем в строго «инквизиционном» процессе.

¹⁰ Перевод к. ю. н., доцента В. И. Самарина.

Многозначный термин «коммуникация» в настоящей работе понимается как социальное действие, целью которого является решение проблемы через взаимопонимание. В отличие от англо-американского уголовного процесса, который представляет собой разбирательство сторон и, следовательно, не может существовать без коммуникации в указанном смысле, континентальная система уголовного процесса не кажется зависимой от коммуникации (взаимодействия) между участниками процесса, в частности, между обвиняемым и его адвокатом, с одной стороны, и прокурором и судом, с другой стороны. Государственные органы уголовного преследования ведут в отношении обвиняемого (подсудимого) уголовный процесс, и это могло бы свидетельствовать о том, что он согласился подчиниться этому процессу. Однако роль обвиняемого в уголовном процессе правового государства никоим образом не ограничивается необходимостью пассивно претерпевать производство по уголовному делу и связанные с этим ограничения и нарушения фундаментальных прав, но, как показывает анализ правового положения обвиняемого, он может активно влиять на ход и форму процесса. Тем самым даны правовые основания для решения проблемы — подозрение преступного поведения представляет проблему.

1. Положение обвиняемого согласно немецкому уголовно-процессуальному праву

Начало предварительного расследования делает обвиняемого, с одной стороны, в определенных пределах объектом государственного уголовного преследования, в котором он обязан претерпевать допустимые меры, ограничивающие фундаментальные права человека. С другой стороны, закон предоставляет ему права, посредством которых он может оказывать существенное воздействие на ход производства по делу; в этом обвиняемый является одновременно субъектом процесса.

1. Обвиняемый в качестве объекта

Уголовно-процессуальный кодекс ФРГ (далее — УПК) предоставляет органам уголовного преследования право производить множество процессуальных действий, например, освидетельствование и обыск, выемку, заключение под стражу и т. д., которые могут быть использованы против обвиняемого даже при отсутствии

или против его воли. Если он возражает против производства этих действий, то для их обеспечения в случае необходимости допустимо предупреждение о применении и применение силы. Принцип «*nemo tenetur se ipsum accusare*»¹¹, который следует из ч. 1 ст. 2 в сочетании со ст. 1 Конституции ФРГ¹², запрещает применение мер принуждения в отношении обвиняемого для склонения его к активному содействию ведущемуся против него уголовному процессу. Данное право на отказ от содействия не устраняет качество обвиняемого как объекта, однако значительно его ограничивает.

2. Положение обвиняемого как субъекта

Обвиняемый не только имеет право оставаться пассивным в ходе предварительного расследования, но может в значительной степени активно влиять на ход следствия. Это следует из того, что государство не может сводить своих граждан всего лишь до объектов, что относится также к обвиняемому, так как последний в соответствии с ч. 2 ст. 6 Европейской конвенции по правам человека (далее — ЕКПЧ) остается невиновным до вступления в силу приговора. Проявлением положения обвиняемого как субъекта являются право быть заслушанным, право на консультацию защитника, право на ходатайство о затребовании доказательств и право принимать участие в определенных судебных следственных действиях.

а) Право быть заслушанным

Обвиняемому принадлежит фундаментальное процессуальное право из ч. 1 ст. 103 Конституции ФРГ, согласно которому каждый имеет право требовать быть заслушанным судом. Данное право обеспечивается ему не только в судебном разбирательстве (ч. 1 § 33 УПК), но и в принципе перед вынесением судебных решений в ходе предварительного расследования (ч. 3 § 33 УПК). В то же время ч. 4 § 33 УПК содержит необходимое ограничение, чтобы судебные процессуальные действия, предназначению которых может быть нанесен ущерб предварительным слушанием, осуществлялись без такового. Для этих случаев § 33а УПК предусматривает осуществление заслушивания *post factum*, если

¹¹ Недопущение обвинения самого себя (лат.).

¹² Bundesverfassungsgericht (BVerfG), BVerfGE 56, 37 (43); Bundesgerichtshof (BGH), BGHSt 38, 214 (220); 52, 11; *Beulke*, Rn. 125 mwN.

факты и результаты исследования доказательств свидетельствуют не в пользу обвиняемого и у него не имеется иного законного средства защиты в отношении постановления.

В отношении действий прокуратуры или полиции § 33, 33а УПК не могут быть применены. Однако назначенные либо проведенные без предварительного заслушивания органами уголовного преследования следственные действия подлежат последующему судебному контролю, в рамках которого обвиняемому будет обеспечено право быть заслушанным.

Проявлением права быть заслушанным в ходе предварительного следствия является ч. 1 § 163а УПК. В соответствии с данной нормой обвиняемый должен быть допрошен до окончания следствия, если производство по уголовному делу не будет прекращено.

Обязанность органов уголовного преследования незамедлительно уведомить обвиняемого о выдвинутом против него обвинении следует из п. а) ч. 3 ст. 6 ЕКПЧ, которая, согласно аутентичному пониманию, не совпадающему с дословным переводом на немецкий язык, существует не после начала судебного разбирательства, когда обвиняемый, согласно § 157 УПК, становится подсудимым, а на любой стадии уголовного процесса¹³. Информирования обвиняемого можно избегать, только если требуется соблюдение тайны следствия, чтобы обеспечить успех производства процессуальных действий (на этот срок).

б) Право на консультацию защитника

Согласно предложению первому ч. 1 § 137 УПК обвиняемый имеет право пользоваться помощью защитника на любой стадии уголовного процесса, а следовательно, и в ходе предварительного расследования. В данном случае речь идет не о послаблении со стороны законодателя, а о конституционно гарантированном праве, которое является следствием принципа правового государства и нормы ч. 1 ст. 2 Конституции ФРГ¹⁴. Особое значение придается праву на консультацию защитника в ходе допроса в соответствии с предложением вторым ч. 1 § 136 УПК.

¹³ Frister, StV 1998, 159 ff; схожая позиция: Esser, in: LR²⁶, Art. 6 EMRK Rn. 539 f.

¹⁴ Например, BVerfGE 66, 313 (319); 68, 237 (255); подробнее Beckemper, S. 39 ff.; BGHSt 38, 215 (219); Beulke, Rn. 147.

в) Право на ходатайство о затребовании доказательств

Обвиняемый может оказывать непосредственное влияние на ход следствия согласно ч. 2 § 163а УПК посредством заявления ходатайства о собирании оправдательных доказательств. § 163а УПК обеспечивает обвиняемому субъективное публичное право по отношению к прокуратуре по собиранию имеющих значение для дела доказательств.

г) Право принимать участие

Согласно ч. 2 § 168с, предложению первому ч. 1 § 168d УПК обвиняемый имеет право принимать участие в допросе судьей свидетелей и экспертов, а также проводимом судьей осмотре. Однако он может быть от этого устранен, если его присутствие может нанести ущерб назначению расследования (ч. 3 § 168с, предложение второе ч. 1 § 168d УПК).

д) Право на ознакомление с материалами дела

Надлежащее использование своих прав предполагает, что обвиняемый либо его защитник получают информацию о результатах расследования. Хотя сам обвиняемый по общему правилу не имеет права на ознакомление с делом, защитнику, согласно ч. 1 § 147 УПК, гарантируется доступ к материалам дела и осмотр хранящихся в государственных органах вещественных доказательств. Безусловное право на ознакомление с материалами дела появляется, однако, только после окончания следствия. В ходе предварительного расследования прокуратура, решающая на этом этапе вопрос о допуске к материалам уголовного дела (ч. 5 § 147 УПК), может согласно ч. 2 § 147 УПК отказать в ознакомлении при наличии угрозы целям расследования. Соккрытие органами уголовного преследования информации о расследовании дела посредством отказа в доступе к материалам дела должно быть признано допустимым, когда уже издан приказ о заключении под стражу, но он еще не исполнен¹⁵. Тем не менее заключенный под стражу обвиняемый имеет право требовать допустить его защитника к материалам дела, если ему требуется находящаяся в деле информация (в соответ-

¹⁵ BVerfG, Neue Zeitschrift für Strafrecht — Rechtsprechungsreport (NStZ-RR) 1998, 108 f.; OLG München, NStZ-RR 2012, 317; Beulke/Witzigmann, NStZ 2011, 254 (257 f.).

ствующем объеме) для эффективной подготовки к обжалованию в суде решения о заключении под стражу, и тем самым обеспечивается возможность ознакомления по крайней мере с частью материалов, относящейся к фактам и средствам доказывания, связанным с принятием решения о заключении под стражу¹⁶. Европейский Суд по правам человека выводит указанное право на ознакомление с материалами дела из ч. 4 ст. 5 ЕКПЧ, которая гарантирует судебную проверку законности заключения под стражу¹⁷.

Впрочем, защитник по общему правилу может и должен всегда информировать своего клиента о содержании уголовного дела и предоставлять ему изготовленные копии¹⁸. Тем не менее защитник не может информировать своего подзащитного, если он знает, что последний использует такую информацию для уголовно наказуемого либо процессуально недопустимого поведения¹⁹.

II. Преимущества коммуникативного уголовного процесса

Обвиняемый, естественно, может воздерживаться от активного и основанного на взаимодействии с полицией, прокуратурой и судьей по уголовным делам содействия ведущемуся против него уголовному процессу. Запрет на угрозу применения и применение насилия для достижения содействия против самого себя предоставляет обвиняемому право активно участвовать в производстве. Но в крайнем случае общая оценка собранных по делу доказательств как исключение будет явно сделана в его пользу, что в его интересах будет пассивно ожидать окончания исхода производства по делу. Как правило, обвиняемый и его защитник стараются по возможности с самого начала активно участвовать в развитии производства. Поэтому каждый защитник должен стараться как можно раньше вступить в диалог с производящими расследование должностными лицами полиции, налоговой полиции и прокуратуры. Но и для полиции, прокуратуры и судьи по уголовным делам комму-

¹⁶ BVerfG, Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht (wistra) 2004, 179; BGH (Ermittlungsrichter), NJW 1996, 734; *Michalke*, NJW 2013, 2334 f.

¹⁷ EGMR NJW 2002, 2013 ff.; 2015 ff.; 2018 ff.; EuGRZ 2009, 472; к этому *Beulke/Witzigmann*, NStZ 2011, 254 (256 f.).

¹⁸ BGHSt 29, 99 (102); OLG Frankfurt, NStZ 1981, 144 (145); *Beulke*, Rn. 160; *Burkhard*, wistra 1996, 171 (173); *Schmitt* в: Meyer-Goßner/Schmitt, § 147 Rn. 20.

¹⁹ *Krekelер*, NStZ 1989, 146 (149); *Kühne*, Rn. 220.

никация (взаимодействие) с обвиняемым либо его защитником на ранних стадиях процесса нередко является выгодной.

1. Выработка имеющих значение обстоятельств дела

Каждый практикующий в сфере уголовного права юрист знаком с трудностями в некоторых уголовных процессах, в частности, по делам об экономических и налоговых преступлениях, в которых требуется из необозримо большого числа обстоятельств отобрать именно те, которые имеют отношение к предполагаемому преступлению. Нередко расследование с самого начала ведется в неправильном направлении, потому что органы уголовного преследования в происшествии видят повод для наличия подозрения только потому, что экономические и иные обстоятельства являются неочевидными без ведома обвиняемого во взаимосвязи, состоящей из конкретных действий. В этом случае следует учитывать, что предоставленная обвиняемым либо его защитником информация должна направить расследование в выгодном для обвиняемого направлении. Тем не менее взаимодействие с ним или его защитником может прояснить недопонимание. В идеале посредством этого можно достичь соглашения по фактам, которые лягут в основу последующего судопроизводства. Если это не удастся, можно при известных условиях достигнуть общего согласия по спорным вопросам хотя бы в отношении отдельных эпизодов.

2. Соглашение о ходе производства по делу

Взаимодействие между участниками процесса должно быть направлено на согласование дальнейшего хода процесса. Организационные соглашения, например, о прекращении следственных действий, к участию в которых допускается защитник, или судебного разбирательства должны осуществляться в любом случае, чтобы защитник мог иметь причастность. Кроме того, соглашение о ходе процесса может упростить и ускорить производство по делу. Несмотря на то что руководство переговорами должно оставаться во власти суда либо его председателя, может быть заключено соглашение (например, о порядке применяемых средств доказывания из всей совокупности собранных доказательств или даже об «установлении бесспорности» отдельных фактов), влекущее без ограничения обязанности суда установить истину ускорение хода производства по делу.

3. Соглашение об окончательном решении по делу

Несмотря на фундаментально противоречащие интересы: прокуратура и суд стремятся к постановленному в соответствии с уголовно-процессуальными принципами «правильному» решению, обвиняемый и защитник, напротив, — к наиболее выгодному, зачастую — конечно, не во всех случаях — наличествует широкое поле для достигаемого в рамках коммуникативного процесса (процесса взаимодействия) соглашения об окончании процесса.

Начинается все с выбора вида производства по делу. Обвиняемый и его защитник в большинстве случаев стремятся избежать судебного разбирательства в устной форме из-за обременительной деятельности и стараются добиться постановления приговора в рамках письменного производства о судебном приказе, если нельзя ожидать оправдания по делу.

Учитывая многочисленные возможности решений, которыми оканчивается производство по делу (прекращение производства с возложением или без обязательств, предупреждение с оговоркой о применении уголовного наказания, денежный штраф, лишение свободы с или без условного неприменения наказания), взаимодействие по вопросу возможного в конкретном случае решения облегчает определение адекватного результата. Прокуратура и суд должны сообщить обвиняемому либо подсудимому, какие действия (например, сделка «преступник-жертва», возмещение причиненного ущерба, выполнение общественно полезной работы, изменение условий жизни и т. д.) могут иметь влияние на выносимое решение.

III. Заключение

Описанные выше возможности и основания для формирования уголовного процесса как процедуры коммуникации (взаимодействия) не только совместимы с целью поиска адекватной уголовно-правовой реакции на девиантное поведение, но и позволяют ожидать «лучшие» результаты, чем в строго «инквизиционном» процессе. Коммуникация может облегчить производство по делу и избежать идущих по ложному пути или лишних расследований. Она может оказывать влияние на ресоциализацию, так как подобный уголовный процесс воспринимается обвиняемым как «справедливый», и он скорее акцептирует примененную санкцию.