

Zeitschrift: Reihe Kriminologie / Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie =
Collection criminologie / Groupe suisse de travail de criminologie

Herausgeber: Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie

Band: 21 (2003)

Artikel: Strafprozess im Spannungsfeld von Sicherheit und Freiheit

Autor: Pieth, Mark

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-1051088>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. [Voir Informations légales.](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 01.05.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

MARK PIETH

STRAFPROZESS IM SPANNUNGSFELD VON SICHERHEIT UND FREIHEIT

Zusammenfassung

Der moderne Staat steht seit seiner Entstehung im Spannungsfeld von Sicherheit und Freiheit. Im Strafprozess äussert sich der Gegensatz primär in der Auseinandersetzung von Verfolgungsinteressen und Schutzrechten der Beschuldigten, aber auch Drittbetroffener von Zwangs- und Beweismassnahmen. Die Erfahrung früherer Krisen (sogenannter «moral panics») wiederholt sich mit dem Terrorismusproblem: Soweit die Behörden nicht auf rechtlich prästabilierte Eingriffsschranken verpflichtet sind, erweisen sich Generalklauseln und Ermessensspielräume als ungenügender Schutz vor Übergriffen: Der Rechtsstaat, aber, hat sich gerade in der Krise zu bewähren. Die neue Gesetzgebung zur Telefonkontrolle (TK) verdeutlicht, wie nützlich und notwendig es ist, die Eingriffsvoraussetzungen von Zwangsmassnahmen präzis(er) zu fassen. Die Konkretisierung des Verdachtsniveaus und der Bezugstatbestände liefert dafür gute Beispiele. Darüber hinaus muss ein rechtsstaatliches Verfahren relevante Kontrollmechanismen vorsehen (bei der TK: Vorkontrolle, Begleitkontrolle und Nachkontrolle). Schliesslich muss als Sanktion *in extremis* die Unverwertbarkeit von illegal erworbenen Beweisen ins Auge gefasst werden.

Über den Einzelfall hinaus stellt das Erfordernis klarer rechtlicher Regelungen ein wichtiges Korrektiv zur aktuellen Tendenz der Instrumentalisierung von Polizei und Justiz im Sinne eines generellen Risikomanagements dar. Was im Einzelfall der Strafverfolgung «nützlich» erscheint, kann übers Ganze gesehen der «allgemeinen Verunsicherung» Vorschub leisten.

Le procès pénal dans le champ de tension entre sécurité et liberté

Depuis toujours, l'Etat moderne se meut dans un champ de tension entre sécurité et liberté. En procédure pénale, ce paradoxe se manifeste principalement par l'opposition entre les nécessités de l'enquête et les droits de la défense, mais également à l'égard de tiers concernés par certaines mesures de contrainte ou par la mise en œuvre de certains moyens de preuve. L'expérience de crises antérieures («moral panics») se répète aujourd'hui avec le phénomène du terrorisme: aussi longtemps que les autorités ne sont pas soumises à des limites juridiques pré-établies et stables, les clauses générales et les marges d'appréciation s'avèrent être des protections insuffisantes contre les abus. Cependant, c'est justement dans de telles situations de crise que l'Etat de droit doit faire ses preuves. La nouvelle législation relative aux contrôles téléphoniques montre à quel point il est utile de définir (plus) clairement les conditions d'intervention dans le cadre des mesures de contrainte. De surcroît, pour

satisfaire aux exigences de l'état de droit, la procédure pénale doit prévoir des mécanismes efficaces de contrôle (dans le cadre de la législation précitée, contrôle préalable, contrôle d'accompagnement et contrôle ultérieur). Enfin, il convient de prévoir que les preuves recueillies illégalement sont irrecevables.

La nécessité de prévoir des règles juridiques claires représente un correctif important à la tendance actuelle d'instrumentalisation de la police et de la justice, dans le sens d'une gestion générale des risques. Ce qui, en procédure pénale, apparaît comme étant «utile» dans un cas particulier peut mener, à plus grande échelle, à une «déstabilisation générale».

1 Sicherheit ist mehr als ein Polizeiproblem

Wir haben uns daran gewöhnt, Freiheitsbeschränkung als Bedingung für Sicherheit in Kauf zu nehmen. Vor etwa acht Jahren hatte KARL-LUDWIG KUNZ zum Thema Innere Sicherheit in Interlaken bereits ausgeführt, dass diese Perspektive die Konsequenz einer historischen Verkürzung ist. Nur wer sich sicher ist, dass sich der liberale Rechtsstaat ohnehin an seine Grenzen halten wird, kann die Dimension des Schutzes vor dem Staat vernachlässigen und allein die Schutzleistung des Staates einfordern.

Noch in einer anderen Weise verkürzen wir unsere Sicht, wenn wir, wie dies häufig geschieht, Sicherheit vorab als Thema des Polizeischutzes ansprechen: Sicherheit – und indirekt das Sicherheitsgefühl – hängen vermutlich weit stärker vom Lebensstandard, von der Integrationsfähigkeit einer Gesellschaft und von der Bereitschaft der Gesellschaft ökonomische, politische und kulturelle Partizipation zu ermöglichen, ab, als von der Polizeipräsenz. Wichtig ist wohl, dass einer Gesellschaft in der akuten Krise (sei es nun in der Bronx oder in Venezuela) wenig anderes übrig bleibt als die Masse der Ausgeschlossenen und an den Rand Gedrängten «*manu militari*» zumal von den Wohngebieten der Reichen fernzuhalten. Sodann versteht es sich, dass in einer globalisierten Welt die Ausgeschlossenen auch nicht in einem Land bleiben. Das ist trotzdem für uns kein Grund, aus den Augen zu verlieren, dass wir Sicherheit im Sinne von Schutz

gar nicht maximieren können, ohne andere Güter erheblich zu gefährden. Die tragischen Ereignisse in Zug machen sodann deutlich, dass primäres Ziel einer Gesellschaft sein muss, Einzelne als Subjekte wahrzunehmen, polizeilich-militärische und justizielle Vorkehrungen werden dazu immer sekundär bleiben. Wir können nicht alle Parlamente, Schulen, Schwimmballen und Sportplätze etc. pausenlos polizeilich überwachen, nur weil wir nicht vermeiden können, dass randständige Personen die Kontrolle verlieren.

Soviel zum Generellen. Wir werden sehen, dass es auch im Strafprozess um weit mehr geht, als um eine simple Gegenüberstellung von Sicherheit und Freiheit, obwohl sich der Einzelfall zunächst als Kollision von Strafverfolgungsinteressen mit den Schutzinteressen von Beschuldigten und Dritten, von denen ein Sonderopfer erwartet wird, darstellt. Dies möchte ich anhand einiger Beispiele aus dem Bereich des Strafprozesses näher ausführen:

2 Demokratie vs. Rechtsstaat?

Typisch für unsere Art, mit dem Gegensatz von Sicherheit und Freiheit im Strafprozess umzugehen, ist etwa die Diskussion über den Vernehmlassungsentwurf 1997 zur Telefonüberwachung¹: Die Zusammenfassung des Bundesrates in der Botschaft von 1998² machte drei grundsätzliche Haltungen aus:

Die grösste Gruppe von Vernehmlassern, Kantone, Organisationen der Strafverfolgung und die CVP, kritisierte, so lesen wir³, dass der Entwurf die Strafverfolgung unbegründeterweise erschwere und verlangt *«ein Gesetz, das die Hürden auf dem*

1 Vorentwurf des Bundesrates vom 2.6.1997.

2 Botschaft des Bundesrates zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung vom 1.7.1998, BBl 1998, 4239 ff.

3 Botschaft 1998 (Anm.3), 4351.

heutigen Niveau belässt oder teilweise sogar niedriger ansetzen soll als das geltende Recht».

Demgegenüber – so immer noch der Bundesrat – erachte eine mittlere Gruppe (darunter sieben Kantone, die FDP und die SVP) die Güterabwägung des Vorentwurfs zwischen Persönlichkeitsschutz und Strafverfolgung als richtig, während eine weitere Gruppe (SP, DJS, SAV) den Entwurf als polizeilastig ablehne.

Die Frage drängt sich auf, ob die Definition der Eingriffsvoraussetzungen – z.B. bei der Telefonkontrolle (TK) – eine reine Frage der politischen Ausmarchung ist, oder ob die Wissenschaft dazu etwas beizutragen hätte. Die Wissenschaft kann vorab aufzeigen, welche Entscheidungsmodelle den politischen Positionen zugrunde liegen:

Das von der CVP und den Strafverfolgungsprofis bevorzugte Modell – um bei unserem Beispiel zu bleiben – entspricht einer für die Schweiz bis vor kurzem durchaus typischen Haltung, denn sie *maximiert das Ermessen* von Untersuchungsbehörden und Richtern mit Blick darauf, dass die Richter und mindestens ein Teil der Staatsanwälte demokratisch legitimiert seien (Volkswahl bzw. Parlamentswahl). Es entspricht einem im schweizerischen Strafprozess verbreiteten Denkmuster, stärker auf das *Vertrauen* in den «*bon sens*» des gewählten Amtsträgers als auf die «*Justizförmigkeit des Verfahrens*» zu setzen. Diesem Modell entspricht denn auch die traditionelle Regelung der TK, die mit Formeln der Art operierte, es müsse ein Verbrechen oder Vergehen verfolgt werden «*dessen Schwere oder Eigenart den Eingriff rechtfertige*⁴». Ebenso «*soft*»⁵ und generalklauselhaf verweisen das Verhältnismässigkeits- und das Subsidiaritätsprinzip auf das behördliche Ermessen. Dazu passt schliesslich auch, dass etwa nach dem herkömmlichen System des BStP (Art. 66^{bis}) der

4 ROBERT HAUSER/ERHARD SCHWERI, Schweizerisches Strafprozessrecht, 4. Auflage, Basel 1999, S. 306 u. V.a. BGE 117 Ia 13.

5 Krit. EDDA WESSLAU, Waffengleichheit mit dem «Organisierten Verbrechen»? , KritV 1997, S. 244.

Präsident der Anklagekammer des Bundesgerichts die Anordnung der TK lediglich auf Rechtsmängel und auf Willkür überprüfte⁶.

Dieses Auspielen des Demokratieelementes gegen die rechtliche Regelung meinte einst NOLL, als er von der Schweiz sagte, sie sei «... *vielleicht eine Demokratie aber kein Rechtsstaat*». Damit hat er den Finger auf den wunden Punkt des «Vertrauensdenkens» gelegt: Das verfassungsrechtliche Legalitätsprinzip ist nicht verzichtbar. Im Spannungsfeld von Strafverfolgungsinteressen und persönlicher Freiheit befinden wir uns auf einer überaus glatten, schiefen Ebene: Kommt die nächste «*moral panic*»⁷ drohen die Amtsträger im Einzelfall typischerweise einzuknicken und dem Ruf nach mehr staatlicher Überwachung stattzugeben. Demgegenüber versucht das Recht in die schiefe Ebene Stufen zu schlagen und prästabilisierte Lösungen zu verankern.

3 Telefonkontrolle als Beispiel

Was hat das Recht an Regelungsmustern denn anzubieten, z.B. im Bereich der TK? Die gängigen Vorschriften, sei es der EMRK⁸, der nationalen Verfassungen⁹ und der Prozessgesetze¹⁰ lassen sich in materielle Voraussetzungen und formelle Verfahrensnormen einteilen: Auf der Ebene der *materiellen Voraussetzungen* kann abermals zwischen absoluten und relativen Kriterien unterschieden werden. Um mit dem Beispiel der TK weiterzufahren, gibt es *absolute* Ausschlussgründe: So kommt die TK bei Bagatelldelikten nicht in Frage (dieses Prinzip wurde im neuen Schweizer Recht auf wesentlich differenziertere Weise durch einen Deliktskatalog konkretisiert¹¹). So-

6 HAUSER/SCHWERI (Anm.5), S. 308.

7 Zum Begriff: STEWART HALL/JOHN CLARKE/CHAS CRICHTER/TONY JEFFERSON/BRIAN ROBERTS, *Policing the Crisis: Mugging, the State and Law and Order*, London 1978.

8 Art. 8 EMRK.

9 Art. 13 Abs. 1 BV.

10 Vgl. das «BÜPF» und die «VÜPF» in Kraft seit dem 1.1.2002 (SR 780.1, 780.11).

11 Vgl. Art. 3 BÜPF.

dann ist die TK an manchen Orten gegenüber Berufsheimnisträgern überhaupt verboten oder einem besonders anspruchsvollen Verfahren unterworfen¹². Absolute Schranken decken aber als Konkretisierungen der verfassungsrechtlichen Wesenskerngarantien nur Randbereiche oder Ausnahmefälle ab. Im zentralen Feld der Interessenabwägung sind die Kriterien wesentlich diffuser: Interessant an unserem Beispielsthema ist aber gerade, dass sich der Schweizer Gesetzgeber gegen die Mehrheit der eingangs erwähnten Vernehmlasser durchgesetzt hat und einen sehr detaillierten und abgewogenen *Katalog von Anlasstaten* ins Gesetz aufgenommen hat. Hinzu tritt, dass die klassischen Formeln des einfachen Tatverdachtens bereits in der Botschaft (sie spricht von «*konkretem Verdacht*»¹³) und erst recht im Gesetz (wo gar von «*dringendem Verdacht*»¹⁴ die Rede ist) wesentlich verschärft wurden. Wenn diese Formeln von der Justiz ernst genommen werden, können sie durchaus eine erhebliche Eingrenzungsfunktion übernehmen, zumal die Verdachtssteuerung (genau wie die Gefahrsteuerung im präventiven Bereich) gegenwärtig durch das neue polizeilich-geheimdienstliche Risikodenken in Frage gestellt wird¹⁵. Spätestens beim Verhältnismässigkeits- und beim Subsidiaritätsprinzip bleiben die Kriterien aber so diffus wie zuvor, hier hilft nur noch das *formelle* Recht der TK: Auf der Ebene der Vorprüfung wird vom Gesetz festgelegt, welche richterliche Behörde¹⁶, aufgrund eines wie präzise ausformulierten Antrages und wie vollständigen Dossiers innert welchen Zeitraumes mit welcher Kognition (Rechts- oder auch Angemessenheitskognition¹⁷) entscheidet. Die *Nachprüfbarkeit* sodann, setzt eine *Mitteilungspflicht*¹⁸ sowie, im Falle der gerichtlichen Verwendung, das Recht des Beschuldigten zur vollen Akteneinsicht voraus. Die saubere Begründung im Vorprüfungsverfahren erlaubt die ernsthafte Nachprüfung.

12 Für die Schweiz vgl. Art. 4 Abs. 3 BÜPF.

13 Art. 3 Abs.2 lit. a VE sowie Botschaft (Anm. 3), 4362 und 4308.

14 Art. 3 Abs.1 lit. a BÜPF.

15 Dazu gleich unten, sowie WESSLAU (Anm.6), S. 241.

16 Vgl. die Genehmigungsbehörde gemäss Art. 6 BÜPF mit Verweis auf das kantonale Recht.

17 Botschaft (Anm.3), 4270.

18 Art. 8 BÜPF.

Sanktionen, insbesondere Verwertungsverbote bei groben Verstößen, helfen schliesslich, das Recht durchzusetzen. Zu wenig Phantasien entfaltet hat der Schweizer Gesetzgeber allerdings im Bereiche der *begleitenden Kontrolle* – anders als etwa in Österreich, wo nach § 149b Abs.3 ÖStPO die Anordnung längstens für einen Monat und die Verlängerung nur mit erneuter, aktualisierter, Begründung möglich ist.

4 Verdachtssteuerung und deren Korrektive

Versuchen wir für einen Moment unser Blickfeld über das Beispiel der TK hinaus auszuweiten:

Immer wieder (nicht erst beim organisierten Verbrechen oder beim Terrorismus¹⁹) wurde zur Begründung des Ausbaus der Zwangsmassnahmen der «*starke, wehrhafte Rechtsstaat*»²⁰ bemüht. Immer wenn eine grössere Herausforderung auf den Staat zukam²¹, wurde mehr Effizienz im Sinne von Handlungsspielraum für Verfolger reklamiert. Über *Effizienz* sollte man sicher reden; etwas will ich indessen nicht hören und würde es in diesem Zusammenhang sofort auch als ideologisch abtun: Die Rede von der «*Waffengleichheit*»²² mit dem Verbrecher, dem Mafioso, dem Terroristen. Das Bild ist schief, weil die Institution *per definitionem* stärker ist als der Beschuldigte, mehr noch aber weil die Verwendung des Bildes den historischen Kontext verfälscht: Grundrechte waren und sind Schutzrechte *gegen* den Staat. Es ist kein Zufall, dass dem Staatsanwalt die staatsrechtliche Beschwerde nicht zur Verfügung steht. Wer aber die Begründung der Zwangsmassnahme genauso wie die Grenze des Eingriffs aus dem selben Gefäss, dem Rechtsstaatsprinzip, ableiten möchte, ist zum Scheitern verurteilt: Ihm werden die Kriterien feh-

19 Zu diesem Thema cf. Etwa MARK PIETH (ed.), *Financing Terrorism*, The Haque 2003.

20 WINFRIED HASSEMER, *Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens*, KritV 1990, S. 265 f.

21 Man könnte die Geschichte von der Anarchismuskrise zu Ende des 19. Jahrhunderts bis zur RAF in den 1970er Jahren anführen.

22 WESSLAU (Anm. 6), S. 239, 242.

len. Diese Vermengung strafprozessualer Grundkategorien ist aber auch ganz unnötig:

Das Bedürfnis der Strafverfolgung nach Eingriffskompetenzen bedarf keiner weiteren Ableitung, es liegt in der Natur der Sache. *Sehr genau zu definieren* sind aber – wegen des Anspruchs auf ein «justizförmiges Verfahren» – dessen *Grenzen*. Im Laufe der letzten 500 Jahre seit der Carolina sind denn auch eine Reihe von Grundsätzen zur Grenzziehung entwickelt worden²³:

Ich erwähne zunächst die Verpflichtung zu Objektivität und Sachlichkeit, die sich im Grundsatz der *materiellen Wahrheit* wie auch im *Verhältnismässigkeitsprinzip* (sowie bei der TK im Katalog der Bezugstaten) äussert. Sodann ist das Prinzip der *Gewaltenteilung* (bei der TK der Bewilligungsvorbehalt durch den Richter) zu nennen. Schliesslich wurde das Element des rechtlichen Gehörs (bei der TK die Mitteilungspflicht und das Recht des Betroffenen, die Nachprüfung zu verlangen; allerdings müsste man gerade an dieser Stelle bei der TK [Regelung nach BÜPF] näher hinsehen: Gemäss Gesetz sind nicht sämtliche Dritte die inzidenter abgehört worden sind, darüber aufzuklären). Das sind alles *Korrektive*²⁴ zum verständlichen Interesse an der Ausforschung, das ein Ausfluss der Verdachtssteuerung des Verfahrens ist.

5 Die Bedeutung der Prozessmodelle

Was kann nun die Prozesswissenschaft jenseits einer bloss politischen Stellungnahme zu der Frage beitragen, *wie* sinnvolle *Korrektive* auszugestaltet sind? Die Wissenschaft setzt sich mit der Rolle rechtlicher Regelungen im Kontext von Prozessmodellen auseinander.

23 Vgl. MARK PIETH, *Der Beweisanspruch des Beschuldigten im Schweizer Strafprozessrecht*, Basel 1984, S. 17 ff. (insbes. S. 31).

24 Zu analogen Überlegungen zur Bedeutung der «Unschuldsvermutung»: DETLEF KRAUSS, *Der Grundsatz der Unschuldsvermutung*, in: *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln 1971, S. 153 ff.

Für den bei uns lange Zeit verbreiteten *Inquisitionsprozess* war typisch, dass der Staat Verantwortung für die Verbrechensaufklärung übernahm und dass er von einem schlichten Wahrheitsbegriff ausging: Wahrheit wurde gedacht als Abbild der Wirklichkeit («*adequatio rei et intellectus*»)²⁵, welches es nur zu suchen galt. Wurden die – auch im Inquisitionsprozess allmählich differenzierter werdenden – Prozessregeln nicht eingehalten, hatte dies Disziplinierung des Rechtsstabes, nicht aber Unverwertbarkeit der Beweise zur Folge.

Demgegenüber geht der «*reformierte Parteienprozess*» von einer «Wahrheit» aus, die sich nur im Kontext eines justizförmig durchgeführten dialektischen Prozesses überhaupt bildet²⁶. Einhaltung der Prozessregeln ist Gültigkeitsvoraussetzung für das Ergebnis. Nur so gefundene «Wahrheit» hat jenseits des Vergeltungsanspruchs auch Befriedungswirkung.

Gegenüber diesen beiden Prozessmodellen schiebt sich nun in der Gegenwart ein drittes Konzept mit Macht in den Vordergrund: Man könnte es das *Kontrollmodell* nennen²⁷: Der Bedeutungszuwachs der *Polizei* im Strafverfahren²⁸ ist kein isoliertes Phänomen. Er geht Hand in Hand mit einer Neufassung der polizeilichen Aufgabe: Neben der Aufarbeitung vergangenen Unrechts – der klassischen Funktion der «*police judiciaire*» – gewinnt das «*risk management*» an Raum²⁹, Repression und Prävention verschmelzen, die Kategorien von Tatverdacht und Gefahr treten zugunsten weiter gefassten «operativen Interessen»³⁰ zurück, Justiz und Strafrecht werden zweit-

25 HASSEMER (Anm. 20), S. 268 f.

26 PIETH (Anm. 23), S. 5 und 284 unter Hinweis auf VOLK, KRAUSS und HASSEMER.

27 MARK PIETH, Vom Inquisitionsprozess direkt zum postmodernen Kontrollmodell? in: FS für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 436 ff.

28 «Aus 29 mach 1», Konzept einer Eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts», Bern Dezember 1997, S. 123; HAUSER/SCHWERI (Anm. 5), S. 334 f.; MANFRED BURGSTALLER, Wohin geht unser Strafprozess, Juristische Blätter 2002, S. 274; MARK PIETH, AJP 2002, S. 627 und 630.

29 KARL-LUDWIG KUNZ, Bürgerfreiheit und Sicherheit: Perspektiven von Strafrechtstheorie und Kriminalpolitik, Bern 2000, S. 16 ff. und 40 ff.

30 WESSLAU (Anm. 6), S. 240 ff.

rangig³¹ (Das zeigt sich nicht nur am bloss noch fakultativ unmittelbaren Hauptverfahren und der Ausdehnung der Strafbefehlsverfahren). «*Social engineering*»³² impliziert Flexibilisierung von Verfahren: Hart gegen den Feind, «*plea bargaining*» und eventuell gar Strafverzicht für den «*pentito*», Gnade für den kleinen Serientäter, der sich unterwirft, und – jedenfalls in der Öffentlichkeit – Überwachung für den Normalbürger³³; sind wir doch alle potentielle Straftäter.

Es ist kein Wunder, dass *geheimdienstliche* Methoden die Polizeiarbeit kolonisieren, wenn nunmehr die Kontrolle systemischer Grossrisiken³⁴ im Zentrum des Interesses steht. Legalität wird durch Opportunität verdrängt. Die *Staatsräson* veranlasst zur Triage zwischen Feinden (ROXIN sprach schon früh von «Feindstrafrecht»³⁵) und harmlosen Gestrandeten, für die man informelle Erledigung bereithält.

6 Recht und Sicherheit

Weshalb wehrt sich die Wissenschaft dagegen, dass man der allgemeinen Tendenz zur Flexibilisierung nachgibt? Ist das nicht weltfremd? Es gibt mehrere Gründe auf dem *Primat des Rechts* im Strafverfahren zu insistieren und danach zu trachten, Rechtsnormen möglichst griffig zu fassen.

Dass das traditionelle schweizerische Legitimationsmuster für breite Ermessensspielräume, die Volkswahl der Entscheidungsträger ver-

31 Vgl. bereits ULRICH PREUSS, Prozesssteuerung durch die Exekutive, StV 1981, S. 313.

32 Zum Begriff: GÜNTER STRATENWERTH, Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips, Karlsruhe 1977, S. 49.

33 Zu denken etwa an CCTV an allen Orten in der Öffentlichkeit.

34 MARK PIETH, Bedingte Freiheit, Disziplinierung zwischen Gnade und Kontrolle, Basel 2001, S. 434 ff.

35 CLAUD ROXIN, Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs, ZStW 1969, S. 645.

sagt, wenn die Polizei sowohl über die Eröffnung als auch den Verlauf des Verfahrens entscheidet, ist manifest.

Sodann gibt es gute Gründe, warum die Strafrechtstheorie sich seit jeher gegen eine rein utilitaristische Instrumentalisierung des Strafrechts zur Wehr setzt: Wir wollen nicht in den Absolutismus zurück. *Nullum crimen sine lege* und justizförmiges Verfahren sind auch aus heutiger Sicht unverzichtbare Errungenschaften der Aufklärung. Das reicht möglicherweise den Zeitgenossen der Postmoderne nicht als Begründung.

Es kommt aber noch etwas hinzu, das auch Sie überzeugen könnte: Ein normgeleitetes Verfahren (man denke etwa an die Anbindung der TK an einen Katalog von Anlasstaten) hat den Vorteil grösserer *Effizienz*: Die «freie Wildbahn» mag dem einzelnen Fahnder, der am Fall arbeitet, vielleicht zweckadäquater erscheinen um sein konkretes Handlungsziel zu erreichen, insgesamt aber führte eine konturenlose Ausweitung der TK nicht zu grösserer Sicherheit für die Bevölkerung, sondern in die «*allgemeine Verunsicherung*» des Bürgers, weil sie systematisch Verdächtige wie Unverdächtige trafe. Noch viel mehr besteht das Bedürfnis nach klarer Regelung, Kontrolle und Sanktionierung illegaler Vorgehensweise wo die Risiken höher werden, zumal beim V-Mann-Einsatz (wo insbesondere auch das fundamentale Prinzip des «*nemo tenetur*» in Frage gestellt wird) oder beim Flächendeckenden DNA-fingerprinting (wo der «gläserne Mensch» uns erwartet).

Es bleibt dabei: Der Gesetzgeber war gut beraten, z.B. die TK an konkret benennbare Voraussetzungen zu binden. Insofern gehen die Forderungen, welche – trotz der drastisch angestiegenen Zahl der Abhörungen – auch heute noch auf Flexibilisierung insistieren, an den wichtigsten rechtsstaatlichen Prinzipien vorbei. Nun werden wir allerdings sehen, ob die Justiz die gesetzlichen Kriterien des BÜPF ebenso ernst nimmt.

