

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 114

**Strafprozeß und  
allgemeines Mißbrauchsverbot**

**Anwendbarkeit und Konsequenzen  
eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots  
für die Ausübung strafprozessualer  
Verteidigungsbefugnisse**

**Von**

**Hans Kudlich**



**Duncker & Humblot · Berlin**

HANS KUDLICH

**Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot**

# **Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge**

**Herausgegeben von Dr. Eberhard Schmidhäuser**  
em. ord. Professor der Rechte an der Universität Hamburg

**und Dr. Friedrich-Christian Schroeder**  
ord. Professor der Rechte an der Universität Regensburg

**in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten**

**Band 114**

# Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot

Anwendbarkeit und Konsequenzen  
eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots  
für die Ausübung strafprozessualer  
Verteidigungsbefugnisse

Von

Hans Kudlich



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Ulrich Sieber, Würzburg

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Kudlich, Hans:**

Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot : Anwendbarkeit  
und Konsequenzen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots für  
die Ausübung strafprozessualer Verteidigungsbefugnisse / von  
Hans Kudlich. – Berlin : Duncker und Humblot, 1998

(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 114)

Zagl.: Würzburg, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-428-09527-8

Alle Rechte vorbehalten  
© 1998 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fotoprint: Color-Druck Dorfi GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7271  
ISBN 3-428-09527-8

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

## Vorwort

Der „Mißbrauch strafprozessualer Befugnisse“ ist ein in der Diskussion vielfach bemühter, schillernder Begriff. Gleichwohl wurde er bisher in seinen methodentheoretischen, verfassungsrechtlichen und strafprozessualen Grundlagen noch selten ausführlich beleuchtet. Ziel dieser Arbeit ist der Versuch, die zentralen Fragestellungen der Mißbrauchsproblematik herauszuarbeiten und Wege für mögliche Lösungen aufzuzeigen.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 1997/98 von der Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten über den Abschluß des Manuskripts im Herbst 1997 hinaus in den Fußnoten noch bis Februar/März 1998 berücksichtigt werden.

Aufrichtigen Dank schulde ich insbesondere Herrn Professor Dr. Ulrich Sieber, der mich an seinem Lehrstuhl freundlich aufgenommen, nach besten Kräften gefördert und den Fortgang dieser Arbeit in hervorragender Weise unterstützt hat. Ferner gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Rainer Paulus, der nicht nur rasch das Zweitgutachten erstellte, sondern mir auch manche wertvollen Anregungen gab.

Mein Freund Dr. Dr. Ralph Christensen hat sich viel Zeit für ertragreiche Diskussionen, insbesondere zu den methodischen und verfassungsrechtlichen Fragestellungen, genommen. Frau Professorin Dr. Ellen Schlüchter gab mir den Hinweis auf die interessante Thematik. Herrn Professor Dr. Friedrich-Christian Schroeder und Herrn Professor Dr. Eberhard Schmidhäuser danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die Strafrechtlichen Abhandlungen, N.F.

Meine Kollegen am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Informationsrecht und Rechtsinformatik, insbesondere die Herren Stephan Bleisteiner, LL.M., Bernhard Günther, Jörg Knupfer und Johannes Patzelt, waren mir durch die freundschaftliche Atmosphäre stets ein Rückhalt. Herr Tobias Sedlmeier unterstützte mich bei der Formatierung der Druckvorlage.

Vor allem aber danke ich meinen Eltern, die mich seit meiner Kindheit und bis heute in jeder erdenklichen Weise unterstützen, sowie meiner lieben Frau Manuela, die mir die erforderliche Kraft für die Arbeit gegeben hat, obwohl sie selbst aus eben diesem Grund oft zurückstehen mußte. Ihr und meinen Eltern ist dieses Buch gewidmet.

Hans Kudlich



## **Inhaltsübersicht**

Einleitung: Gegenstand und Gang der Arbeit .....	17
1. Teil: Phänomenologie des Mißbrauchs und seiner Bekämpfung im Strafprozeß .....	21
2. Teil: Grundlagen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	60
A. Allgemeine Methodenlehre .....	60
B. Verfassungsrechtliche Beurteilung .....	116
C. Spezielle strafprozessuale Gesichtspunkte .....	177
D. Zusammenfassung und Konkretisierung der Ausgangshypothese .....	248
3. Teil: Das allgemeine Mißbrauchsverbot in der Rechtsprechung .....	259
A. Allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung und ihre Bewertung .....	260
B. Einzelne Fallgruppen .....	271
C. Zusammenfassung .....	331
4. Teil: Ausblick de lege ferenda - insbesondere zur Frage einer allge- meinen Mißbrauchsklausel .....	340
Gesamtzusammenfassung und Ergebnisse .....	362
Literaturverzeichnis .....	372
Sachwortverzeichnis .....	386

## Inhaltsverzeichnis

Einleitung: Gegenstand und Gang der Arbeit .....	17
1. Teil: Phänomenologie des Mißbrauchs und seiner Bekämpfung im Strafprozeß .....	21
I. Ausgangshypothese: Mißbrauch als zweckwidriger Einsatz von Befugnissen.....	21
II. Gesetzliche Regeln zur Mißbrauchsabwehr de lege lata.....	26
1. Systematisierung und Begriffsklärung .....	26
2. Überblick über die gesetzlichen Regelungen .....	29
a) Allgemeine und bereichsspezifische Mißbrauchsklauseln	29
b) Spezielle Mißbrauchstatbestände.....	30
c) Vorschriften zur Mißbrauchsprävention.....	34
3. Übergreifende Gesichtspunkte und spezifische Auslegungsfragen.....	38
III. Möglicher Anwendungsbereich eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	42
1. Lücken im System der Mißbrauchsabwehr de lege lata .....	42
2. Zum Meinungsstand in der Literatur .....	45
3. Beispiele für den Anwendungsbereich eines allgemeinen Mißbrauchsverbots in der Rechtsprechung.....	47
a) Die Beschränkung des Beweisantragsrechts auf den Verteidiger .....	47
b) Ablehnung eines mißbräuchlichen Hilfsbeweisantrags .....	48
c) Unzulässige Zeugenladung .....	51
d) Entziehung des (direkten) Fragerechts .....	52
e) Exkurs: Der Verlust von Verfahrensrügen .....	53
IV. Gegenstand und weiterer Gang der Arbeit.....	58
2. Teil: Grundlagen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	60
A. Allgemeine Methodenlehre .....	60

I. Grundlagen.....	61
1. Normtheoretischer Hintergrund .....	61
2. Außen- und Innenmetaphorik.....	64
3. Erkenntnismodelle und Erzeugungsmodelle in der Rechtsfindung .....	67
II. Einordnung des allgemeinen Mißbrauchsverbots im traditionellen Schema der Rechtsfindung .....	68
1. Einordnung und Abgrenzung des Mißbrauchsverbots im System der Rechtsfindung.....	68
a) Rechtsfindung secundum legem .....	69
b) Rechtsfindung praeter legem .....	77
c) Rechtsfindung extra legem, sed intra ius .....	89
2. Das Mißbrauchsverbot als eigenständige Metapher in der allgemeinen Methodenlehre .....	92
a) Einordnung als gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung... ..	92
b) Besonderheiten gegenüber anderen Formen der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung .....	95
c) Objektiver und subjektiver Mißbrauch.....	97
III. Anhaltspunkte für die Behandlung des Mißbrauchs aus der neuen Methodendiskussion .....	99
1. Hermeneutikdiskussion und Vorverständnislehre .....	100
a) Kritik am tradierten Verständnis und Konzeption .....	100
b) Konsequenzen für die Frage nach einem ungeschriebenen Mißbrauchsverbot .....	103
2. Sprachwissenschaft und Rechtserzeugung durch Normkonkretisierung.....	104
a) Kritik am tradierten Verständnis und Konzeption .....	104
b) Konsequenzen für ein ungeschriebenes Mißbrauchsverbot .....	108
IV. Ergebnisvergleich und Konsequenzen für ein allgemeines Mißbrauchsverbot.....	109
V. Zusammenfassung und weiterführende Fragen .....	113
1. Legitimation und Grenzen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	113
2. Voraussetzungen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	114

3. Rechtsfolgen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	115
4. Konkretisierung der Ausgangshypothese .....	116
B. Verfassungsrechtliche Beurteilung .....	116
I. Verfassungsrechtliche Anknüpfungspunkte .....	118
1. Grundrechtsrelevanz der Mißbrauchsreaktionen.....	118
2. Verfassungsrechtliche Verankerung von Strafrecht und Straf- prozeß.....	125
II. Formell-verfassungsrechtliche Grenzen einer wortlautüberschrei- tenden Rechtsfindung.....	126
1. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage: Problemstel- lung und Überblick.....	126
2. Die Bedeutung des nulla-poena-Grundsatzes für die Rechts- findung im Strafprozeßrecht.....	133
a) Ansatzpunkte im Wortlaut des Art. 103 II GG.....	134
b) Geschichtlicher Hintergrund des Art. 103 II GG.....	136
c) Funktionen nach modernem Verständnis des Art. 103 II GG.....	138
3. Die Bedeutung des Vorbehalts des Gesetzes für die Rechts- findung im Strafprozeßrecht.....	141
a) Geschichtlicher Hintergrund des Grundsatzes vom Vor- behalt des Gesetzes .....	143
b) Anwendungsbereich des Vorbehalts des Gesetzes .....	145
c) Vereinbarkeit eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots mit dem Vorbehalt des Gesetzes: Analyse anhand einzel- ner Aspekte des Vorbehaltsgrundsatzes.....	147
aa) Gewaltenteilung .....	148
bb) Demokratieprinzip .....	150
cc) Willkürverbot .....	154
III. Materiell-verfassungsrechtliche Aspekte .....	160
1. Das Strafverfahren als Seismograph der Staatsverfassung - Grundrechtsschutz im Strafverfahren.....	160
a) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	161
b) Die Wesensgehaltsgarantie .....	163

c) Die Konsequenzen für die Anwendung des Mißbrauchsprinzips .....	164
2. Das Strafverfahren als Forderung der Verfassung - Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege.....	166
a) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	167
b) Kritik am Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege .....	167
c) Eigene Stellungnahme .....	169
d) Zur Abwägungserheblichkeit des Funktionstüchtigkeits- topos in Einzelfällen .....	173
IV. Zusammenfassung und weiterführende Fragen .....	175
1. Legitimation und Grenzen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	175
2. Voraussetzungen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	176
3. Rechtsfolgen eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	176
4. Konkretisierung der Ausgangshypothese.....	177
C. Spezielle strafprozessuale Gesichtspunkte .....	177
I. Prolegomena: Zum Erfordernis einer spezifischen strafprozessualen Betrachtung .....	178
1. Zur Legitimation eines allgemeinen Mißbrauchsverbots .....	179
2. Zu den Voraussetzungen eines Mißbrauchsverbots .....	181
3. Zu den Rechtsfolgen eines Mißbrauchs .....	187
4. Zwischenergebnis.....	189
II. Zur Legitimation eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots - Mißbrauchsverbot und strafprozessuale Form .....	189
1. Die „moralinfreie“ Haltung des Prozeßrechts .....	189
2. Der prozessuale Formrigor und Rechtsmißbrauch .....	191
3. Der „Wert der schützenden Form im Strafprozeß“ .....	194
III. Zum Inhalt eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots - Mißbrauchsverbot und Ziel des Strafverfahrens.....	199
1. Bezugspunkt des Zweckwidrigkeitsurteils .....	199
2. Einzelne Zielvorgaben.....	203
a) Strafprozeß und materielles Strafrecht .....	203
b) Wahrheitsermittlung als Ziel des Strafprozesses .....	209

c)	Gerechtigkeit als Ziel des Strafprozesses.....	213
aa)	Kurze Hinführung zum Gerechtigkeitsbegriff .....	214
bb)	Der Zusammenhang zwischen Gerechtigkeit und anderen Prozeßzielen .....	218
d)	Schutz der kollidierenden Rechtsgüter als eigenes Prozeßziel .....	220
3.	Ziele, Zwischenziele und Zielkonflikte .....	222
a)	Ziele und Zwischenziele .....	222
b)	Auflösung von Zielkonflikten: Rechtsfrieden als Ziel des Strafprozesses .....	223
c)	Bedeutung der Zielkonflikte für das Mißbrauchsproblem... ..	227
IV.	Zu den Rechtsfolgen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots - Mißbrauchsverbot, Mißbrauchsreaktion und prozessuale Wertkategorien.....	229
1.	Unzulässigkeit der Rechtsausübung .....	230
2.	Entziehung von Rechten.....	234
V.	Feststellung und Ahndung des Mißbrauchs in der strafprozessualen Verfahrensstruktur .....	236
1.	Auswirkungen des Vorverfahrens auf das Mißbrauchsurteil ....	236
2.	Amtsaufklärung und Beteiligteninitiative .....	238
3.	Feststellung des subjektiven Mißbrauchselements.....	240
4.	Zurechnungsprobleme zwischen dem Angeklagten und seinem Verteidiger.....	243
5.	Zuständigkeit zur Mißbrauchsreaktion und Begründungsanforderungen .....	245
D.	Zusammenfassung und Konkretisierung der Ausgangshypothese .....	248
I.	Legitimation eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots im Strafprozeßrecht.....	249
II.	Voraussetzungen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots im Strafprozeßrecht.....	250
1.	Nichtvorliegen einer abschließenden Regelung in der lex scripta .....	251
2.	Betroffene Verfahrensbefugnisse .....	252
3.	Zweckbestimmung, insbesondere Berücksichtigung von Zwischenzielen, Zielkonflikten und funktionaler Bindung .....	253

4. Typische verfahrensfremde Zwecke .....	254
5. Erfordernis und Nachweis eines subjektiven Mißbrauchselements.....	255
III. Rechtsfolgen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots im Strafprozeßrecht.....	256
IV. Zusammenfassung: Prüfungspunkte in der konkreten Fallanwendung .....	258
3. Teil: Das allgemeine Mißbrauchsverbot in der Rechtsprechung.....	259
A. Allgemeine Grundsätze der Rechtsprechung und ihre Bewertung .....	260
I. Legitimation eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	260
II. Voraussetzungen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	261
1. Grenzen des Mißbrauchsprinzips .....	261
2. Einzelne Mißbrauchskriterien .....	264
3. Zur Erforderlichkeit eines subjektiven Mißbrauchselements....	266
III. Rechtsfolgen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots.....	267
B. Einzelne Fallgruppen.....	271
I. Beschränkung des Beweisantragsrechts auf den Verteidiger wegen Mißbrauchs durch den Angeklagten - BGHSt 38, 111 .....	275
1. Beschreibung der Fallgruppe und Entscheidung des BGH .....	275
2. Aufnahme in der Literatur.....	277
3. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	279
a) Mißbrauchsargumente .....	280
b) Rechtsfolge des Mißbrauchsurteils .....	285
c) Ergebnis.....	289
II. Unzulässiger Antrag auf Vernehmung eines Richters - BGHSt 7, 330 und BGH StV 1991, 99.....	290
1. Beschreibung der Fallgruppe und Entscheidungen des BGH ...	290
2. Aufnahme in der Literatur.....	291
3. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	293
a) Mißbrauchsargumente .....	293
b) Rechtsfolgen des Mißbrauchsurteils.....	296
c) Ergebnis.....	299

III. Unzulässigkeit eines mißbräuchlichen Hilfsbeweisanspruchs BGHSt 40, 287 ff. ....	299
1. Beschreibung der Fallgruppe und Entscheidung des BGH .....	299
2. Aufnahme in der Literatur .....	300
3. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	301
a) Mißbrauchsargumente .....	302
b) Rechtsfolgen des Mißbrauchsurteils .....	304
c) Ergebnis .....	305
IV. Mißbrauch des Zeugenladungsrechts - KG JR 1971, 338.....	305
1. Darstellung der Fallgruppe und Entscheidung des KG .....	305
2. Aufnahme in der Literatur .....	306
3. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	307
a) Mißbrauchsargumente .....	308
b) Rechtsfolgen des Mißbrauchsurteils .....	311
c) Ergebnis .....	312
V. Die Entziehung des Fragerechts nach § 240 II StPO .....	312
1. Darstellung der Fallgruppe und Entwicklung in der Rechts- sprechung .....	312
2. Aufnahme der Literatur .....	316
3. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	317
a) Mißbrauchsargumente, insbesondere die Auslegungspro- blematik der §§ 239-241 StPO .....	317
b) Rechtsfolgen des Mißbrauchsurteils .....	320
aa) Die Entziehung des „direkten“ Fragerechts - vorherige Vorlage an das Gericht .....	320
bb) Die Entziehung des Fragerechts für bestimmte Verfah- rensabschnitte - Untersagung weiterer unzulässiger Fragen .....	322
c) Ergebnis .....	325
VI. Die Entziehung des letzten Wortes .....	326
1. Darstellung der Fallgruppe und Entscheidungen in der Recht- sprechung .....	326
2. Bewertung und eigene Stellungnahme .....	327

a) Mißbrauchsargumente .....	327
b) Rechtsfolgen des Mißbrauchsurteils .....	330
c) Ergebnis .....	331
C. Zusammenfassung .....	331
I. Übergreifende Grundsätze in der Rechtsprechung .....	332
1. Legitimation eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots.....	332
2. Voraussetzungen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots...	332
3. Rechtsfolgen eines ungeschriebenen Mißbrauchsverbots .....	333
II. Ergebnisse der in der Rechtsprechung entschiedenen Fallgruppen	333
1. Beschränkung des Beweisantragsrechts auf die Ausübung durch den Verteidiger.....	334
2. Unzulässige Benennung eines Richters als Zeuge.....	335
3. Unzulässiger Hilfsbeweis Antrag zur Schuldfrage.....	336
4. Unzulässigkeit einer Zeugenladung bei rein demonstrativen Zwecken .....	336
5. Entziehung des (direkten) Fragerechts wegen fortgesetzten Mißbrauchs.....	337
6. Entziehung des letzten Wortes .....	338
4. Teil: Ausblick de lege ferenda - insbesondere zur Frage einer allge- meinen Mißbrauchsklausel .....	340
I. Mißbrauch im Strafprozeß und Prozeßrechtsreform.....	341
1. Zum Zusammenhang zwischen Mißbrauch und Reformvor- haben .....	341
2. Zum äußeren Rahmen von Reformmaßnahmen.....	342
II. Reformvorschläge zu einzelnen Befugnissen .....	344
1. Das Beweisantragsrecht.....	345
2. Frage-, Erklärungs- und sonstige Antragsrechte .....	349
3. Das Ablehnungsrecht nach §§ 24 ff. StPO.....	351
III. Einführung einer allgemeinen Mißbrauchsklausel.....	353
1. Traditionelle Einwände gegen eine allgemeine Mißbrauchs- klausel .....	354
2. Vorzüge einer allgemeinen Mißbrauchsklausel, insbesondere gegenüber objektivierten Vorfeldtatbeständen.....	356

IV. Fazit .....	358
Gesamtzusammenfassung und Ergebnisse .....	362
I. Gang der Arbeit .....	362
II. Überblick über die wichtigsten Ergebnisse .....	366
III. Resümee .....	369
Literaturverzeichnis .....	372
Sachwortverzeichnis .....	386

Weniger bekannt ist das *Paradox der Toleranz*: Uneingeschränkte Toleranz führt mit Notwendigkeit zum Verschwinden der Toleranz. (...) Wir sollten daher im Namen der Toleranz das Recht für uns in Anspruch nehmen, die Unduldsamen nicht zu dulden.

*Karl R. Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde I, Anmerkungen zu Kapitel 7.*

## Einleitung: Gegenstand und Gang der Arbeit

„So wenig zu leugnen ist, daß Antrags- und Erklärungsrechte in massiver Weise zu verfahrensfremden Zwecken mißbraucht werden können, so problematisch ist in diesen Bereichen jeder Versuch, dem durch die Verkürzung dieser Befugnisse zu begegnen.“<sup>1</sup> Diese offensichtlich um Ausgewogenheit bemühte Stellungnahme des damaligen Bundesjustizministers Hans-Jochen Vogel aus dem Jahre 1978 deutet in wenigen Worten das breite Spektrum der rechtlichen Probleme und möglichen Standpunkte an, die auch heute noch die Diskussion über den Mißbrauch im Strafprozeß beherrschen: Von der einen Seite wird vehement über die „Möglichkeit des Mißbrauchs“ geklagt, der „die Gerichte (...) zum Spielball einer Verteidigung macht, die es darauf anlegt, (...) die Richter weichzukochen“<sup>2</sup>; von der anderen Seite wird unermüdlich vor einer Antastung rechtsstaatlich gebotener Standards gewarnt.<sup>3</sup> Waren es in den 70-er Jahren in erster Linie die Terroristenprozesse<sup>4</sup> oder andere Verhandlungen mit stark politisch orientierter Verteidigung, die den Gerichten zu schaffen machten, so werden - nachdem die Mißbrauchsdiskussion in den 80-er Jahren etwas abgeklungen war - heute vor allem Prozesse aus dem Bereich der Wirtschafts-, Betäubungsmittel- und Bandenkriminalität, aber auch Extremistenprozesse angeführt.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> NJW 1978, 1217, 1225.

<sup>2</sup> *Bertram*, NJW 1994, 2186, 2188 f.; vgl. auch *Wassermann*, NJW 1994, 1106.

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler *Bandisch*, StV 1994, 158 ff.; *Herzog*, StV 1995, 372 ff.; *Scheffler*, NJW 1994, 2191 ff.; *Welp*, StV 1994, 161 ff.

<sup>4</sup> Vgl. auch *Fischer*, NStZ 1997, 212, 213. Ein beeindruckendes Bild der Prozesse gegen Angehörige der RAF zeichnet *Breucker*, Verteidigungsfremdes Verhalten, 1993.

<sup>5</sup> Vgl. etwa die Beispiele bei *Malmendier*, NJW 1997, 227. Gegen vorschnelle Reaktionen aufgrund einer vermeintlichen Überforderung der Justiz die Stellungnahme des *Frankfurter Arbeitskreises Strafrecht*, StV 1997, 497 ff.

Wie sich die Geschichte dabei wiederholt, zeigen auch die sehr ähnlichen Fragestellungen, mit denen sich die strafrechtliche Abteilung des 50. Deutschen Juristentags<sup>6</sup> und 20 Jahre später die des 60. Deutsche Juristentags<sup>7</sup> beschäftigten: Während es 1974 um die Einführung spezieller Verfahrensvorschriften für Großverfahren ging, stellte man 1994 die Frage, ob ganz allgemein Änderungen des Strafverfahrensrechts mit dem Ziel vorgenommen werden sollten, „ohne Preisgabe rechtsstaatlicher Grundsätze den Strafprozeß, insbesondere die Hauptverhandlung, zu beschleunigen“. Dabei wurde 1994 neben weiteren Vorschlägen (speziell im Bereich des Beweisantragsrechts), die man ebenfalls unter den Problembereich des Mißbrauchs fassen könnte, sogar die Idee einer allgemeinen Mißbrauchsklausel diskutiert und nur mit einer bemerkenswert geringen Mehrheit abgelehnt.

Diese lange anhaltende bzw. erneut erwachte Aktualität hat immer wieder zu Beiträgen geführt, die sich aus unterschiedlichen Blickwinkeln mit der Mißbrauchsproblematik beschäftigen. So ist z.B. aus der Literatur der 70-er Jahre der bis heute grundlegende Aufsatz Webers<sup>8</sup> zu nennen und aus der jüngsten Vergangenheit für einzelne Facetten der Thematik etwa auf Beiträge von Fischer, Kempf, Kröpil, Kühne, Niemöller oder Rüping hinzuweisen.<sup>9</sup> Dagegen fehlt es soweit ersichtlich bisher an einer Monographie zur allgemeinen Problematik des Mißbrauchs im Strafprozeß.<sup>10</sup> Dieser Befund rechtfertigt das Un-

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu das Gutachten C zum 50. Deutschen Juristentag (1974) von *Grünwald*.

<sup>7</sup> Vgl. dazu das Gutachten C zum 60. Deutschen Juristentag (1994) von *Gössels*. Nach dem Juristentag 1994 wurden Aspekte des Themas auch auf dem 20. Strafverteidigertag 1996 in Essen sowie auf dem 6. Strafrechtsfrühjahrssymposium des DAV 1996 in Karlsruhe diskutiert.

<sup>8</sup> *Weber*, GA 1975, 289 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Fischer*, NStZ 1997, 212 ff.; *Jahn*, ZRP 1998, 103 ff.; *Kempf*, StV 1996, 507 ff.; *Kröpil*, DRiZ 1996, 448 ff.; ZRP 1997, 9 ff.; JuS 1997, 355 ff.; JR 1997, 315 ff.; JZ 1998, 135 f.; *Kühne*, StV 1996, 684 ff.; *Malmendier*, NJW 1997, 227 ff.; *Niemöller*, StV 1996, 501 ff.; *ders.*, StraFo 1996, 104 ff.; *Nüsse*, StraFo 1996, 34 ff.; *Rüping*, JZ 1997, 865 ff. Umfangreiche Nachweise zu Beiträgen zum Mißbrauch aus den letzten Jahren finden sich bei *Fischer*, NStZ 1997, 212, 213 (FN 3) und *Niemöller*, StV 1996, 501, 502 (FN 14).

<sup>10</sup> Zu *einzelnen Aspekten* des Mißbrauchs im Strafprozeß vgl. z.B. *Brei*, Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns, 1991; *Breucker*, Verteidigungsfremdes Verhalten, 1993; *Thole*, Der Scheinbeweisantrag im Strafprozeß, 1985. Offenbar auch *Jahn*, „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime (angekündigt für 1998, hier allerdings keine Berücksichtigung mehr möglich). Soweit ersichtlich, fehlt es darüber hinaus sogar an einer neueren monographischen Darstellung des Mißbrauchs als allgemeinem methodischen Problem; sofern überhaupt, werden - wie freilich auch hier überwiegend - vor allem Teilbereiche, insbesondere das Zivilrecht untersucht. Eine noch vergleichsweise umfangreiche allgemein-methodische Untersuchung findet sich in der (in ihrem Schwerpunkt aber ebenfalls zivilistischen und privatrechtshistorischen) Salzburger Habilitationsschrift von *Mader*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, der seinerseits in seinem Vorwort feststellt (S. 5), daß dem Mißbrauch eine unangemessen

ternehmen einer ausführlicheren Darstellung, in der z.B. auch ausreichend Raum für die Bezüge zur Methodenlehre und zum Verfassungsrecht zur Verfügung steht:

Den 1. Teil der Arbeit bildet eine knappe Phänomenologie des Mißbrauchs und seiner Bekämpfung im Strafprozeß: in dieser erfolgt zunächst als Ausgangshypothese eine erste Begriffsbestimmung des „Mißbrauchs“. Im Anschluß daran wird das gesetzliche Instrumentarium zur Mißbrauchsbekämpfung kurz erläutert. Anhand einer systematisierten Betrachtung dieses Instrumentariums sowie mit einschlägigen Beispielen aus der Rechtsprechung werden der mögliche Anwendungsbereich eines ungeschriebenen allgemeinen Mißbrauchsverbots aufgezeigt und die wesentlichen zu klärenden Fragen herausgearbeitet.

Die Beantwortung dieser Fragen erfolgt vor allem im 2. Teil unter Rückgriff auf allgemeine Grundlagen: Dabei wird die Mißbrauchsproblematik zunächst in ihren methodologischen Kontext gestellt. Hierbei stehen das Spannungsverhältnis zwischen Normtexttreue und Einzelfallgerechtigkeit sowie der Zusammenhang von Normtext und Entscheidungsfindung im Mittelpunkt. Auf einer zweiten Stufe werden verfassungsrechtliche Gesichtspunkte betrachtet. Für Mißbrauch und Mißbrauchsbekämpfung sind dabei sowohl formell-verfassungsrechtliche (insbesondere der Gesetzesvorbehalt) als auch materiell-verfassungsrechtliche Aspekte (Grundrechtsschutz einerseits, Rechtsgüterschutz durch Strafrecht andererseits) von Bedeutung. Auf einer dritten Ebene schließlich werden spezielle strafprozessuale Gesichtspunkte erörtert. Dort wird zum einen klargelegt, weshalb die Lösungen, die in anderen Rechtsgebieten (und insbesondere in der Zivilrechtswissenschaft) für die Mißbrauchsproblematik bestehen, nicht ohne weiteres auf das Strafprozeßrecht übertragen werden können; zum anderen werden die spezifischen strafprozessualen Wertungen zu den verschiedenen Sachfragen dargestellt.

Die unter Berücksichtigung aller drei Ebenen zu findenden Ergebnisse werden dann im 3. Teil mit der Rechtsprechung zum ungeschriebenen Mißbrauchsverbot im Strafprozeßrecht verglichen. Dieser Vergleich erlaubt einerseits eine Bewertung der übergreifenden Gesichtspunkte in der bisherigen Rechtsprechung sowie auch der Ergebnisse in den einschlägigen Einzelentscheidungen anhand der im 2. Teil erarbeiteten Lösungen. Andererseits wird auch eine gewisse schärfere Konturierung des aus den allgemeinen Grundlagen gezeichneten Bildes ermöglicht.

Demgegenüber wäre es sicher ebenso vorstellbar, den umgekehrten Weg zu wählen und zunächst zu analysieren, welche Antworten die Rechtsprechung auf die gestellten

---

geringe Aufmerksamkeit in der (insbesondere österreichischen zivilrechtlichen) Literatur zuteil werde.