Министерство образования и науки Российской Федерации
Красноярский государственный университет

Вернер Бойльке

Уголовно-процессуальное право ФРГ

Учебник для студентов юридических факультетов
6-е издание, с дополнениями и изменениями

Перевод с немецкого

Красноярск 2004

Strafprozessrecht

von
Dr. Werner Beulke

o. Professor an der Universität Passau
6., neubearbeitete Auflage

C.F. Müller Verlag
Heidelberg

УДК 345.05(430.1)
ББК 67.891 (4Г)
Б77

Перевод с немецкого Я. М. Плошкиной
Под редакцией канд. юрид. наук,
доц. Л. В. Майоровой

Бойльке Вернер
Б77 Уголовно-процессуальное право ФРГ: Учебник. 6-е изд., с доп. и изм./ Вернер Бойльке; Пер. с нем. Я. М. Плошкиной; Под ред. Л. В. Майоровой. – Красноярск: РУМЦ ЮО, 2004. – 352 с.

Данная книга является переводом с немецкого языка 6-го издания учебника по уголовно-процессуальному праву ФРГ. Профессор Вернер Бойльке – автор многочисленных работ по уголовному праву и процессу Германии.
В работе анализируются институты и стадии уголовного процесса ФРГ, а также рассматриваются проблемы, возникающие в связи с применением УПК ФРГ.
Для научных работников, юристов-практиков, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов и факультетов, а также для всех интересующихся сравнительным правоведением.

ISBN 5-9604-0013-8 (рус.)
ISBN 3-8114-0807-0 (нем.)

© Beulke Werner, 2002
© Перевод на русский язык, оформление, Красноярский государственный университет, 2004

Предисловие к русскому изданию

В настоящее время, когда процессы интеграции усиливаются, появляются объективные предпосылки для сближения правовых систем. Именно с этой позиции представляется актуальным изучать построение и функционирование законодательства других государств. Изучение правовых институтов Германии важно не только с той позиции, что компаративистика становится модной наукой, если так можно выразиться, но и еще потому, что и Россия, и Германия относятся к странам континентальной (романо-германской) системы права.

После принятия УПК РФ прошло более двух лет. С одной стороны, не сбылись прогнозы скептиков о нежизнеспособности нового закона, с другой – реформа уголовно-процессуального законодательства России носит незавершенный характер. В УПК РФ вносились изменения еще до вступления его в действие, и этот процесс продолжается.

Многие положения УПК РФ нуждаются в уточнении, изменении и, что более серьезно, в переосмыслении. Поэтому изучение иностранного опыта, сравнительного права способствует гармонизации и унификации норм внутреннего права, оказывает влияние на содержание как теории, так и практики.

Законодательная база для уголовно-процессуальной деятельности в ФРГ включает, прежде всего, конституционный документ – Основной закон (Grundegesetz), а не Конституцию (Verfassung). По Договору между ФРГ и ГДР о восстановлении единства Германии Основной закон с 3 октября 1990 года стал действовать на всей территории Германии.

Основными источниками уголовно-процессуального права являются закон о судоустройстве и уголовно-процессуальный кодекс 1877 г. Оба акта вошли в силу в 1879 г. и, с изменениями и дополнениями, действуют до настоящего времени. Кроме того, к источникам уголовно-процессуального права относятся уголовный кодекс 1871 г., закон об оружии, закон о борьбе с терроризмом, закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних и др.

Данная книга – перевод 6-го издания учебника по уголовно-процессуальному праву ФРГ профессора Вернера Бойльке. На подготовку этой книги к изданию потребовалось достаточно много времени. Поэтому следует иметь в виду, что в книге использовано законодательство, судебная практика и литература по состоянию на июнь 2002 года.

Уже много лет между Юридическим институтом Красноярского государственного университета и юридическим факультетом университета Пассау существуют программы сотрудничества, по которым красноярские студенты могли слушать лекции профессора В.Бойльке и участвовать в его семинарах. К сожалению, это было доступно только тем, кто хорошо владеет немецким языком.

Дискуссии между немецкими студентами, обучающимися в ЮИ КрасГУ по программам сотрудничества, и российскими студентами выявили, что существующая информация по современному уголовно-процессуальному праву ФРГ на русском языке крайне незначительна. Так появилась идея перевести учебник по

уголовно-процессуальному праву известного немецкого юриста – профессора Вернера Бойльке.

Поскольку этот учебник, как пишет сам автор в предисловии, предназначен для студентов, готовящихся сдавать первый государственный экзамен, то он включает в себя решение задач. Для российских же студентов, а также всех интересующихся есть уникальная возможность познакомиться не только с теоретическими положениями, но и с воспроизведением мнений судебной практики по применению уголовно-процессуального законодательства.

Наряду с тем, что материал данного учебника может использоваться для дипломных и других научных работ студентов, ряд его положений будет весьма интересным для практиков.

В книге достаточно полно анализируется деятельность суда, прокуратуры и полиции. В частности, рассматривается принцип законного судьи, место прокуратуры в системе разделения властей и роль полиции – как помощницы прокуратуры.

Отдельный параграф посвящен вопросу о запрещенных методах ведения допроса, таких как утомление, введение в организм специальных препаратов, истязание, обман и др.

Несомненный интерес представляет § 12, который посвящен мерам принуждения. Кроме известного российскому законодательству задержания здесь анализируется установление личности по анализу ДНК, контроль за телекоммуникациями, контрольные пункты на улицах, всеобщая полицейско-розыскная проверка, внедрение тайного агента и др. Последние из указанных мер в российском законодательстве регулируются Законом о милиции или Законом об оперативно-розыскной деятельности, т.е. не уголовно-процессуальными источниками права.

Деятельность полиции в ФРГ регламентируется законами, которые действуют не на уровне федерации, а земли. Это является особенностью законодательного регулирования.

Думаем, что для российских читателей будет весьма полезным изучить нормы, посвященные исследованию доказательств в данной стадии процесса (§§ 20 – 23).

И, наконец, интерес представит анализ особых видов судопроизводства и обжалование решений суда.

Некоторые моменты перевода могут быть дискуссионны. Будем признательны всем, кто внесет свои предложения и отклики на наш первый опыт в переводе.

С уважением к читателям *Л. В. Майорова*

Предисловие к 6-му изданию

В данном шестом издании использовано законодательство, судебная практика и литература по состоянию на июнь 2002 г.

Было принято во внимание, в частности, новое решение Конституционного суда ФРГ об обыске в жилище при «опасности в промедлении», а также обсуждаемые в предыдущем году проекты реформирования уголовного процесса, в которых повышается роль дознания с целью облегчить и по времени, и по существу стадию судебного разбирательства. По возможности я старался, чтобы дополнения по объему были незначительны и материал в целом оставался обозримым. Вследствие этого многие решения судов и научные позиции остались, к сожалению, не приняты в расчет. Также в это издание были внесены отдельные коррективы, которые указали мне внимательные читатели четвертого издания книги. Поэтому все Ваши предложения, а также позитивные отзывы и критику прошу посылать на электронный адрес beulke@uni-passau.de.

Читатель должен знать:

- как и все учебники из серии «Schwerpunkte», данная книга по содержанию рассматривает только **основные и необходимые проблемы**;
- тот, кому объем книги покажется чрезмерно большим, может не читать всю книгу, а узнать **основные проблемы, встречающиеся на экзамене**, из обзора;
- с целью повторения или более быстрого запоминания предлагаются 72 задачи с решением. Пробелы в знаниях возможно устранить при последующем прочтении информации, специально выделенной в тексте. Даже при таком виде чтения студент, исходя из моего опыта, овладевает знаниями **по самым главным проблемам, встречающимся на экзамене**, и, как правило, он может вполне сносно сдать ту часть экзамена, которая касается уголовного процесса;
- тот, кто хотел бы совершенствоваться в решении задач по уголовному процессу, найдет в конце книги список литературы.

Выражаю особую благодарность за помощь в подготовке шестого издания, прежде всего, моей научной сотруднице *Dr. Sabine Swoboda*, а кроме того, всей моей кафедре: научному ассистенту *Dr. Christian Fahl*, научным сотрудникам *Veronika Angerer, Nicole Dittrich, Daniela Just, Holger Mann, Klaus Winkler u Barbara Zillgens, а также студентам Daria Apetz, Alexander Bartsch, Gloria Berghäuser, Verena Groß, Corinna Holz, Inka Lüdke, Martin Strunz u Anne-Sophie Thalheim*. Особо я должен поблагодарить своих секретарей *Ursula Kuba* и *Margit Wagner* за их неутомимую работу при подготовке данного издания и всю команду за дружелюбное содействие.

Пассау, июнь 2002 *Werner Beulke*

Из предисловия к 1-му изданию

Данная книга, возникшая в результате неоднократного чтения автором лекций по курсу «уголовный процесс», предназначена для студентов юридических факультетов, желающих изучить уголовно-процессуальное право или повторить материал, необходимый для сдачи первого государственного экзамена по юриспруденции. При более глубоком изучении многие моменты остались за пределами устного курса, и это было сделано осознанно, с целью сконцентрировать внимание на важных центральных проблемах. Это мне кажется приемлемым, поскольку в соответствии с предписаниями, регулирующими юридическое образование, и сложившейся, устоявшейся практикой сдачи государственного экзамена студент опрашивается только по **основам** уголовно-процессуального права. Следует, в частности, отказаться от всеобъемлющего изучения позиций в уголовно-процессуальной литературе, поскольку при изображении положений закона, а также при воспроизведении мнений судебной практики многое в работе упрощается и упускается.

Поскольку книга имеет длинную историю создания, то в работе над ней принимали участие несколько поколений ассистентов. Пусть простят меня многие сотрудники, если я упомяну не всех лично, а только тех, кто неутомимо «до последнего часа» выхода в свет книги трудился над ней, однако всем огромное спасибо, особенно научным ассистентам *Dr. Markus Dornach, Thomas Trepper*, научным сотрудникам *Dr. Gregor Bachmann, Dr. Helmut Satzger*, а также студентам *Caroline Brandt* и *Eike Schröer*. Большую помощь оказали также 10 студентов юридического факультета университета Пассау, которые, прочитав первыми книгу, внесли многие рациональные предложения. Большое им спасибо, а также я сердечно благодарю своего секретаря *Ursula Kuba*, которая своим неослабевающим усердием в работе существенно способствовала окончанию книги.

Пассау, март 1994 г. *Werner Beulke*

Оглавление

	Rn	Стр.
Предисловие к русскому изданию		5
Из предисловия к 6-му изданию		7
Из предисловия к 1-му изданию		9
§ 1. Введение в уголовно-процессуальное право, цели уголовного процесса	1	25
I. Правовые источники уголовно-процессуального права	1	25
II. Обзор отдельных стадий уголовного процесса	2	26
III. Цели уголовного процесса	3	26
1. Констатация и осуществление требования наказания со стороны государства	3	27
2. Осуществление уголовного процесса в соответствии с требованиями правового государства	5	27
3. Функция обеспечения правового порядка	6	28
IV. Уголовно-процессуальное право – материальное уголовное право	8	28
V. Международные аспекты	11	29
1. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция)	11	29
2. Право Европейского союза	11a	30
3. Международное право	11b	31
§ 2. Принципы процесса	15	33
I. Принцип официальности расследования, § 152 I УПК	16	34
II. Принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение, §§ 152 II, 170 I УПК	17	35
III. Принцип обвинения, § 151 УПК	18	35
IV. Принцип расследования, в частности, § 244 II УПК	21	36
V. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда, § 261 УПК	22	37
VI. Принцип устности судебного разбирательства, § 261 УПК	23	38
VII. Принцип непосредственности, в особенности, §§ 226, 250, 261 УПК	24	38
VIII. Презумпция невиновности и принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» («in dubio pro reo»)	25	39
IX. Требование ускоренного судопроизводства, ст. 20 III Основного закона – далее ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции	26	39
X. Принцип гласности, § 169 S. 1 закона о судоустройстве, ст. 6 I 1, 2 Европейской конвенции	27	41
XI. Принцип справедливого уголовного процесса, ст. 20 III ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции	28	41
XII. Принцип законного судьи, ст. 101 ОЗ	29	42
XIII. Принцип судебного слушания, ст. 103 I ОЗ	30	42

§ 3. Структура и компетенция суда 34 43
I. Принцип законного судьи 34 43
II. Виды подсудности уголовных дел 36 44
1. Предметная подсудность уголовных дел 36 44
2. Территориальная подсудность 37 44
3. Функциональная подсудность 38 44
III. Компетентность судов первой инстанции и состав суда 39 45
1. Участковый суд 39 45
2. Суд земли 41 46
3. Верховный суд земли 44 47
4. Проблема изменения подсудности 45 48
5. Соединение взаимосвязанных уголовных дел 46 49
IV. Компетенция суда второй инстанции по уголовным делам 47 49
1. Суд земли как суд второй инстанции 47 49
2. Верховный суд земли как суд второй инстанции 49 51
3. Верховный суд ФРГ как суд второй инстанции 53 51
V. Территориальная подсудность уголовных дел 57 52
1. Надлежащая подсудность 57 52
2. Чрезвычайные виды территориальной подсудности 58 53

§ 4. Отстранение и отвод судьи 63 55
I. Отстранение судьи, §§ 22, 23 УПК 64 56
II. Отвод судьи в связи с сомнениями в его беспристрастности, § 24 II УПК ... 68 57
1. Понятие «беспристрастность» 69 57
2. Отдельные случаи 71 58
III. Процедура 75 60

§ 5. Прокуратура 79 61
I. Задачи прокуратуры 79 62
1. Дознание 79 62
2. Судебное разбирательство, обжалование 79 63
3. Исполнение наказания, процессуальный реестр, обязанности по уведомлению 79 63
II. Структура и система органов прокуратуры 80 63
III. Функции прокуратуры 82 65
1. Каждый прокурор представляет при осуществлении своей деятельности своего руководителя 82 65
2. Право вышестоящей прокуратуры принимать на себя обязанности нижестоящей прокуратуры и передавать нижестоящей прокуратуре свои обязанности 83 65
3. Право давать указания 84 66
IV. Место прокуратуры в системе разделения властей 88 67
1. Место прокуратуры между исполнительной властью и правосудием . 88 67
2. Признание прокуратурой преюдиции 89 68
3. Существует ли обязанность принимать меры по расследованию преступлений при получении сведений о преступлении «вне службы»? 91 69
4. Отвод прокурора 92 70

§ 6. Полиция – помощница прокуратуры 101 73
I. Право давать указания 101 74
II. Роль полиции 103 75
III. Права полиции по применению мер принуждения 107 77

§ 7. Обвиняемый, допрос обвиняемого, его права и обязанности 110 78
I. Понятие обвиняемого 110 78
II. Допрос обвиняемого (основные черты) 115 81
1. Стадии допроса 115 81
2. Понятие допроса 115 81
3. Последовательность допроса 116 82
III. Не сделанное указание на право отказа от дачи показаний 117 82
1. Допрос лица в качестве обвиняемого 117 82
2. Спонтанные высказывания, информационные опросы 118 83
3. Проблема так называемого квалифицированного разъяснения обвиняемому права на отказ от дачи показаний 119 84
IV. Иные права обвиняемого 120 84
1. Право обвиняемого на судебное слушание 120 84
2. Право на защиту 121 84
3. Право подсудимого участвовать в судебном разбирательстве 122 85
4. Право на ходатайство о предоставлении доказательств 123 85
5. Право задавать вопросы 124 85
6. «Nemo tenetur Prinzip» – никто не обязан свидетельствовать против себя самого 125 85
7. Право на информационное самоопределение обвиняемого лица 126 86
8. Информация о содержании уголовного дела 126 87
9. Ограничение прав обвиняемого в результате общего уголовно-процессуального запрета на злоупотребления 126a 87
V. Обязанности обвиняемого лица 127 87
1. Обязанность претерпевать меры принуждения 127 87
2. Обязанность явиться в орган, осуществляющий уголовное преследование 127 87

§ 8. Запрещенные методы ведения допроса 130 89
I. Основные положения, § 136a УПК 130 89
II. Варианты запрещенных методов ведения допроса 132 90
1. Утомление 132 90
2. Введение в организм специальных препаратов 133 91
3. Истязание 134 91
4. Обман 135 91
5. Принуждение 139 94
6. Обещание не предусмотренной законом привилегии 140 95
7. Другие запрещенные методы ведения допроса 141 95
III. Последствия нарушения § 136a УПК 142 96

§ 9. Защитник 147 97
I. Защитник как лицо, содействующее в оказании квалифицированной юридической помощи обвиняемому 147 98

II. Защитник как орган правосудия	150	99
1. Теория органа правосудия	150	99
2. Теория о защитнике как лице, представляющем интересы одной стороны	151	101
3. Конституционно-процессуальная теория	151b	102
III. Доверительные отношения между защитником и его клиентом	152	102
1. Договор поручения на ведение дел и независимость защитника	152	102
2. Контактное право	153	103
IV. Права защитника	156	105
1. Право защитника присутствовать при производстве ряда следственных действий	156	105
2. Право ходатайствовать о предоставлении доказательств	157	105
3. Расследование	158	106
4. Право защитника высказываться в пользу обвиняемого	159	106
5. Ознакомление с материалами дела, § 147 УПК	160	106
6. Обжалование	163	108
V. Обязанности защитника	164	108
VI. Обязательная защита – защита по назначению	165	108
1. Понятие	165	108
2. Размер обязательной защиты	166	109
3. Назначение обязательного защитника	168	110
4. Отказ назначить обязательного защитника	169	110
5. «Дополнительный защитник по назначению»	170	111
6. Момент назначения защитника	171	112
VII. Исключение защитника из процесса	172	112
VIII. Совместная защита	173	113
IX. Защита в уголовном процессе и укрывательство преступника с целью воспрепятствования наказанию	174	114
§ 10. Доказательства	179	116
I. Виды доказательств	179	116
II. Строгий и свободный порядок представления доказательств	180	117
III. Свидетельские показания, §§ 48 ff УПК	181	117
1. Понятие свидетеля	181	117
2. Являются ли другие участники процесса свидетелями?	182	118
3. Обязанности свидетеля	187	120
4. Ограничение обязанности по даче показаний судей и других должностных лиц	190	120
5. Право отказа от дачи свидетельских показаний	191	121
6. Порядок проведения допроса свидетеля	196	123
7. Охрана свидетелей	196a	124
IV. Показания эксперта, §§ 72 ff УПК	197	125
1. Общие положения	197	125
2. Назначение эксперта и руководство за деятельностью эксперта	199	126
3. Проведение судебной экспертизы	200	127
4. Оценка экспертного заключения	202	128

V.	Документы как вид доказательства (§§ 249 ff УПК)	203	128
VI.	Вещественные доказательства (§§ 86 ff, 225 УПК)	204	129
§ 11.	**Заключение под стражу**	208	131
I.	Цели заключения под стражу	208	131
II.	Материальные основания для вынесения постановления о заключении под стражу	209	131
	1. Сильное подозрение, § 112 I 1 Alt.1 УПК	210	132
	2. Основание для заключения под стражу, § 112 I 1 Alt.2 УПК	211	132
	3. Принцип соразмерности	216	134
	4. Преступления, преследуемые по частному обвинению	217	134
	5. Преступления, преследуемые в уголовном порядке только по жалобе потерпевшего	218	135
III.	Вынесение постановления о заключении лица под стражу и его исполнение	219	135
	1. Постановление в письменной форме о заключении лица под стражу	219	135
	2. Компетентность вынесения постановления о заключении лица под стражу	220	135
	3. Взятие лица под стражу	221	136
	4. Дальнейшая деятельность судьи, занимающегося проверкой законности содержания под стражей	222	136
IV.	Средства правовой защиты постановления о заключении лица под стражу	223	136
	1. Обжалование заключения лица под стражу, § 304 I УПК	223	136
	2. Ходатайство о проверке судом обоснованности содержания лица под стражей, § 117 I УПК	224	137
V.	Отмена постановления о заключении лица под стражу	225	137
	1. Отмена постановления о заключении лица под стражу согласно § 120 I УПК	226	137
	2. Отмена постановления о заключении лица под стражу в соответствии с § 120 III УПК	226	138
	3. Отмена постановления о заключении лица под стражу в соответствии с § 121 УПК	227	138
VI.	Отсрочка исполнения постановления о заключении лица под стражу, § 116 УПК	228	139
VII.	Исполнение постановления о заключении лица под стражу	229	139
§ 12.	**Прочие важные меры принуждения (посягательства на конституционные права)**	233	140
I.	Обзор	233	141
II.	Длительное наблюдение, § 163 f УПК	233a	142
III.	Кратковременное задержание, §§ 127, 127 b УПК	234	142
	1. Право каждого на задержание, § 127 I 1 УПК	234	142
	2. Право прокуратуры и полиции на задержание согласно § 127 II УПК	238	144
	3. Право прокуратуры и полиции на задержание согласно § 127b I УПК	238	144
	4. Доставка к судье	239	144
IV.	Помещение обвиняемого для наблюдения в психиатрическую больницу, § 81 УПК	240	144
V.	Телесное освидетельствование, взятие пробы крови, § 81a УПК	241	145

VI. Анализ ДНК (§§ 81 e-f УПК); установление личности по ДНК и сохранение идентифицированных образцов ДНК (§§ 81g УПК; §§ 2, 3 закона об установлении личности по анализу ДНК) 242 146
VII. Фотографирование и снятие отпечатков пальцев, § 81b УПК 243 147
VIII. Освидетельствование других лиц, § 81c УПК 244 148
IX. Обеспечение сохранности предметов и имущества, выемка, §§ 94 ff, 111b ff УПК 245 149
1. Систематизация 245 149
2. Обеспечение сохранности доказательств посредством выемки, §§ 94 ff УПК 246 149
3. Обеспечение сохранности предметов и имущества 252 152
X. Контроль за телекоммуникациями, §§ 100a f УПК 253 152
1. Систематизация 253 152
2. Основания § 100a УПК 254 153
3. Информация о телекоммуникационных соединениях 254a 153
XI. Обыск, §§ 102 ff УПК 255 153
1. Цель и объект обыска 255 153
2. Проведение обыска 258 154
XII. Установление личности, §§ 163b, 163c УПК 259 156
XIII. Объявление в розыск, §§ 131 ff УПК 259a 156
XIV. Контрольные пункты на улицах, § 111 УПК 260 156
XV. Всеобщая полицейско-розыскная проверка, § 163d УПК 261 157
XVI. Систематический розыск преступников при помощи электронной системы обработки данных, §§ 98a, 98b УПК 262 157
XVII. Использование технических средств, §§ 100c, 100d УПК 263 158
1. Фотографии и видеозаписи, § 100c I № 1a УПК 263 158
2. Прочие особые определенные технические средства, предназначенные для наблюдения, § 100c I № 1b УПК 264 158
3. Прослушивание и запись конфиденциального слова или «подслушивание», § 100c I № 2, 3 УПК 265 159
XVIII. Внедрение тайного агента, §§ 110a ff УПК 267 161

§ 13. Предпосылки процесса 273 163
I. Общие положения 273 164
II. Самые важные предпосылки процесса 274 165
1. Сфера действия немецкой юрисдикции 274 165
2. Судебный порядок рассмотрения дела (§ 13 закона о судоустройстве) 275 165
3. Предметная и территориальная подсудность уголовных дел 275 165
4. Возраст, с которого наступает уголовная ответственность 276 165
5. Способность участвовать в разбирательстве дела 277 165
6. Отсутствие иммунитета 278 166
7. Отсутствие иного судопроизводства по делу 279 166
8. Отсутствие противоречащего решения суда, вступившего в законную силу 280 166
9. Не истечение сроков давности уголовного преследования 281 166
10. Не прекращение производства по уголовному делу 282 166

11. Жалоба потерпевшего с целью возбудить уголовное дело, полномочие для осуществления уголовного преследования, требование уголовного преследования, §§ 77 ff УПК	283	167
12. Наличие действительного постановления об открытии судебного разбирательства	284	167
13. Наличие действительного обвинения	285	168
14. Смерть подсудимого как обстоятельство, препятствующее ведению процесса	286	169
15. Будет ли чрезмерно длинная продолжительность ведения процесса процессуальным препятствием?	287	169
16. Провокационные действия со стороны полицейского провокатора как препятствие ведения процесса	288	170
17. Предполагаемая вероятность наступления смерти как препятствие для развития процесса	289	171
18. Нарушение принципа соразмерности – обстоятельство, препятствующее проведению процесса	289a	171
III. Последствия отсутствия процессуальных предпосылок	290	172
1. Дознание	290	172
2. Производство по преданию обвиняемого суду	291	172
3. Судебное производство	292	172
§ 14. Процессуальные действия	296	174
I. Понятие	296	174
II. Основания деятельности	297	175
1. Основания для субъекта процесса	297	175
2. Содержание процессуального действия	298	175
3. Отмена процессуальных действий	300	176
4. Отсутствие недостатка волеизъявления	301	176
5. Форма	302	177
III. Сроки	303	178
1. Понятие и общие положения	303	178
2. Последствия просрочки	304	178
3. Восстановление пропущенного срока, §§ 44 ff УПК	305	179
§ 15. Предварительное расследование в форме дознания	309	180
I. Начало предварительного расследования в форме дознания	309	181
1. Жалоба с целью возбуждения уголовного дела или заявление органам власти о готовящемся или совершенном преступлении	309	181
2. Начало производства дознания по долгу службы	310	182
3. Начальное подозрение	311	182
II. Осуществление дознания	312	183
1. Допрос обвиняемого, § 163a УПК	313	183
2. Допрос свидетелей и эксперта, § 161a I, 73 УПК	314	184
3. Производство расследования	315	184
4. Следственный судья на стадии дознания	316	184
III. Завершение дознания	319	186
1. Предъявление государственного обвинения	319	186

2. Прекращение процесса	320	186
IV. Обеспечение правовой защиты на стадии дознания	321	187
1. Обеспечение правовой защиты по отношению к мероприятиям, непосредственно влияющим на ход развития процесса на стадии дознания	321	187
2. Обеспечение правовой защиты при применении мер принуждения на стадии производства дознания	322	188
3. Правовая защита в отношении прочих мероприятий	328	193
§ 16. Прекращение процесса по соображениям целесообразности	333	195
I. Общие положения	333	195
II. Прекращение процесса в соответствии с § 153 УПК: незначительная вина и отсутствие публичного интереса	334	196
1. Прекращение процесса прокуратурой, § 153 I УПК	334	196
2. Прекращение процесса судом, § 153 II УПК	335	197
III. Прекращение процесса согласно § 153a УПК: отсутствие тяжелой вины и публичного интереса при встречном исполнении	337	198
1. Прекращение процесса прокуратурой, § 153a I УПК	337a	199
2. Прекращение процесса судом, § 153a II УПК	338	200
IV. Прекращение процесса в соответствии с § 154 УПК и ограничение уголовного преследования согласно § 154a УПК при нескольких правонарушениях	339	201
1. Основная концепция	339	201
2. Усиление наказания в результате выделенных деликтов	340	201
V. Иные возможности прекращения процесса	341	202
VI. Главный свидетель обвинения	342	202
§ 17. Производство по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств	344	203
I. Задача производства по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств	344	204
II. Основания	345	204
1. Заявление	345	204
2. Признаки потерпевшего лица	346	204
3. Ограничения	347	205
III. Процедура	348	205
IV. Жалоба в порядке надзора	349	206
§ 18. Производство по преданию обвиняемого суду	352	206
I. Назначение и цель производства по преданию обвиняемого суду	352	206
II. Ход развития стадии по преданию обвиняемого суду	353	207
III. Заключительное решение на стадии предания обвиняемого суду	356	208
1. Компетентность	356	208
2. Решение об открытии судебного разбирательства, §§ 203 ff УПК	357	208
3. Отклонение открытия судебного производства, § 204 УПК	363	211
4. Временное приостановление производства по делу	364	211
5. Прекращение процесса по причинам целесообразности	365	212

§ 19. Подготовка дела к судебному разбирательству и проведение судебного разбирательства в суде первой инстанции 368 213
I. Подготовка дела к судебному разбирательству, §§ 213 ff УПК 368 213
1. Назначение даты слушания дела, § 213 УПК 368 213
2. Повестки в суд, § 214 I 1 УПК 368 213
3. Вручение решения об открытии судебного разбирательства 368 214
4. Возражения против состава суда 369 214
5. Допросы по судебному поручению, осмотр 370 214
II. Ход судебного разбирательства; обзор 371 214
III. Отдельные проблемы, возникающие в ходе судебного разбирательства 372 215
1. Право председателя суда осуществлять руководство судебным разбирательством 372 215
2. Гласность судебного разбирательства, § 169 закона о судоустройстве ... 376 217
3. Перерывы и отложение рассмотрения дела 381 219
4. Необходимое присутствие участников процесса 382 220
5. Обязанность суда заботиться о расследовании дела в соответствии с нормами права 383 220
6. Указание в соответствии с § 65 I, II УПК / дополнительное обвинение, § 66 УПК 384 221
7. Право задавать вопросы 387 223
8. Право на дачу объяснений 391 224
9. Судебные прения 392 224
10. Протокол судебного заседания 393 224
IV. «Сделка с подсудимым» в уголовном процессе 394 225
1. Основные положения 394 225
2. Возражения против «сделки с подсудимым» 395 226
3. Основополагающие моменты, разработанные судебной практикой 396 226
4. Действие «сделки с подсудимым» / неудавшаяся договоренность 396a 228
V. Преобразование судебного разбирательства 397 229

§ 20. Исследование доказательств на стадии судебного разбирательства (основные принципы) 402 231
I. Основные принципы исследования доказательств 402 231
II. Обязанность суда установить истину, § 44 II УПК 406 232
III. Принцип устности судебного разбирательства, § 61 УПК 407 233

§ 21. Непосредственность исследования доказательств на стадии судебного разбирательства, §§ 250ff УПК 410 235
I. Принцип 410 235
II. Нарушение принципа личного допроса 411 236
1. Оглашение протоколов о допросе свидетелей, экспертов или сообвиняемых, § 51 УПК 411 236
2. Напоминание и устранение противоречий у свидетелей и эксперта, § 53 УПК 415 237
3. Оглашение протокола допроса о признании вины и устранение противоречий у подсудимого, § 54 УПК 416 237
4. Заявления органов власти, экспертов и врачей, § 56 УПК 417 238

III. Показания свидетеля, который только в судебном разбирательстве ссылается на свое право отказа от дачи свидетельских показаний, § 52 УПК ... 418 238
IV. Предъявление доказательств в ходе процесса ... 421 240
V. «Свидетель понаслышке» ... 422 241
VI. Проблематика внедрения доверенного лица ... 423 242
1. Основные понятия ... 423 242
2. Допустимость внедрения ... 424 243
3. Интерес сохранения тайны и принцип непосредственности ... 425 244
4. Служебный запрет ... 426 245
5. Помощник расследования в судебном разбирательстве ... 427 245
6. Использование в других, более поздних процессов, § 110e УПК ... 429 247
VII. Видеозапись в рамках допроса свидетелей ... 430 247
1. Синхронная видеопередача допроса свидетеля в судебном разбирательстве (видеоконференция) ... 430a 247
2. Видеозапись допросов свидетелей и их использование ... 430e 250

§ 22. Ходатайство о представлении доказательств в судебном разбирательстве ... 434 253
I. Введение ... 434 254
II. Понятие «ходатайства о представлении доказательств» и разграничение с ходатайством о получении доказательств ... 435 254
III. Время и форма подачи ходатайства о представлении доказательств ... 438 256
IV. Отклонение ходатайства о представлении доказательств ... 439 256
1. Система оснований для отклонения ... 439 256
2. Основания для отклонения, предусмотренные § 244 III УПК ... 440 256
3. Дополнительные особые основания для отклонения ходатайств о допросе эксперта ... 448 259
4. Доказательство осмотра / свидетель за рубежом ... 449 259
5. Заявленные доказательства ... 450 261
V. Оформление отклонения ходатайства о представлении доказательств ... 452 261

§ 23. Запрет на использование доказательств в уголовном процессе ... 454 262
I. Принципы ... 454 263
1. Предназначение запретов, связанных с доказательствами ... 454 263
2. Классификация ... 455 264
3. Предусмотренные в законе запреты на использование доказательств в процессе ... 456 264
4. Нормативно незакрепленные запреты на использование доказательств 457 265
II. Запреты на использование доказательств в связи с правом отказа от дачи свидетельских показаний, §§ 52ff, 252 УПК ... 461 267
1. Отсутствие разъяснения свидетелю его права отказа от дачи показаний по личным основаниям, § 52 III УПК ... 461 267
2. Случаи, когда свидетель, обладающий правом отказа от дачи показаний (§ 53 УПК), совершает уголовно наказуемое деяние (§ 203 УК) ... 462 267
3. Нарушение запрета на выемку, § 97 I УПК ... 463 268
4. Отсутствие разъяснения свидетелю о его праве отказа от дачи показаний в соответствии с § 55 УПК ... 464 268

	5. Право отказа свидетеля от дачи показаний в судебном разбирательстве, § 52 УПК	465	269
III.	Защита обвиняемого от принуждения к самооговору	467	270
	1. § 136a УПК	467	270
	2. Отсутствие разъяснения в соответствии с §136 УПК	468	270
	3. Отказ в обращении к защитнику	469	270
IV.	Защита интимной сферы – конституционно-правовые запреты на использование доказательств в уголовном процессе	470	271
	1. Теория сфер Конституционного суда ФРГ и ее реализация в уголовно-процессуальном праве	470	271
	2. Негласная запись на магнитоленту /подслушивание	472	272
	3. Длительное наблюдение, § 163f УПК	472a	272
	4. Записи из дневника	473	273
	5. Фото-, киносъемка, видеозапись	474	273
V.	Контроль за телекоммуникациями, §§ 100a f УПК	475	274
	1. Отсутствие оснований для вынесения постановления о проведении данных мероприятий (перечень преступлений / формальное постановление)	475	274
	2. Случайные находки	476	274
VI.	Телесное освидетельствование, взятие пробы крови, § 81a УПК	477	275
VII.	Установление личности по ДНК, § 81g УПК	477a	275
VIII.	Последствия полученных с нарушением закона доказательств от частных лиц	478	276
IX.	Специальные запреты использования доказательств в процессе при негласных методов расследования	481a	277
	1. Отсутствие общих предпосылок для использования тайных агентов, доверенных лиц и осведомителей	481a	277
	2. Случайные находки при применении тайных агентов	481c	278
	3. Ошибка при конкретном разведывательном мероприятии тайного агента или доверенного лица	481d	278
	4. Прочие случаи подслушивания	481g	280
X.	Дальность действия запретов на использование доказательств в процессе (теория плодов отравленного дерева)	482	281
§ 24.	**Вынесение приговора и действие приговора**	488	284
I.	Понятие приговора	488	284
II.	Принципы вынесения приговора	489	284
	1. Вынесение приговора ограничивается предъявленным обвинением и решением суда об открытии судебного разбирательства	489	284
	2. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда	490	285
	3. Компетенция по предварительному разрешению гражданско-правовых вопросов	497	287
III.	Совещание и голосование	498	288
IV.	Оглашение приговора	499	288
V.	Содержание приговора	500	288
	1. Вводная часть приговора	500	288
	2. Резолютивная часть приговора	500	288
	3. Мотивировочная часть приговора	500	289

4. Подпись 500 289
VI. Законная сила приговора 501 289
1. Формальное и материальное вступление в силу закона 501 289
2. Отмена законной силы 506 290
3. Недействительные приговоры – неприговоры 507 291
4. Исправление приговора 508 291
5. Дополнительная жалоба 509 291
VII. Федеральный закон об учреждении центрального реестра судебной статистики 510 291

§ 25. Понятие деяния в процессуальном смысле 512 292
I. Значение понятия «деяния» в уголовно-процессуальном праве 512 293
II. Определение понятия 513 293
III. Отдельные примеры 514 294
1. Деяние в смысле § 264 УПК при идеальной совокупности преступлений 514 294
2. Несколько самостоятельных деяний в смысле § 264 УПК при реальной совокупности преступлений 515 295
3. Деяние в смысле § 264 УПК вопреки реальной совокупности преступлений 516 295
4. Одно деяние вопреки полной недооценке незначительности содержания 517 296
5. Альтернатива хода развития действия 520 297
6. Продолжаемое преступление 522 298

§ 26. Особые виды судопроизводства 526 300
I. Упрощенное судопроизводство 526 300
1. Допустимость производства 526 300
2. Обжалование и законная сила 528 301
II. Ускоренное судопроизводство 530 302
1. Основания 530 302
2. Особенности ускоренного судопроизводства 531 303

§ 27. Обжалование, общие принципы 533 305
I. Обзор 533 305
1. Виды жалоб 533 305
2. Результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях и приостанавливающее действие 534 306
3. Функции обжалования 535 306
II. Общие принципы обжалования 536 306
1. Общие предпосылки допустимости 536 306
2. Запрет поворота к худшему 540 308
3. Частичное обжалование 542 309
4. Частичная законная сила 543 309
5. Отзыв жалобы, отказ от обжалования 544 309

§ 28. Апелляция 548 311
I. Допустимость и функции апелляционной жалобы 548 311
II. Принятие апелляционной жалобы 549 311
III. Компетенция 550 312
IV. Подача апелляционной жалобы 551 312
V. Решения 552 313
1. Проверка судом первой инстанции своевременности подачи апелляции 552 313
2. Предварительная проверка апелляционным судом 553 313
3. Решение о принятии к рассмотрению апелляционной жалобы 553 313
4. Прекращение процесса (перед началом судебного разбирательства) 554 313
5. Судебное разбирательство в апелляционном порядке 555 313
6. Неявка подсудимого, § 29 УПК 556 313
7. Решения апелляционного суда на основе судебного разбирательства 557 314

§ 29. Кассация 559 315
I. Допустимость и функции кассации 559 315
II. Компетенция 560 316
III. Подача кассационной жалобы 561 316
IV. Обоснование кассационной жалобы 562 317
V. Основания для кассации 563 317
1. Нарушение закона 563 317
2. Процессуальное обжалование 564 318
3. Обжалование в связи с нарушением нормы материального права 567 319
VI. Решения 568 320
1. Предварительная проверка судом, приговор которого обжалуется 568 320
2. Предварительная проверка кассационным судом 569 320
3. Судебное разбирательство в кассационном порядке 571 321
4. Решения кассационного суда на основе судебного разбирательства 572 321
5. Возвращение дела из вышестоящего суда нижестоящему для повторного рассмотрения в случае обоснованности кассационной жалобы 573 322
6. Распространение кассации на других подсудимых, не обжаловавших приговор, § 57 УПК 575 322

§ 30. Частная жалоба 577 324
I. Допустимость подачи, функции частной жалобы, право на подачу частной жалобы 577 324
II. Недопустимость подачи жалобы 578 325
III. Компетенция 579 325
IV. Подача частной жалобы 580 326
V. Решения 581 326
1. Решения суда, постановления, определения или распоряжения которого обжалуются 581 326
2. Решение суда, рассматривающего частные жалобы 581 326
VI. Срочная жалоба 582 326
VII. Возможность дальнейшего обжалования, § 10 УПК 583 327

§ 31. Возобновление производства по вновь открывшимся обстоятельствам ... 585 327
I. Значение ... 585 327
II. Основания для возобновления производства ... 586 328
III. Процесс ... 587 329
1. Проверка допустимости в соответствии с §§ 366-368 УПК ... 587 329
2. Проверка обоснованности ходатайства в соответствии с §§ 369, 370 УПК ... 588 330
3. Новое судебное разбирательство согласно §§ 370 II, 373 УПК ... 588 330

§ 32. Судопроизводство по делам частного обвинения, по делам дополнительного частного обвинения, процедура рассмотрения гражданского иска в уголовном деле и прочие права потерпевшего ... 590 331
I. Судопроизводство по делам частного обвинения ... 590 331
1. Уголовные дела частного обвинения ... 590 331
2. Начало и осуществление частного обвинения ... 591 332
II. Судопроизводство по делам дополнительного частного обвинения (сообвинение) ... 593 333
1. Понятие и функции ... 593 333
2. Право на вступление в процесс ... 594 334
3. Права сообвинителя ... 596 335
III. Процедура рассмотрения гражданского иска в уголовном деле ... 597 335
1. Понятие и значение ... 597 335
2. Основания для проведения процедуры рассмотрения гражданского иска в уголовном деле, § 403 УПК ... 598 335
3. Процессуальные действия /процедура ... 599 336
4. Решение суда ... 600 336
IV. Прочие права потерпевшего ... 602 337
1. Общие положения ... 602 337
2. Особо важные права потерпевшего ... 603 337
3. Прочая компенсация вреда ... 605 338

§ 33. Процессуальные расходы ... 607 338
I. Понятие расходов ... 607 338
II. Носитель расходов ... 608 339
1. Осужденный как носитель расходов ... 608 339
2. Государство как носитель расходов ... 609 339
III. Расходы в производстве в суде второй инстанции ... 610 340

Список сокращений ... 341
Список рекомендуемой литературы ... 347

§ 1. Введение в уголовно-процессуальное право, цели уголовного процесса

Задача 1. Тяжело онкологически больного Н. подозревают в совершении нескольких убийств (во время стрельбы возле Берлинской стены). Не рассматривая конституционно-правовую проблематику, а учитывая только смысл и цель уголовного процесса, возникает вопрос: возможно ли возбудить в отношении Н. уголовное дело и далее его расследовать, если органы уголовного преследования полагают, что Н. не доживет до завершения процесса?

Задача 2. Сицилиец С. подозревается в совершении убийства в Гамбурге. Поздно вечером перед первым допросом полицейский П. информирует С. о том, что последний может проконсультироваться со своим защитником (§§ 163a IV, 136 I 2 УПК). С. дает понять, что хотел бы воспользоваться услугами адвоката, но не знает никого из этой среды. Тогда П. подает ему гамбургский телефонный справочник. Однако С. не может дозвониться ни до одного адвоката. П. умалчивает, что для подобных случаев существует круглосуточно работающая адвокатская контора. Испугавшись, С. сознается в совершении преступления. Допустимо ли использовать в уголовном процессе данное признание?

Задача 3. Работая в концентрационном лагере в качестве эсэсовца, А. весной 1945 г. собственноручно убил несколько сот заключенных евреев. После Второй мировой войны А. жил под другой фамилией. Только в 1990 г. органы уголовного преследования его обнаружили. Возможно ли предъявить ему обвинение в совершении убийства при отягчающих обстоятельствах на основании § 211 УК? Замечание: согласно действующему праву на момент совершения преступления (1945) срок давности за подобное убийство составлял 20 лет (§ 67 УК в прежней редакции). Еще до истечения срока давности согласно данному положению он был продлен, а с 1979 г. к убийству, совершенному при отягчающих обстоятельствах, срок давности не применяется (см. § 78 II УК, действующая редакция). Каждый раз устанавливается, что это положение действует также и в отношении ранее совершенных преступлений (BGH NJW 1995, 1297).

I. Правовые источники уголовно-процессуального права

Существует достаточно много источников уголовно-процессуального права. Особенно следует учитывать: **1**

- в качестве основного источника **уголовно-процессуальный кодекс** (УПК) от 01.02.1877 г. в действующей редакции от 1987 г.;
- **закон о судоустройстве** от 27.01.1877 г. в действующей редакции от 1975 г., закрепляющий, в частности, предметную подсудность (ср. § 1 УПК в сравнении с §§ 24ff, 74ff, 120 закона о судоустройстве), состав суда, а также структуру прокуратуры (ср. §§ 141ff закона о судоустройстве);
- **конституционное право**, сравните, в частности, принципы правового и социального государства (ст. 20 III Основного закона (ОЗ)) и судебную практику, ст. ст. 92ff, 103, 104 ОЗ;
- **Европейскую конвенцию о зашите прав человека и основных свобод** (далее Европейская конвенция) от 04.11.1950 г. (в ФРГ она действует в качестве обычного федерального закона), сравните, в частности, положения, регулирующие права подсудимого (ст. 6 Европейской конвенции);

– **вводный закон к закону о судоустройстве** от 27.01.1877 г., где закреплена правовая защита от административно-правовых предписаний, §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве;

– **закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних**, положения которого во многом повторяют аналогичный имперский закон от 1923 г., закон об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних действует сегодня в редакции 1974 г. Он регулирует особенности проведения уголовного процесса по делам несовершеннолетних и лиц в возрасте от 18 лет до 21 года, в частности, создание судов по делам несовершеннолетних, §§ 33ff закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних;

– уголовный кодекс (УК), в частности, положения, регулирующие право потерпевшего на подачу жалобы с целью возбуждения уголовного дела (§§ 77ff УК).

II. Обзор отдельных стадий уголовного процесса

2 В соответствии с концепцией УПК уголовный процесс проходит следующие стадии.

1. Уголовный процесс начинается с **предварительного расследования, которое осуществляется в форме дознания**. На этой стадии необходимо установить наличие или отсутствие достаточного подозрения в том, что конкретный обвиняемый совершил уголовно наказуемое деяние (§§ 151ff УПК). Дознание осуществляет прокуратура, и оно завершается либо прекращением уголовного дела, в соответствии с § 170 II УПК или §§ 153ff УПК, либо предъявлением государственного обвинения на основании § 170 I УПК.

2. Если предъявлено государственное обвинение в результате направления обвинительного заключения в суд, то начинается **производство по преданию обвиняемого суду** (§§ 199ff УПК). Компетентный суд, который затем будет рассматривать дело по существу, на этой стадии проверяет необходимость открытия судебного разбирательства. Необходимость открытия судебного разбирательства возникает тогда, когда, по мнению суда, в отношении обвиняемого существует достаточное подозрение в том, что он совершил инкриминируемое ему в обвинении преступление. Если суд не убедился в наличии достаточного подозрения в отношении обвиняемого, то он выносит решение об отклонении открытия судебного разбирательства (§ 204 УПК). В случае подтверждения судом наличия достаточного подозрения следует постановление суда об открытии судебного разбирательства (§§ 203, 207 УПК).

3. **Судебное разбирательство** начинается с момента вынесения судом постановления об его открытии (§§ 213ff УПК), эта стадия подразделяется на подготовку к нему (§§ 213ff УПК) и на собственно судебное разбирательство (§§ 226ff УПК). Как правило, данная стадия заканчивается вынесением приговора (§ 260 УПК).

4. После вынесения судом первой инстанции решения его можно **обжаловать** (§§ 296ff УПК).

5. После вступления приговора в законную силу следует **исполнительное производство**, руководство которым осуществляет прокуратура (§§ 449ff и § 451 I УПК).

III. Цели уголовного процесса

3 Цели уголовно-процессуального права носят комплексный характер. В отдельном случае они могут быть даже несовместимы друг с другом, поэтому необходимо рассматривать их в комплексе, а затем следует выбрать одну из них.

1. Констатация и осуществление требования наказания со стороны государства

Одной из основных задач уголовного процесса является **установление** и **осуществление** возникающего в конкретном случае со **стороны государства** законного **требования наказания** (BVerfGE 20, 45, 49; BerlVerfGH NJW 1993, 515, 517). В материально-правовом смысле это должно быть **правильное** и **справедливое решение**. Таким образом, истина и **справедливость** становятся руководящими приниципами нашего уголовно-процессуального права. Для назначения правонарушителю справедливого наказания необходимо эффективное уголовное судопроизводство (BVerfGE 34, 2; 80, 367, 375; BVerfG NJW 2002, 51; Rieß, StraFo 2000, 364).

Если по многим ранним законам задачей потерпевшего или его рода была кара за злодеяние, то сегодня только государство вправе наказывать преступника. Этой **монополии государства на наказание** соответствует право конкретного гражданина **на судебную защиту своих прав**. Если гражданин, потерпевший от преступления, не может сам мстить за причиненную ему несправедливость, то на государство возлагается не только право, но и обязанность по осуществлению требования наказания.

Право потерпевшего на участие в процессе ограничивается его правом на подачу жалобы по делам, преследуемым по его жалобе (в частности, в случае неосторожного причинения вреда здоровью, §§ 229, 230 УК), правом предъявления частного обвинения (§§ 374-394 УПК) и правом сообвинителя (§§ 395-402 УПК). Также при наличии четких оснований он может требовать возмещение вреда (§§ 403-406c УПК). По общему правилу потерпевший – тот же свидетель только с относительно иными правами. Он может оказывать влияние на ход развития процесса посредством подачи заявления об уголовно наказуемом деянии (§ 158 УПК). Подробно см. Rn 181ff, 309, 344ff, 590ff. **4**

2. Осуществление уголовного процесса в соответствии с требованиями правового государства

Вышеобозначенная функция уголовного судопроизводства (когда правонарушитель подвергается справедливому наказанию) действует в правовом государстве (ср. ст. 20 ОЗ) не абсолютно, так как **справедливость не может быть достигнута любой ценой** (BGHSt 38, 215, 219f; Wolter, GA 1999, 158ff). Поскольку механизмы уголовного преследования достаточно глубоко вторгаются в жизнь и нарушают права потенциальных правонарушителей, то нужно предусмотреть эффективно действующую защиту от несоразмерного посягательства на основные права и свободы человека. Это необходимо, поскольку, с одной стороны, в ходе процесса может быть установлена невиновность обвиняемого, а с другой – существует опасность злоупотребления исполнительной властью находящимися в ее распоряжении мерами принуждения в сфере уголовного и уголовно-процессуального права. Поэтому следующей **равнозначной** задачей уголовно-процессуального права наряду с **требованием осуществления эффективного уголовного преследования** должно быть **принятие решения в соответствии с уголовно-процессуальными нормами**. Однако очевидно, что обе эти задачи часто друг с другом не совместимы. Такой запрограммированный конфликт проходит через весь уголовный процесс. Частично он разрешен непосредственно в законе (например, при заключении под стражу, ст. 104 ОЗ и §§ 112ff УПК), частично он должен найти разрешение в науке и судебной практике, например, путем признания запрета на использование доказательств, полученных незаконным путем (см. Rn 454ff, а также Gusy, StV 2002, 153). **5**

3. Функция обеспечения правового порядка

6 Уголовный процесс должен завершиться принятием решения, которое устанавливало бы **общественный порядок, основанный на соблюдении права**. Однако эта цель может находиться при определенных условиях в противоречии с вышеобозначенными функциями. Например, справедливо возобновление процесса в случае появления новых обстоятельств. При этом вопрос о наказании может оставаться открытым постоянно, что бывает достаточно часто не только в интересах общества, но и в интересах обвиняемого. Поэтому уголовно-процессуальное право работает с таким правовым институтом, как **законная сила** (см. Rn 501ff, 512ff).

7 В случаях, когда соблюдение вступивших в законную силу решений является совершенно несправедливо, предусмотрена возможность **прекращения действия законной силы**. Эта функция приводит к **возобновлению производства по вновь открывшимся обстоятельствам** (§§ 359ff УПК; Rn 585ff). По общему правилу действует принцип неизменности решения, но в качестве исключения возможны ограничения данного принципа со стороны законодателя, исходя из требований правового государства (BGHSt 45, 37, 38).

IV. Уголовно-процессуальное право – материальное уголовное право

8 В отличие от многих других государств, немецкий уголовный кодекс (УК) содержит в основном только материальное уголовное право. Однако иначе выглядят более ранние уголовные законы, которые содержат как материальное, так и формальное уголовное право, в частности:

– уголовное уложение императора Карла VI, Каролина, 1532;
– прусское земельное право 1620 и 1721 гг.

Современный уголовный кодекс содержит не только положения материально-правового характера, в частности, к **формальному праву** относится **право потерпевшего подавать жалобу с целью возбуждения уголовного дела** в соответствии с §§ 77ff УК (BGHSt 46, 315).

9 Некоторые правовые институты имеют неоднозначную правовую природу. Одним из таких является **институт давности** (§§ 78ff УК). В соответствии со ст. 103 II ОЗ и §§ 1 и 2 УК материальная наказуемость деяния зависит от закона, который действовал на момент совершения преступления. Если не по действующему на сегодняшний момент праву, а по праву, действующему на момент совершения уголовно наказуемого деяния, преступление уже неподсудно за давностью, то возникает вопрос: не препятствует ли **запрет обратной силы закона**, имеющий значение в материальном праве, применять право, действующее на момент вынесения решения. Определяющим является момент: действует ли запрет обратной силы закона также для правового института давности. Особое значение эта проблема приобретает в отношении преступлений против национал-социалистической идеологии, а также в отношении преступлений, совершенных в бывшей ГДР (s. auch das 1., 2. und 3. VerjährungsG BGBl I, 1993, S.392; 1657; 1997, S.3223).

Согласно позиции, которая не нашла большую поддержку в научной среде, последующее продление сроков давности недопустимо. Длительный разрыв во времени привел бы к исчезновению материального уголовного правомочия, и поэтому речь идет

в отношении давности о регулировании **материального** права, т.е. об основании освобождения от наказания. В связи с этим при осуждении виновного действуют правила давности на момент совершения преступления (RGSt 12, 434; Maiwald, GA 1970, 33, 38; s. auch Pieroth /Kingreen, NJW 1993, 385).

10 В соответствии с господствующей позицией последующее продление сроков давности допустимо, поскольку в данном случае речь идет об **обстоятельстве, препятствующем проведению процесса**, т.е. о положении **формального** права, на которое не распространяется запрет обратной силы закона (аналогично и в отношении компетентности судов, защиты и т.д.). При последующем продлении сроков давности действует право на момент осуждения лица (BVerfGE 25, 269; RGSt 76, 159). Данная позиция представляется более целесообразной, поскольку институт давности в значительной степени оправдывает себя быстротечным характером доказательств. Никто не может положиться на сохранение этого процессуального основания. Вместе с тем нельзя признавать право на последующее действие прежнего срока давности.

V. Международные аспекты

1. Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция)

11 Влияние международного права на уровне Совета Европы сказывается при применении Европейской конвенции, которая предоставляет возможность обратиться в Европейский суд по правам человека в Страсбурге (dazu Böse, ZRP 2001, 402; Eisele, JA 2000, 424; Kühl, ZStW 100 (1988), 406, 601; Meyer-Ladewig /Petzold, NJW 1999, 1165; Schweitzer, Rn 714ff). После того, как на национальном уровне исчерпаны правовые средства защиты, возможно обратиться в Европейский суд по правам человека в соответствии со ст.34ff Европейской конвенции и воспользоваться следующими правами:

- запрет на производство пыток (ст. 3 Европейской конвенции; EGMR NJW 2001, 2694);
- право задержанного на незамедлительную судебную проверку на назначение такой меры принуждения, как заключение под стражу (ст. 5 III Европейской конвенции; EGMR NJW 2001, 51);
- принцип осуществления справедливого процесса, в частности, возложенный на прокуратуру запрет собирать в ограниченном объеме оправдывающие доказательства (ст. 6 I Европейской конвенции; EGMR StraFo 2002, 51);
- право на незамедлительное сообщение об инкриминируемом деянии и об основании обвинения (ст. 6 IIIa Европейской конвенции; Frister, StV 1998, 159);
- право на безвозмездное предоставление услуг переводчика (ст. 6 IIIe Европейской конвенции; EGMR EuGRZ 1979, 34; BGHSt 46, 178, 184);
- право на предоставление защитника (ст. 6 IIIc Европейской конвенции);
- право задавать вопросы свидетелю со стороны обвинения (ст. 6 IIId Европейской конвенции; BGHSt 46, 93; Beulke, Rieß-FS, S.6).

С одной стороны, приговоры дают право на возмещение вреда (ст. 41 Европейской конвенции). С другой – решения Европейского суда по правам человека, которые обнаружили в приговоре немецкого суда нарушение Европейской конвенции, предоставляют возможность возобновить процесс согласно § 359 № 6 УПК в пользу осужденного при условии, что приговор основывается на нарушении. От этого не-

обходимо отличать следующий момент: насколько немецкие суды при вынесении приговоров связаны с решениями Европейского суда по правам человека (LG Mainz NJW 1999, 1271; Kühne, Rn 40ff).

2. Право Европейского союза

a Самостоятельным источником уголовно-процессуального права является также наднациональное право Европейского сообщества. Хотя оно не обладает никакой компетенцией на введение правовых норм в данную сферу, но право Европейского союза в результате непосредственного применения и преимущественного действия может оказывать влияние на толкование и применение национального права, т.н. толкование немецкого уголовно-процессуального права в соответствии с положениями Европейской конвенции (BGHSt 46, 93, 97; LR-Rieß, Einl. Abschn. B Rn 36; vert. Jokisch, J., Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren, 2000; Satzger, S. 655ff; Schröder, Ch., Europäische Richtlinien und deutsches Strafrecht, 2002). В частности, учитывается запрет на использование доказательств, полученных с нарушением права Европейского союза (EuGHE 1998, I-3711-Rs. C-226/97 (Fall Lemmens) м. Anm. Gärditz, wistra 1999, 293; Gleß, NStZ 1999, 142; Kühne, JZ 1998, 1070 u. Satzger, StV 1999, 132 – für eine «Beweiswürdigungslösung» hingegen BGHSt 46, 93, 103). Амстердамским договором в основополагающий договор Евросоюза были введены общие положения, регулирующие борьбу с преступностью (ст. 31, 35 договора Евросоюза). Также составной частью права Евросоюза являются Шенгенское соглашение и положение о европейской полиции с местом нахождения в Гааге, ЕВРОПОЛ (ст. 30 договора Евросоюза) (ausf. Schwarze-Böse, Art. 30 EUV). Оно также содержит положения о транснациональном правиле, запрещающем привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании (ст. 54 соглашения о введении Шенгенского соглашения, ср. Rn 280), о международно доступных банках данных, которые используются в немецком уголовном процессе (vgl Rn 101; zur «europäischen Srafverfolgung» s. Gleß /Nelles, Neue Kriminalpolitik 3 /2001, 22; Dieckmann, NStZ 2001, 617; speziell zu EUROPOL Gleß, NStZ 2001, 623). В этой связи возникает необходимость в создании унифицированных европейских правил относительно собирания и использования доказательств (dazu Böse, ZStW 114 (2002), 148; Nelles, ZStW 109 (1997), 727). С точки зрения закона, издание которого желательно, предлагается создать единую европейскую прокуратуру для расследования преступлений, совершаемых против Евросоюза (dazu Perron, ZStW 112 (2000), 202). Комиссия Европейского сообщества внесла конкретные материально- и процессуально-правовые предложения в «соглашение по уголовно-правовой защите финансовых интересов Евросоюза и о создании европейской прокуратуры» от 11.12.2001, vgl KOM (2001), 715. Правда, сегодня у них мало шансов на реализацию. Сейчас в качестве зародыша европейской прокуратуры должна служить созданная организация «евроюстиция», которая в ближайшем будущем будет частично выполнять ее функции (Einzelheiten bei Diekmann, NStZ 2001, 617; Kintzi, DriZ 2002; 1; Schomburg, NJW 2002, 1629). Кроме того, в результате совместных усилий Совета Европы создана (наряду с «евроюстицией») единая судебная европейская сеть, которая должна упростить и ускорить путем установления личных контактов оказание юридической помощи в рамках Европы (näher Eisele, JA 2000, 896; Nehm, DRiZ 2000, 355; Schomburg, DRiZ 2000, 341). Также введение европейского постановления о заключении лица под стражу было решено при участии Совета Европы. Однако многие проблемные моменты, связанные с правовой защитой, стоят на пути уголовного преследования в рамках Европы (hierzu Gleß/Lüke, Jura 2000, 400).

В декабре 2000 г. была провозглашена «хартия основных прав Евросоюза», где также нашли свое закрепление права, связанные с осуществлением правосудия (abgedr. in NJ 2000, 472). Кроме того, необходимо указать на попытки создания т. н. Свода законов. Переработанная редакция законопроекта (так называемый Свод законов Флоренции или Свод законов 2000 г.) была представлена в сентябре 1999 г. в виде сообщения Европейскому парламенту. В нем есть положения, регулирующие процесс, в частности, создания и функционирования европейских органов осуществления уголовного преследования (vgl Delmas-Marty /Vervaele, The Implementation of the Corpus Juris in the Member States, 2000; Tiedemann, in: Kreuzer ua (Hrsg), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen 1997, S.133; krit. Weigend, StV 2001 63; s. Prittwitz, ZStW 113 (2001), 774). Ausf. Zum Ganzen: Europäisches Strafrecht 2000, Beilage zu Heft 1 /2001 des StV.

3. Международное право

На основании статутов ООН в Гааге, Нидерландах (ICTY; http:/www.un.org/icty) и Аруши, Танзании (ICTY; http:/www.ictr.org; abgedr. bei Schomburg /Lagodny, InteRn ationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3.A. 1998, Hauptteil VI), в 1993 – 1994 гг. были созданы международные уголовные суды для рассмотрения конкретных случаев, связанных с геноцидом, преступлениями против человечества, а также с военными преступлениями в бывшей Югославии и в Руанде (vgl Ambos, NStZ 1998, 123; Ambos /Ruegenberg, NStZ-RR 1998, 161; 1999, 193 und 2000, 193; Wäspi, NJW 2000, 2449). 17 июля 1998 г. был принят Римский статут о создании (первого) **постоянно действующего международного суда по уголовным делам** в Гааге (IStGH; http://www.un.org/icc). Суд рассматривает особо тяжкие преступления, имеющие международное значение, в частности, геноцид, преступления против человечества и военные преступления. Начиная со ст. 6 Римского статута, предусмотрены положения материально-правового характера применительно к данным составам преступлений (ausf. Triffterer (Hrsg.), Commentary on the Rome Statute of the InteRn ational Criminal Court, 1999). На нынешний день спорно: являются ли уже эти составы преступлений составной частью международного обычного права (dazu statt aller BGHSt 46, 292, 302; Werle, ZStW 109 (1997), 808, 813; ders., JZ 1999, 1176, 1183; Kimminich /Hobe, Einführung in das Völkerrecht, 7. A. 2000, S. 240). В отличие от трибуналов, специально создаваемых для рассмотрения конкретных случаев, международный суд по уголовным делам может действовать только дополнительно к национальной юрисдикции (принцип **комплементарности**). Международный суд по уголовным делам состоит из трех инстанций (инстанция предварительного расследования, расследования и обжалования) и независимой прокуратуры, которая вправе осуществлять самостоятельное расследование. Немецкие граждане могут обратиться в международный суд по уголовным делам, а также в иные международные суды (ст. 16 II 2 ОЗ, Baier, GA 2001, 411; zur Vertiefung Ambos, NJW 1998, 3743 u. 2001, 405; ders., ZStW 111 (1999), 175; Hermsdörfer, JR 2001, 6; Kreß, NStZ 2000, 617; Seidel /Stahn, Jura 1999, 14; Lagodny, ZStW 113 (2001), 800; weitere Hinweise – auch zum inzwischen in Kraft getretenen deutschen Völkerstrafgesetzbuch – bei Wessels /Beulke, AT Rn 79a). ФРГ ратифицировала статут постоянно действующего международного суда по уголовным делам в Гааге (vgl BGBl II 2000, S. 1393ff) и в настоящее время обсуждает закон о реализации Римского статута о международном суде по уголовным делам от 17 июля 1998 г. (BT-Drucks. 14 /8527 u. 8888). Статут вступает в силу 01.07.2002 г. после необходимой ратификации со стороны как минимум 60 государств. Ожидается, что международный суд по уголовным делам в Гааге сможет приступить к работе уже в 2003 г. **11b**

Следует также упомянуть Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., который, в частности, содержит категорический запрет на принуждение к самооговору, ст. 14 IIIg (abgedr. In LR-Gollwitzer, Einl. d. Erläuterungen zur EMRK (Bd. 6/2)).

12 **Решение задачи 1**. Если обвиняемый с очень большой вероятностью не доживет до завершения процесса, то в данном случае не представляется возможным достичь **цели процесса, осуществить требование наказания со стороны государства**. Поскольку уголовный процесс нельзя рассматривать как самоцель, то и не существует обстоятельств, исключающих ответственность, для дальнейшего развития процесса (so BerlVerfGH NJW 1993, 515, 517; JR 1994, 382, 386). Таким образом, установление общественных интересов (при определенных обстоятельствах также интересов подсудимого) является в данном случае незначительным. **Выяснение обстоятельств дела** служит обнаружению истины. Необходимость расследования тяжкого преступления как одна из основных задач правового государства (BVerfGE 77, 65, 77) существует независимо от предполагаемой продолжительности жизни подсудимого и как минимум до его смерти. До тех пор пока Н. живет, сущность и цели уголовного процесса не препятствуют проведению процесса ввиду тяжкого в отношении него обвинения. Не следует принимать во внимание иное решение Конституционного суда Берлина (s. nur Rozek, AöR 119 (1994), 450; zutreffend Meurer, JR 1993, 89; Schoreit, NJW 1993, 881; Wassermann, NJW 1993, 1567; abw. SK-Paeffgen, Anhang zu § 206a Rn 9; SK-Wolter, Vor § 151 Rn 211a). Независимо от этого возникает вопрос: допустимы ли были меры принуждения (как, например, заключение лица под стражу; dazu Rn 208ff) и возможно ли осуществлять процесс, если Н. был бы даже не способен участвовать в разбирательстве дела (Rn 277), или если проведение процесса непосредственно угрожало бы жизни или физической неприкосновенности обвиняемого (ablehnend dann BVerfG NJW 2002, 51). Подробно см. Rn 3ff.

13 **Решение задачи 2**. В данном случае нарушается положение § 136 I 2 УПК, поскольку из обязанности уведомления о праве проконсультироваться с защитником вытекает также обязанность сделать возможным первый контакт с ним. В особых случаях, как и в данной ситуации, эта обязанность включает в себя не только предоставление телефона и номера телефона, но также при наличии возможности оказание «первой помощи» для установления контакта. Данная ситуация показывает разлад между принципом эффективности уголовного судопроизводства и требованием правового государства на назначение наказания в соответствии с нормами права. Если бы в уголовном процессе акцент был бы сделан только на эффективность уголовного судопроизводства, то необходимо было бы использовать в процессе признание обвиняемым своей вины. Однако **нельзя любой ценой устанавливать истину** в уголовном процессе. Поэтому, исходя из § 136 I 2 УПК, **следует запрет на использование в процессе** данного признания (BGHSt 42, 15, 20; Beulke, NStZ 1996, 257; Fahl, 1996, 747; Herrmann, NStZ 1997, 209; Jung, JuS 1996, 1037; Kutschera, StraFo 2001, 262; Lesch 3/73; Egon Müller, StV 1996, 358; Roxin, JZ 1997, 343; Weigend, Jura 2002, 203; – abw., aber leider BGHSt 42, 170, 171; s. auch BGHSt 46, 93, 103; BGH NJW 2002, 975 u. 1279). Подробно см. Rn 5.

14 **Решение задачи 3**. В соответствии с правом, действующим на момент совершения преступления, в 1990 г. преступление было уже неподсудно за давностью, однако по праву, действующему на момент предъявления обвинения, согласно § 78 УК в отношении данного преступления срок давности уже не применяется. Позиция меньшинства усматривает в институте давности **материально-правовое основание освобождения от наказания** и согласно ст. 103 II ОЗ и §§ 1, 2 УК это должно зависеть от закона, который действовал на момент совершения преступления. В соответствии с этим А. не подлежит уголовному преследованию, т.е. ему нельзя предъявить обвинение в совершении тяжкого преступления.

В соответствии с господствующим мнением речь идет в отношении давности только о **формально-правовом** вопросе (истечение сроков давности как обстоятельство, препятствующее проведению процесса), и действует право на момент осуждения. Поскольку в 1990 г. в соответствии с изменением закона в отношении совершенных в 1945 г. убийств не применя-

ются сроки давности (присутствует процессуальное основание, так как в отношении данной категории преступлений сроки давности) более не действуют, то возможно предъявить обвинение. Подробно см. Rn 9f.

§ 2. Принципы процесса

Задача 4. Какие принципы значимы для уголовного процесса?

Задача 5. Во время супружеской ссоры политик А. при свидетелях ударил в шею ножом свою супругу Е., чтобы убить ее. Когда прибыла полиция, вызванная соседями, Е. уже была здорова, поскольку сама смогла позаботиться о ране. Чтобы предотвратить скандал, Е. просила полицию не вмешиваться в их семейную ссору. Может ли полиция удовлетворить ее просьбу?

Задача 6. В течение 1983 г. А. обманывал многих покупателей квартир. Потерпевшие заявили на него только в 1986 г. В 1987 г. А. впервые узнал, что против него состоится судебный процесс. В 1990 г. его первый раз допросили, а в 1994 г. предъявили обвинение. И только в 1999 г. началось судебное разбирательство. Несмотря на всю вину А., к концу 2001 г. вынесение приговора еще не ожидалось, суд сомневался, можно ли вообще продолжать процесс. Прав ли суд?

В этом параграфе будут рассматриваться принципы уголовного процесса, которые имеют уже столетнюю традицию и в своей совокупности гарантируют соблюдение основных положений правового государства в уголовном процессе, особенно при посягательстве на основные права и свободы граждан. Эти основные принципы уголовного процесса закреплены не только в УПК, но также, например, в законе о судоустройстве. Кроме того, некоторые из них непосредственно следуют из Основного закона (vert. Weigend, ZStW 113 (2001), 271). **15**

Выделяют также принципы уголовного процесса:

- принцип официальности расследования, § 152 I УПК;
- принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления, § 152 II УПК;
- принцип обвинения, § 151 УПК;
- принцип расследования, § 244 II УПК;
- принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда, § 261 УПК;
- принцип устности судебного разбирательства, § 261 УПК;
- принцип непосредственности, §§ 226, 250, 261 УПК;
- презумция невиновности и принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» («in dubio pro reo»), § 261 УПК, ст. 6 II Европейской конвенции;
- требование ускоренного судопроизводства, ст. 20 III ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции;
- принцип гласности, § 169 S. 1 закона о судоустройстве, ст. 6 I 1, 2 Европейской конвенции;
- принцип справедливого уголовного процесса, ст. 20 III ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции;
- принцип законного судьи, ст. 101 ОЗ;
- принцип судебного слушания, ст. 103 I ОЗ.

I. Принцип официальности расследования, § 152 I УПК

16 1. Согласно § 152 I УПК **прокуратура обязана предъявлять государственное обвинение в уголовном процессе**. Возбуждение и дальнейшее развитие уголовного процесса – это обязанность государства, а не отдельных граждан (например, потерпевших). Уголовное преследование как реализация материального (исходящего от государства) уголовного права должно осуществляться официально, т.е. **государство обладает монополией на расследование уголовных дел** (ex officio).

Принцип официальности расследования (иногда его называют **принципом осуществления уголовного преследования по долгу службы**) в уголовном процессе фундаментально отличается от гражданско-процессуального права, где возбуждение и дальнейшее развитие процесса находится в руках самих граждан (**принцип диспозитивности**). Этот принцип также отличается от ранних положений уголовно-процессуального права, как, например, римского права, которое было знакомо с исками, предъявляемыми любыми лицами, или германского права, где потерпевший или его род должны были сами осуществлять уголовное преследование.

2. **Исключение из принципа официальности расследования** закреплено в § 374 УПК применительно к т. н. **уголовным делам частного обвинения**. В делах частного обвинения (например, при нарушении неприкосновенности жилища, оскорблении) потерпевший сам в роли обвинителя может осуществлять уголовное преследование без предшествующего обращения в прокуратуру. Причина этого заключается в том, что преступления, преследуемые по частному обвинению, менее серьезны в сравнении с другими, а также они только в незначительной мере затрагивают публичный интерес. Согласно § 385 УПК потерпевший приобретает в определенной мере полномочия прокурора. Однако прокуратура в соответствии с § 376 УПК может предъявить государственное обвинение, если это представляет публичный интерес. Прокуратура также имеет возможность в любое время вплоть до вступления приговора в законную силу взять в свои руки осуществление уголовного преследования, § 377 II 1 УПК.

3. В уголовно-процессуальном праве существует не только исключение, но и несколько **ограничений** принципа официальности расследования. Это т. н. **дела, возбуждаемые по жалобе потерпевшего** (например, § 123 II УК), и **дела, для возбуждения которых необходимо получить специальное полномочие** (например, § 90 IV УК)[1].

а) При т. н. **«абсолютных» делах, возбуждаемых по жалобе потерпевшего** (§§ 77ff УК), органы, осуществляющие уголовное преследование, могут проводить расследование и без наличия жалобы со стороны потерпевшего (это вытекает из § 127 III УПК). Однако для осуждения лица необходимо наличие действенной жалобы потерпевшего. Если все-таки жалоба со стороны потерпевшего отсутствует, то необходимо прекратить процесс из-за отсутствия процессуального основания для дальнейшего развития процесса.

б) От «абсолютных» дел, возбуждаемых по жалобе потерпевшего, необходимо отличать т. н. **относительные преступления, возбуждаемые по жалобе потерпевшего**, т.е. такие дела, по которым органы уголовного преследования, несмотря на отсутствие жалобы потерпевшего, могут при наличии особо публичных интересов в уголовном преследовании взять на себя обязанность по расследованию (ср., например, § 230 I УК). В рассматриваемых преступлениях отсутствие жалобы со стороны потерпевшего ведет не к прекращению уголовного процесса, а к тому, что компетентная прокуратура только проверяет наличие особо публичного интереса в уголовном

[1] Относится ли конкретное преступление к двум рассматриваемым видам правонарушений, это непосредственно закреплено в конкретном параграфе УК.

деле. Если все-таки предъявляется обвинение, то это подтверждает наличие особого необходимого интереса (см. также Rn 283).

в) Кроме того, следует учитывать также **дела, для возбуждения которых необходимо получить специальное полномочие со стороны потерпевшего**. В этом случае уголовное преследование зависит от предоставления полномочия определенного лица на производство расследования, например, при оскорблении федерального президента уголовное преследование будет осуществляться только в случае получения от него специального согласия на расследование (§ 90 IV УК).

II. Принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение, §§ 152 II, 170 I УПК

17

1. Закрепленный в §§ 152 II, 170 I УПК принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения обязывает прокуратуру при наличии начального подозрения (понятие см. Rn 110, 311) начать осуществлять расследование уголовного дела, и при подтверждении подозрения прокуратура должна предъявить обвинение. Поэтому говорят об **обязанности уголовного преследования**. Поскольку полиция задействована в производстве расследования (§ 163 УПК), то она также должна соблюдать данный принцип.

Рассматриваемый принцип представляет собой последствие и промежуточную, но необходимую корреляцию названной выше монополии государства на расследование уголовных дел. Поскольку только государство обязано реализовывать материальное уголовное право, то оно должно принимать одни и те же меры в отношении любого подозреваемого независимо от его конкретной личности и положения. Этого требует также принцип равенства всех перед законом, закрепленный в ст. 3 I ОЗ.

2. В **противоположность** этому принципу существует так называемый **принцип целесообразности**. В соответствии с принципом целесообразности органы уголовного преследования свободны в принятии решения относительно того, надо ли осуществлять расследование или можно отказаться от уголовного преследования. В немецком уголовном процессе данный принцип предусмотрен в основном только в качестве исключения. Органы, осуществляющие уголовное преследование, могут прекратить процесс, несмотря на наличие достаточного подозрения, необходимого для предъявления обвинения только по основаниям целесообразности (подробно см. Rn 333 und LR-Beulke, § 152 Rn 8).

III. Принцип обвинения, § 151 УПК

18

Судебное разбирательство может быть начато только на основе **предъявленного государственного обвинения** (§ 151 УПК). Для этих целей существует независимый от суда орган – прокуратура (§ 152 УПК), которая должна сначала расследовать фактические обстоятельства дела (§ 160 I УПК). Если при производстве расследования собраны достаточные доказательства, то необходимо по закону предъявить государственное обвинение. Затем прокуратура передает обвинительное заключение в компетентный суд (§ 170 I УПК) либо заявляет в суд ходатайство о вынесении решения суда о наказании без судебного разбирательства (§ 407 I 1 УПК).

Из обвинительного принципа вытекает то, что суд расследует только тот состав деяния, который был отражен прокуратурой в обвинительном заключении. Компетенция суда по расследованию и вынесению приговора распространяется только на те деяния, которые зафиксированы в обвинительном заключении (ср. §§ 151, 155 УПК). При вынесении приговора деятельность суда распространяется только на преступления, указанные в обвинительном заключении, а также на полученные результаты во время судебного разбирательства, т. н. понятие преступного деяния в процессуальном смысле (ср. Rn 20).

Противоположностью принципа обвинения является **инквизиционный принцип**, для которого было характерно совмещение одним лицом функции дознавателя, обвинителя и судьи и действие которого наложило в течение ста лет отпечаток на немецкий уголовный процесс. Этот тип мышления и сегодня представляет опасность, которая заключается в том, что судья, осуществляющий судебное расследование, может быть предвзятым при вынесении окончательного решения. Это было особенно неприятно, когда государственные инстанции (король, князья и т.д.) оказывали воздействие на ход уголовного процесса и судья выступал в роли «длинной руки» правящей власти. Поручение осуществлять расследование уголовного дела двум независимым друг от друга инстанциям: прокуратуре как органу государственного обвинения и суду для вынесения окончательного решения, – это одно из наиболее важных достижений либерального уголовного процесса, который мог осуществляться в Германии с 1848 г. по французскому прообразу.

19 Точное определение процессуального материала, вменяемого обвиняемому, следует из **обвинительного заключения**, в котором должны быть четко обозначены обвиняемый, преступные деяния, которые вменяются в вину обвиняемому, место и время совершения преступления, законные и необходимые признаки состава деяния и применяемые конкретные нормы уголовного права (т. н. **обвинительный документ**, ср. § 200 I 1 УПК).

20 Если в ходе судебного разбирательства обнаружены другие преступления подсудимого, которые не были известны предварительному расследованию, то возникает вопрос: может ли суд, **ссылаясь** на § 265 I УПК, оценивать также и обнаруженные новые преступления подсудимого, или необходимо в соответствии с § 266 I УПК предъявлять **дополнительное обвинение**. То есть будут ли новые обнаруженные преступления **уголовными деяниями в процессуальном смысле § 264 I УПК, отраженными в обвинительном заключении**. Если возникла такая ситуация, то можно присоединить «новые» обнаруженные уголовно наказуемые деяния подсудимого к обвинительному заключению. При толковании понятия преступления в процессуальном смысле речь идет о **центральном понятии** в уголовно-процессуальном праве, которое необходимо отличать от понятия преступного деяния в материально-правовом учении о конкуренции (§§ 52, 53 УК).

Под **«преступлением в процессуальном смысле»** следует понимать не отдельные материально-правовые составы деяния, а **«общее поведение обвиняемого, которое образует единый процесс с зафиксированными органами уголовного преследования (в обвинительном заключении) событиями, произошедшими в его жизни»** (BGHSt 45, 211, 212; подробно см. Rn 512ff).

IV. Принцип расследования, в частности, § 244 II УПК

21 Под принципом расследования нужно понимать обязанность органов, осуществляющих уголовное преследование, исследовать по долгу службы все обстоятельства дела и расследовать преступление (§§ 155 II, 160 II, 244 II УПК). Поэтому иногда также говорят о **принципе дознания**.

Иногда его также называют розыскным принципом. Однако это выражение нельзя понимать как полное единство дознавателя и судьи в процессе (см. III). Принцип расследования выражает только то, что сначала полиция и прокуратура должны выяснить все обстоятельства дела, а после направления дела в суд (с направлением обвинительного заключения) последний должен расследовать все в полном объеме.

Противоположностью принципа расследования является действующий по общему правилу в гражданском процессе **принцип состязательности**, в котором каждая сторона самостоятельно решает, какие факты необходимо представить суду для принятия решения и какие обстоятельства дела необходимо доказать в суде (**принцип формальной истины**). В уголовном процессе необходимо установить действительно то, что было на самом деле (**принцип материальной истины**). В соответствии с этим суд не может быть связан, например, ложным признанием подсудимого. В частности, сбор доказательств, смягчающих вину подсудимого, не зависит от ходатайств с его стороны о предоставлении доказательств.

V. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда, § 261 УПК

1. Суд на основании **своего внутреннего, свободного убеждения**, сложившегося в результате рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности, принимает решение о результатах исследования доказательств, § 261 УПК. **22**

В принципе судья не связан никакими положениями относительно оснований, по которым он должен считать тот или иной факт доказанным или нет. Подобный отход от правил доказывания, который действует и для постановки вопросов из других отраслей права (ср. § 262 УПК), является важным историческим достижением.

2. **В виде исключения** уголовное право содержит также и **правила доказывания**: в частности, существенное нарушение формальностей, предписанных для судебного разбирательства, можно доказать, только представив протокол заседания (§ 274 УПК). Другое правило доказывания закреплено в § 190 УК.

В отношении специально закрепленных в нормах закона правил доказывания существуют ограничения оценки доказательств по внутреннему, свободному убеждению суда. Эти ограничения следуют только из интерпретации других процессуальных норм, в частности, из разработанных судебной практикой и наукой группы **запретов на использование доказательств в процессе** (Rn 454ff; wie hier auch Arzt, Peters-FS, 1974, S. 231).

Для практической деятельности очень значимым является следующее ограничение принципа свободной оценки доказательств: осуществление определенных прав нельзя привести к тому, чтобы из способа и вида реализации этих прав вытекали невыгодные последствия для подсудимого.

Решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 34, 324, 326: если обвиняемый воспользовался своим правом отказа от дачи показаний, то это нельзя рассматривать как обстоятельство, свидетельствующее о его виновности. **Решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 41, 153, 154**: даже если утверждение о наличии алиби на момент совершения преступления ложно, то это является допустимым способом защиты. Таким образом, неподтверждение алиби не будет само по себе доказательством виновности подсудимого в совершении преступления.

VI. Принцип устности судебного разбирательства, § 261 УПК

23 Суд принимает решение о силе тех или иных доказательств по своему внутреннему убеждению и основывается лишь на тех фактах, которые были установлены в ходе устного судебного разбирательства (§ 261 УПК). Принцип **устности судебного разбирательства** означает, что все материалы дела, необходимые для процесса, должны быть полностью заслушаны. Приговор должен основываться только на тех фактах и доказательствах, которые были представлены в зале судебного разбирательства и услышаны судом, подсудимым, его защитником, обвинителем и другими слушателями. Вместе с тем основные наработки, сделанные на досудебной стадии, должны быть введены в открытый уголовный процесс правового государства. Публичность и устность обеспечивают лучшее осознание и понимание подсудимым совершенного им уголовно наказуемого деяния, а также эффективный контроль уголовной юстиции, – все это относится к наиболее важным преимуществам данного положения. Еще необходимо учитывать принцип устности судебного разбирательства при использовании такого вида доказательств, как **документы**. В соответствии с § 249 I УПК установлено правило для документов и других необходимых для вынесения приговора письменных бумаг: в судебном разбирательстве их следует зачитывать вслух (однако существуют исключения из этого правила §§ 249 II, 257a, 420 УПК; krit. Krahl, GA 1998, 329).

VII. Принцип непосредственности, в частности, §§ 226, 250, 261 УПК

24 В соответствии с **принципом непосредственности**, который действует только в рамках **судебного разбирательства**, суд обязан по возможности непосредственно воспринять обстоятельства уголовного дела (ср. § 261 УПК). Во-первых, судебное разбирательство происходит при **постоянном присутствии** лиц, призванных выносить приговор, § 226 УПК. Во-вторых, если судья отсутствует во время судебного разбирательства, то необходимо все судебное разбирательство начать сначала. Поэтому в больших процессах существуют т. н. **дополнительные судьи** (§ 192 II закона о судоустройстве).

При реконструкции события преступления суд в начале должен использовать **прямые доказательства**. Поэтому большое значение имеет допрос свидетелей. Из числа свидетелей нужно прежде всего выбирать таких, которые непосредственно присутствовали на месте совершения преступления. Не совсем подходящим является свидетель, который может сообщить только то, что ему рассказало другое лицо (косвенный свидетель или **«свидетель понаслышке»**). Однако показания такого свидетеля служат непосредственным доказательством, если он сам сообщает о том, что слышал. Если существуют в неограниченном объеме прямые и косвенные свидетельские показания, то принцип непосредственности требует использования прямых, непосредственных свидетельских показаний. В немецком уголовном процессе этот принцип действует с небольшими ограничениями, и суд вправе сделать выбор между более «близкими» или «отдаленными» свидетелями или «свидетелями понаслышке», если не нарушается обязанность давать разъяснения (§ 244 II УПК). Подробно см. Rn 422.

Более последовательно данный принцип осуществляется применительно к **личным доказательствам** (например, допрос свидетелей), чем к **письменным до-**

казательствам (чтение вслух прежнего допроса свидетеля): если доказательство касается факта восприятия чего-либо лицом, то в судебном разбирательстве требуется провести допрос такого лица. Допрос не может быть заменен оглашением протокола о ранее проведенном допросе или письменном объяснении (§ 250 УПК). Однако из этого принципа существует много исключений (§§ 251ff УПК, Rn 410ff).

VIII. Презумпция невиновности и принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» («in dubio pro reo»)

Принцип «**сомнения толкуются в пользу обвиняемого**» имеет два значения: только виновное лицо подлежит наказанию (принцип ответственности только при наличии вины), и, кроме того, вина подсудимого должна быть доказана в процессе в соответствии с нормами права (принцип правового государства, ст. 20 III ОЗ). Принцип обладает как материально-правовым, так и процессуальным характером. В большинстве случаев в качестве правового основания отсылают к ст. 6 II Европейской конвенции, упоминающей о презумпции невиновности, а также к § 261 УПК, однако непосредственно данный принцип не упомянут в этих положениях (vertiefend Stuckenberg, C.-F., Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998; (zu ihm Schulz, GA 2001, 226); ders., ZStW 111 (1999), 422; Zopfs, J., Der Grundsatz «in dubio pro reo», 1999; Eisenberg, Rn 116). При осуждении подсудимого суд должен быть в соответствии с § 261 УПК **убежден** в его виновности. При наличии сомнений необходимо оправдать лицо. Подсудимого оправдывают только тогда, когда фактически у суда были определенные сомнения в его виновности. Сомнения относятся также к значимым обстоятельствам для назначения меры наказания (BGH StV 2000, 556). **25**

Достаточно проблематично применение принципа «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» к **вопросам вины и наказания**.

Он применим к **процессуальным основаниям** (dazu u. Rn 273ff). Если, к примеру, не ясно время совершения преступления, то возникает сомнение в пользу обвиняемого в отношении преступления: неподсудно ли оно за давностью (BGHSt 18, 274, 277; BGH NJW 1995, 1297). Аналогичным образом толкуется сомнение к вопросу о нахождении дела в ином судопроизводстве, об осуществлении уголовного преследования (BGHSt 46, 349, 352 u. Rn 279f) и к вопросу о наличии жалобы потерпевшего с целью возбуждения уголовного дела в соответствии с §§ 77ff УК (dazu u. Rn 283; vert. Stuckenberg, JA 2000, 568).

Однако согласно господствующему мнению при **прочих процессуальных ошибках** данный принцип сомнения не находит своего применения (BGHSt 16, 164, 166; s. auch u. Rn 117, 143, 180).

IX. Требование ускоренного судопроизводства, ст. 20 III ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции

1. Требование производства ускоренного процесса следует из ст. 2 II 2 ОЗ с учетом принципа правового государства, ст. 20 III ОЗ (BVerfG NJW 2001, 2707). Требование соблюдения принципов правового государства содействует тому, чтобы обвиняемый в **26**

течение соразмерного срока узнал, в чем он обвиняется. Подсудимый также **«в течение соразмерного срока»** должен предстать перед судом, который будет рассматривать его уголовное дело (ст. 6 I 1 Европейской конвенции). В случаях принятия решения о заключении обвиняемого под стражу принцип ускорения процесса требует как можно более быстрого получения судебного решения на производство данной меры пресечения (BVerfG NJW 2002, 207; OLG Zweibrücken StV 2002, 152). Общий соразмерный срок для хода процесса начинается с момента, когда обвиняемый узнал, что в отношении него осуществляется расследование, и заканчивается вступлением в законную силу решения суда (BGH, NStZ-RR 2001, 294; zur Rechtsprechung des EGMR im einzelnen Kühne, StV 2001, 529, sowie EGMR StV 2001, 489 (Fall Metzger) m. Anm. Imme Roxin; Ress, Müller-Dietz-FS, S. 627).

Согласно сегодняшней судебной практике **чрезмерно длинный срок проведения процесса** не является обстоятельством, препятствующим проведению процесса. Таким образом, если процесс осуществляется в течение длительного несоразмерного времени, то его нельзя прекратить в соответствии с § 260 III УПК. Согласно господствующему мнению, по общему правилу в большинстве случаев при чрезмерно длинном сроке проведения процесса речь идет только об обстоятельстве, которое следует учитывать при **назначении меры наказания** в качестве смягчающего (BGHSt 35, 137, 141; BGH StV 2000, 206; BGH NJW 2000, 748 m. Anm. Maiwald, NStZ 2000, 389; Schäfer, Strafzumessung, Rn 327). Однако недавние решения судов свидетельствуют об иной судебной позиции: бывают ситуации, в которых согласно с требованиями правового государства возможно не признать необходимость в осуществлении уголовного преследования вследствие особо серьезного масштаба промедления процесса и связанных с этим тягот обвиняемого. Дальнейшее развитие процесса происходило бы не в соответствии с требованиями правового государства (BVerfG NStZ 1984, 128; BVerfG StV 1993, 352; BGHSt 46, 159, 171f; dazu Kempf, StV 2001, 134; BGH StV 1999, 181; s. auch Hillenkamp, JR 1975, 133; ders., NJW 1989, 2841; Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Rechtspflege, 3.A. 2000, S. 232). В особых случаях возможно прекратить процесс согласно § 153 II УПК (BGHSt 46, 159, 169 м. Anm. Ostendorf/Radke, JZ 2001, 1091; BGH NStZ 1996, 506; OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 52; so bereits das LG Aachen im Contergan-Beschluß, JZ 1971, 507), или согласно § 153a II УПК (LG Frankfurt NJW 1997, 1994), или согласно § 206a I УПК (OLG Stuttgart JR 1994, 81 m. krit. Anm. Meurer; OLG Düsseldorf StV 1995, 400). Следует учитывать в качестве смягчающего обстоятельства промедление при процедуре принятия предварительного решения Европейским судом (BGH wistra 1998, 344 м. Anm. Satzger, 1999, 367; ders., S.666ff; zur gesamten Problematik Scheffler, U., Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991).

2. В судебном разбирательстве **принцип ускорения процесса воплощается в принципе, согласно которому судебное разбирательство, желательно, должно быть разрешено в течение одного судебного заседания**. Требуется единство судебного разбирательства. Однако существуют возможности перерыва судебного разбирательства (§§ 228 I 1 Alt.2, 229 I УПК); при длительных промедлениях допустимо **приостановление** судебного производства (§§ 228 I 1 Alt.1, 229 IV УПК). В последнем случае необходимо сначала проводить судебное разбирательство в полном объеме (см. также Rn 381).

X. Принцип гласности, § 169 S. 1 закона о судоустройстве, ст. 6 I 1, 2 Европейской конвенции

Принцип гласности означает, что любой желающий может присутствовать на ус- 27
тном судебном разбирательстве. Открытое судебное разбирательство позволяет осуществлять контроль за процессом.

Однако в определенных случаях (в целях защиты частной жизни, обеспечения безопасности государства, нравственности, защиты интимной сферы свидетелей или из других подобных оснований) этот принцип действует ограниченно (подробно см. §§ 169 S.2, 170ff закона о судоустройстве и Rn 376ff).

XI. Принцип справедливого уголовного процесса, ст. 20 III ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции

Все чаще судебная практика для обоснования прав и обязанностей участников уго- 28
ловного процесса непосредственно обращается к принципу справедливого уголовного процесса, т.е. требуют провести корректный и справедливый процесс. Этот принцип можно понимать как одно из последствий принципа правового государства (ср. BGHSt 32, 345, 350; BGHSt 37, 10, 13); для его обоснования возможно сослаться на общую картину, которая получается из анализа ст. ст. 1 I, 2 II 2, 20 III, 101 I 2, 103 I ОЗ, ст. 6 I 1 Европейской конвенции (BVerfG NJW 2001, 2245; vert. Geppert, Jura 1992, 597; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 100ff).

До нынешнего дня полностью открытым остается вопрос о сфере применения данного принципа процесса, в частности: в каких случаях он должен предписывать определенное процессуальное поведение и какие процессуальные последствия должны возникать в конкретной ситуации. Верховный суд ФРГ с полным основанием предостерегает о том, что в результате широкого применения нечетко определенных конституционных принципов ослабляется связь с позитивным правом и тем самым осуществляется содействие небезопасному применению права (BGHSt 40, 211, 217f). Поэтому нарушение данного принципа **не обосновывает**, во всяком случае по общему правилу, наличие **обстоятельства, препятствующего проведению процесса** (BGHSt 42, 191, 193; dazu Beulke /Satzger, JuS 1997, 1074).

В качестве примера можно привести отдельно взятые решения, в которых из принципа справедливого уголовного процесса вытекают конкретные юридические последствия (vert. Rzepka, D., Zur FaiRn ess im deutschen Strafverfahren, 2000; Bottke, Müller-Dietz-FS, S.73):

Решения Конституционного суда ФРГ – BVerfGE 39, 238, 243 и BVerfG, StV 2001, 601: предоставляют обвиняемому в уголовном процессе право на доверительные отношения с его защитником; **решение Европейского суда по правам человека – EGMR NJW 2002, 499; решение Конституционного суда ФРГ – BVerfG NStZ 1995, 555; решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 38, 214, 220**: право обвиняемого на отказ от дачи показаний; **решение Конституционного суда ФРГ – BVerfG NStZ 1997, 94**: право подсудимого эффективно заявлять ходатайства о предоставлении доказательств при установлении обстоятельств дела. **Решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 45,321, 335 (im Anschluß an EGMR StV 1999, 127 (Fall Texeira de Castro))**: если лицо, которое сотрудничает на конфиденциальной основе с полицией, провоцирует к совершению преступления неподозреваемого или лицо, которое сначала не собиралось совершать преступление, то в данном случае нарушается принцип справедливого уголовного

процесса. Значит, эти последствия необходимо компенсировать используя установления правовых последствий. **Решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 47, 44, 47**: аналогичное действие возникает и в случае, когда подозреваемый от совершения преступления небольшой тяжести провоцируется на совершение тяжкого или особо тяжкого преступления. **Решение Верховного суда ФРГ – BGHSt 46, 93, 100**: существует необходимость уже на стадии дознания назначить обвиняемому, у которого нет своего защитника, обязательного защитника, чтобы он смог во время допроса у судьи задавать вопросы свидетелю со стороны обвинения. **Решение Конституционного суда ФРГ – BVerfG NJW 2001, 224**: право обвиняемого облегчить суду доступ к доказательствам (s. auch EGMR StraFo 2002, 51 u. BGH StV 2001, 4).

XII. Принцип законного судьи, ст. 101 ОЗ

29 **Чрезвычайные суды** не допустимы. Никто не может быть лишен законного судьи. Суды с различной компетенцией могут быть установлены только на основании закона (ст. 101 ОЗ). **Принцип законного судьи** требует учета общих и объективных положений, относящихся к компетенции судов по уголовным делам (BVerfGE 95, 322, 327). Должно быть изначально установлено право суда на вынесение обвинительного приговора, чтобы исключить возможные манипуляции в данной сфере (vert. Sowada, S. 136). Соответственно уголовно-процессуальный кодекс и закон о судоустройстве определяет **предметную, территориальную и функциональную** подсудность уголовных дел (подробно см. Rn 34ff).

XIII. Принцип судебного слушания, ст. 103 I ОЗ

30 Каждый имеет **право на судебное слушание** (ст. 103 I ОЗ). Содержание данного права заключается в том, что заинтересованному лицу необходимо предоставить возможность высказаться в суде по поводу предъявленного обвинения (иска), заявлять ходатайства и давать показания. Суд, в свою очередь, должен все это принимать во внимание и оценивать (BVerfGE 6, 19, 20; 64, 135, 144; BVerfG NJW 1996, 3202). Принцип судебного слушания нашел свое закрепление в ряде положений УПК, в частности, предоставление подсудимому последнего слова, § 258 II УПК (иные случаи, например: §§ 33, 33a, 115, 115a, 136, 163a I, 201, 243 IV, 257, 265 УПК).

31 **Решение задачи 4.** Ответ можно найти, обратившись к Rn 15.

32 **Решение задачи 5.** Осуществление предварительного расследования в отношении A. не зависит от желания его супруги E. Полиция обязана передать ее пожелания компетентной прокуратуре (§ 163 УПК). В данном случае действует **принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления**, и поэтому необходимо расследовать преступление (покушение на убийство при отягчающих обстоятельствах/убийство) (§ 152 II УПК) (подробно см. Rn 17).

33 **Решение задачи 6.** A. уже в течение 12 лет (1987 – 1999 гг.) знает о существующем в отношении него уголовном деле. Учитывая то обстоятельство, что суд так или иначе отрицает наличие тяжкого обвинения, в данном случае возникает сенсационное нарушение требования ускоренного судопроизводства (ст. 20 III ОЗ). Согласно судебной практике чрезмерно длинный срок проведения процесса следует в принципе учитывать только в рамках **назначения меры**

наказания. Только в виде исключения, исходя из принципов правового государства, недопустимо полностью продолжать далее процесс. В конкретном случае суд земли с полным основанием усмотрел это исключение и счел необходимым прекратить процесс. Верховный суд ФРГ (BGHSt 46, 159) согласился с решением суда земли. Zur prozessualen Umsetzung der Einstellung s. u. Rn 287, 290ff. Die Rechtsansicht des LG ist damit zutreffend (подробно см. Rn 26).

§ 3. Структура и компетенция суда

Задача 7. а) Кратко изобразите предметную подсудность уголовных дел

б) Кто разрешает вопросы обжалования приговора по уголовному делу?

Задача 8. А. обвиняется в совершении кражи со взломом (§§ 242, 243 I №1 УК). Прокуратура требует наказания в виде лишения свободы до двух лет и ходатайствует об этом у судьи по уголовным делам. Он соответственно рассматривает материалы уголовного дела и выносит постановление об открытии судебного разбирательства (§ 203 УПК). В ходе судебного разбирательства выясняется, что А. неоднократно уже был осужден за подобное преступление, и, по мнению судьи по уголовным делам, наказание должно составлять как минимум три года лишения свободы. Может ли судья назначить такой вид наказания или должен направить уголовное дело согласно § 270 I УПК в суд шеффенов?

Задача 9. Отделением по уголовным делам в составе трех профессиональных судей и двух шеффенов в отношении А. в стадии судебного разбирательства было принято постановление о заключении лица под стражу (§§ 112, 125 II УПК), с вынесением которого были несогласны двое профессиональных судей. После перерыва в рассмотрении дела в течение нескольких дней (§ 229 УПК) эти же профессиональные судьи стали настаивать на отмене постановления о заключении лица под стражу, поскольку, по крайней мере теперь, не существует более оснований для его вынесения (§ 120 УПК). Возможно ли это без участия шеффенов? Замечание: решение об отмене правомочно выносить отделение по уголовным делам (§ 126 УПК), которое принимает его абсолютным большинством голосов (§ 196 I закона о судоустройстве).

I. Принцип законного судьи

Согласно ст. 101 I 2 ОЗ никто не может быть лишен законного судьи. При этом под **«законным судьей»** в соответствии с законами и планами распределения дел в суде понимают суд вообще и заранее определенного судью. Статья 101 I 2 ОЗ гарантирует **конституционное право каждому** (BVerfGE 40, 356, 360f) на то, что государство заранее в уголовно-процессуальном праве и праве об организации судебной системы **абстрактно** закрепляет для каждого случая подсудность уголовных дел (см. также § 16 S.2 закона о судоустройстве). **34**

Немецкое право об организации судебной системы использует максимально различные критерии (например, характер правонарушения, предполагаемое наказание, значение уголовного дела), которые не всегда позволяют дать математически точный ответ относительно компетенции судов по уголовным делам. Поскольку возможны различные варианты, то возникают проблемы, когда ошибочную оценку **35**

со стороны органов уголовного преследования (в частности, прокуратуры как органа, предъявляющего обвинение) нужно квалифицировать как нарушение принципа законного судьи. В соответствии с устоявшимся господствующим мнением не будет нарушения ст. 101 I 2 ОЗ, если незаконное определение состава суда основывается на **простой процессуальной ошибке** (error in procedendo). Законного судьи можно лишиться только при **объективно произвольном** мероприятии, т.е. таком, которое полностью основывается на соображениях, не относящихся к предмету (BVerfGE 30, 165, 167; BVerfG NJW 2002, 814; BGHSt 43, 53, 55 м. insoweit abl. Anm. Renzikowski, JR 1999, 166; BGHSt 46, 238, 241; 47, 116, 119).

II. Виды подсудности уголовных дел

1. Предметная подсудность уголовных дел

36 Согласно предметной подсудности уголовных дел решается вопрос: **какой суд** (например, участковый суд, суд земли) полномочен рассматривать уголовное дело **по существу, в первой инстанции**. При наличии в суде несколько судей, которые могут в суде первой инстанции рассматривать дело, в соответствии с предметной подсудностью необходимо определить конкретный состав суда, учитывая **различную подсудность уголовных дел** (в частности, единоличный судья и суд шеффенов в участковом суде). Предметная подсудность уголовных дел должна, согласно § 6 УПК, проверяться по долгу службы на протяжении всего развития уголовного процесса. Однако в соответствии с § 269 УПК суд не может объявить дело неподсудным ему, потому что оно подсудно нижестоящему суду, при отсутствии любого относящегося к существу дела основания для компетенции вышестоящего суда (Willkürgrenze, s.o. Rn 35).

2. Территориальная подсудность

37 Сущность территориальной подсудности уголовных дел (§§ 7ff УПК) заключается в выборе из нескольких судов, полномочных рассматривать дело по существу, одного суда, в районе которого было совершено уголовно наказуемое деяние. Согласно § 16 УПК суд до открытия судебного разбирательства должен проверить свою территориальную подсудность. Позже он может объявить о неподсудности дела только по ходатайству подсудимого, который вправе это заявить лишь до начала своего допроса по существу дела в судебном разбирательстве.

3. Функциональная подсудность

38 Функциональная подсудность в законе не упоминается. При этом она охватывает все неразрешенные предметной и территориальной подсудностью проблемы с подсудностью уголовных дел. В частности:

- **компетентность суда второй инстанции** (BGHSt 25, 51, 53);
- распределение компетенции между различными составами суда с равными полномочиями, например, общее отделение по уголовным делам или судебная палата по рассмотрению дел в сфере экономической деятельности (KK-Pfeiffer, § 1 Rn 4-aA K /M-G, Vor § 1 Rn 4; besondere Zuständigkeit; s. dazu § 6a УПК);

– **распределение обязанностей внутри состава суда** (в частности, руководство судебным разбирательством осуществляет председательствующий в соответствии с § 238 I УПК);
– компетентность следственного судьи на стадии дознания (например, согласно § 125 УПК, на вынесение постановления о заключении лица под стражу).

III. Компетентность судов первой инстанции и состав суда

Предметная подсудность уголовных дел определяется законом о судоустройстве (§ 1 УПК). **39**

1. Участковый суд

Согласно § 24 I закона о судоустройстве участковый суд полномочен рассматривать дело по существу, **если:**

– **не обоснована** императивная компетенция суда присяжных или палаты Верховного суда земли, рассматривающего дела, связанные с преступлениями против охраны государства, или Верховного суда земли (№ 1), или
– **не следует** ожидать наказания в размере более **четырех** лет лишения свободы (№ 2), или
– прокуратура вследствие **особого значения** дела **не предъявит** государственное обвинение в суд земли (№ 3).

В участковом суде уголовные дела решаются единолично **профессиональным судьей** или **судом шеффенов**. Они рассматривают дело только по существу и действуют в качестве суда первой инстанции.

а) **Судья по уголовным делам** единолично разбирает дела, относящиеся к сфере преступлений небольшой тяжести, т.е. если уголовное дело вообще подсудно на основании § 24 I № 1-3 закона о судоустройстве участковому суду и если согласно § 25 данного закона речь идет **об уголовно наказуемых проступках**,

– преследование которых осуществляется в **порядке частного обвинения** (dazu § 374 УПК) или
– в отношении которых не ожидается наказание в размере **двух** и выше лет лишения свободы.

В конкретном случае возможно ошибиться в ожидаемом размере наказания. Тогда профессиональный судья вправе единолично рассматривать дела, по которым назначается наказание **до четырех** лет лишения свободы (§ 24 II закона о судоустройстве). **Только в этом случае** судья по уголовным делам компетентен единолично назначить более высокое наказание (до четырех лет лишения свободы). Если профессиональный судья единолично уже вынес постановление об открытии судебного разбирательства (см. Rn 2 и Rn 357), то дело уже не направляется в суд шеффенов вследствие раннего заблуждения относительно ожидаемого незначительного размера наказания (OLG Düsseldorf NStZ-RR, 2001, 222).

б) В соответствии с § 29 I закона о судоустройстве **суд шеффенов** рассматривает дело в составе одного профессионального судьи и двух общественных судей (шеффенов)[2]. **40**

[2] В качестве шеффенов выступают непрофессиональные судьи, т.н. судебные, народные заседатели.

С точки зрения закона оспаривается участие в уголовном процессе непрофессионалов (шеффенов) (Lilie, Rieß-FS, S. 303). В особенно больших уголовных делах, как правило, по ходатайству со стороны прокуратуры, может привлекаться еще один профессиональный судья, § 29 II закона о судоустройстве, – это т.н. **расширенный суд шеффенов**. Шеффены не принимают участия в вынесении решений за пределами судебного разбирательства (§ 30 II закона о судоустройстве).

Суд шеффенов рассматривает дела, относящиеся к сфере преступлений средней тяжести. При этом предметная подсудность уголовных дел суда шеффенов положительно в законе не закреплена, а определяется по **остаточному принципу** в соответствии с § 28 закона о судоустройстве. Это означает, что суд шеффенов компетентен рассматривать уголовное дело, если оно вообще подсудно участковому суду на основании § 24 I № 1-3 закона о судоустройстве (в частности, ожидаемый размер наказания не превышает четырех лет лишения свободы) **и если это не относится к компетенции** профессионального судьи, который единолично разбирает дело (§ 25 данного закона, в частности, при ожидаемом размере наказания свыше двух лет лишения свободы).

Если только изначально размер наказания не превышает двух лет лишения свободы, то предъявление обвинения в суд шеффенов является произвольным (см. Rn 35). Этот случай не имеет особого значения при новой редакции § 25 закона о судоустройстве (OLG Köln StV 1996, 298; OLG Düsseldorf NStZ 1996, 206; Lesch, 1 /60; str.).

Как правило, профессиональный судья при ожидаемом размере наказания до двух лет лишения свободы, а суд шеффенов при ожидаемом наказании от двух до четырех лет лишения свободы рассматривают уголовные дела в упрощенной форме.

2. Суд земли

41 а) В суде земли дела рассматривают **палаты по уголовным делам. В качестве суда первой инстанции** выступает **большая палата по уголовным делам**.

Большая палата по уголовным делам, согласно § 76 I 1 закона о судоустройстве, рассматривает дела в составе трех профессиональных судей и двух шеффенов. Шеффены не принимают участия в вынесении решений за пределами судебного разбирательства (§ 76 I 2 данного закона). Если уголовное дело неподсудно суду присяжных и с учетом объема и трудности дела участие третьего профессионального судьи не является необходимым, то большая палата по уголовным делам при вынесении постановления об открытии судебного разбирательства решает рассматривать вопросы в составе двух профессиональных судей и двух шеффенов (§ 76 II цитируемого выше закона). При решении вопроса об объеме и трудностях уголовного дела суд не обладает усмотрением, однако у него существует определенная свобода оценки действий. Решение в суде первой инстанции само по себе не подлежит обжалованию (BGHSt 44, 328, 331 м. Anm. Katholnigg, JR 1999, 304). Однако согласно действующим положениям это изменение традиционного состава большой палаты по уголовным делам существовало до 31.12.2002 г. (ср. ст. 15 II RpflEntlG).

42 б) Большой палате по уголовным делам подсудны следующие группы уголовных дел:
- все преступления, не входящие в компетенцию участкового суда и Верховного суда земли (§ 74 I 1 закона о судоустройстве), т.е. преступления, за которые ожидается наказание более четырех лет лишения свободы (§ 74 I 1 в сравнении с § 24 № 2 данного закона);
- все прочие преступления (в частности, уголовно наказуемые проступки), за которые ожидается наказание более четырех лет лишения свободы (§ 74 I 2 Alt.1 закона о судоустройстве);
- уголовно наказуемые проступки и преступления, по которым прокуратура в силу их особого значения предъявляет обвинение в суд земли (§ 74 I 2 Alt.2 данного закона).

Уголовное дело приобретает «особое значение», если оно по фактическим или правовым основаниям выделяется из массы среднестатистических преступлений (umfassend Sowada, S. 527ff). Оно может получить «особое значение» вследствие размера правонарушения, воздействия преступления, нарушенных интересов СМИ и общественности (BGHSt 44, 34, 36 (Greenpeace-Bahnsperre gegen Castortransporte)), а также из-за объема ожидаемого судебного следствия (OLG Hamburg NStZ 1995, 252.; aA OLG Saarbrücken wistra 2002, 118) или если необходимо быстрое расследование, проведенное Верховным судом ФРГ (vgl BGHSt 43, 53, 58 m. insoweit krit. Anm. Renzikowski, JR 1999, 168 u. BeRn smann, JZ 1998, 631). Однако недостаточно только оградить несовершеннолетнего потерпевшего от последующего допроса в суде второй инстанции по преступлению против половой неприкосновенности и половой свободы личности (BGHSt 47, 16, 19 спорно; в данном отношении существуют иные возможности защиты, в частности, посредством применения видеотехники (см. Rn 430ff)). Но непроизвольное ошибочное заблуждение относительно значения не является основанием для обжалования со стороны прокуратуры и суда (см. Rn 35).

в) От общей палаты следует отличать **особые палаты по уголовным делам**, которым подсудны определенные категории преступлений: 43

аа) прежде всего, речь идет о **суде присяжных**, которому подсудны перечисленные в § 74 II закона о судоустройстве тяжкие преступления (например, убийство, убийство при отягчающих обстоятельствах, причинение вреда здоровью, незаконное лишение свободы, изнасилование);

бб) в соответствии с § 74c закона о судоустройстве **судебной палате по рассмотрению дел в сфере экономической деятельности** подсудны преступления, совершенные в данной сфере. Этой судебной палате могут быть подсудны преступления, совершенные в нескольких соединенных территориях, где действуют суды земель (§ 74c III цитируемого выше закона);

вв) согласно § 74a закона о судоустройстве при судах земель, на территории которых находится местонахождение Верховного суда земли, действует **палата суда земли, рассматривающая дела, связанные с преступлениями против охраны государства**. Она действует на всей территории сферы действия Верховного суда земли.

3. Верховный суд земли

В Верховном суде земли (в Берлине – Высший суд Берлина) дела рассматриваются **судебными коллегиями**. Он в качестве суда первой инстанции проводит заседания с участием трех или пяти профессиональных судей (подробно см. § 122 II закона о судоустройстве). Верховные суды земель, действующие как суды первой инстанции (только те, на территории которых есть местонахождение соответствующих правительств земель), расследуют **преступления против охраны государства**, перечень которых закреплен в § 120 I закона о судоустройстве, а также иные уголовно совершенные деяния, предусмотренные § 120 II данного закона (например, убийства при отягчающих обстоятельствах, которые наносят ущерб целостности ФРГ, BGHSt 46, 238, 250f (Fall Eggesin) m. Bespr. Schroeder, JR 2001, 391 u. Welp, NStZ 2002, 1; BGH NJW 2000, 1583), если генеральный прокурор ФРГ вследствие особого значения дела осуществляет преследование. 44

Бавария – единственная земля Федерации, в которой в соответствии с § 9 вводного закона к закону о судоустройстве был создан **Высший суд земли** (Art.l BayGerOrgG, abgedr. in Ziegler /Tremel Nr296). Он наряду с преступлениями против охраны государства компетентен рассматривать все жалобы в порядке кассации в соответствии с федеральным правом (УПК, закон о судоустройстве, см. IV 2b), а также все жалобы на основании закона об ответственности за преступления в сфере экономической деятельности и закона об административных правонарушениях (Art.11 Abs.2 Nr1-3 BayAGGVG, Ziegler /Tremel Nr295).

4. Проблема изменения подсудности

45 Уже неоднократно отмечалось, что «законный судья» должен быть известен заранее для каждого возможного уголовного дела (ст. 101 I ОЗ), однако, с другой стороны, процессуальное право ФРГ предоставляет прокуратуре возможность выбора суда, перед которым она может предъявить обвинение только в ограниченном объеме. Речь идет о следующих случаях:

Согласно §§ 24 I № 3, 74 I 2 закона о судоустройстве прокуратура может предъявить государственное обвинение не в участковый, а в суд земли вследствие особого значения уголовного дела (большое отделение по уголовным делам) (см. Rn 42). Расследование по существу Верховным судом земли преступлений против охраны государства в смысле § 74a данного закона, а также иных тяжких преступлений зависит от того, перенял ли генеральный прокурор ФРГ осуществление уголовного преследования из-за «особого значения» уголовного дела (см. Rn 44).

Давно ведется спор: соответствует ли эта возможность выбора ст. ст. 101 I 2 ОЗ, § 16 S.2 закона о судоустройстве. Конституционный суд ФРГ (BVerfGE 9, 223, 226; 22, 254, 260) признал ее соответствующей Конституции (zur Kritik s. nur Herzog, StV 1993, 609; Eisenberg, NStZ 1996, 265; Hellmann, III § 1 Rn 12; Sowada, S. 590).

Для обоснования ссылаются на то, что:

- прокуратура не обладает усмотрением при принятии данного решения. Если бы были соответствующие основания, то прокуратура обязана была бы предъявлять обвинение в вышестоящий суд, так что не существовала бы именно «возможность выбора»;
- согласно § 209 УПК решение прокуратуры подлежит неограниченному судебному контролю (нет никакой свободы оценки действий у прокуратуры!), после чего суд, в котором предъявлено обвинение, может открыть судебное разбирательство, даже если дело подсудно нижестоящему суду своего округа. Если этот суд считает компетентным вышестоящий суд, то направляет материалы дела через прокуратуру в данный суд.

Не существует возможности изменить подсудность уголовного дела согласно §§ 30 II, 76 I 2 закона о судоустройстве за пределами судебного разбирательства без участия шеффенов (см. Rn 40f). Поскольку ст. 101 I 2 ОЗ требует, чтобы компетентный судья был свободен от субъективной предвзятой оценки (vgl BVerfGE 95, 322, 330), §§ 30 II, 76 I 2 закона о судоустройстве необходимо толковать в соответствии с Конституцией, т.е. после открытия судебного разбирательства суд не должен по своему усмотрению решать, где принимать решение: в пределах или за рамками судебного разбирательства. **В большинстве случаев необходимо принимать решение в пределах судебного разбирательства**, и только при наличии убедительных причин (в частности, особая срочная необходимость вынесения решения) возможно принять решение за рамками судебного разбирательства (vgl BGHSt 43, 91 m. Anm. Dehn, NStZ 1997, 607; OLG Köln NJW 1998, 2989; Kunisch, StV 1998, 687; Schlothauer, StV 1998, 144; Katholnigg, § 30 Rn 3; für eine ausmahnmslose Mitwirkungspflicht der Schöffen bei Haftentscheidungen nach Eröffnung der Hauptverhandlung Sowada, NStZ 2001, 169). В соответствии с иной позицией при каждом приостановлении судебного разбирательства независимо от его основания возможно выносить решение за пределами судебного разбирательства (OLG Hamburg NJW 1998, 2988 (diese Auslegung wird für verfassungskonform erklärt durch BVerfG NJW 1998, 2962); OLG Hamm StV 1998, 388; Bertram, NJW 1998, 2934; Foth, NStZ 1998, 421; differenzierend LR-Hilger, § 125 Rn 16).

5. Соединение взаимосвязанных уголовных дел

Взаимосвязанные уголовные дела, которые в отдельности относились бы к подсудности разноименных судов, могут быть соединены в одном суде и отнесены **к подсудности вышестоящего суда** (§ 2 I УПК). Возможно соединение также уголовных дел, которые относятся к компетенции одного и того же или равнозначного суда. 46

Для соединения уголовных дел необходима одна из следующих **связей**:

- **личная связь**, т.е. лицо обвиняется в совершении нескольких уголовно наказуемых деяний (§ 3 Alt.1 УПК);
- **предметная связь**, т.е. в совершении одного уголовно наказуемого деяния обвиняется несколько лиц в качестве исполнителя, соучастника, пособника или укрывателя (§ 3 Alt.2 УПК);
- **комбинированная связь**, которая непосредственно не нашла своего отражения в § 3 УПК, но следует из цели данного положения (s. zB K /M-G, § 3 Rn 4).

Пример. Возможно в суде присяжных предъявить А. обвинение в совершении убийства, а Б. – в пособничестве (предметная связь) независимо от того, что А. вменяется еще также совершение кражи.

С учетом целесообразности возможно в любое время предписать разделение связанных дел (§ 2 II УПК). Речь всегда должна идти об отдельных самостоятельных эпизодах, о преступлениях в процессуальном смысле (см. Rn 20 и Rn 512; BGH NStZ 2002, 105).

IV. Компетенция суда второй инстанции по уголовным делам

1. Суд земли как суд второй инстанции

а) Апелляционный порядок рассмотрения уголовного дела (§§ 312ff УПК)

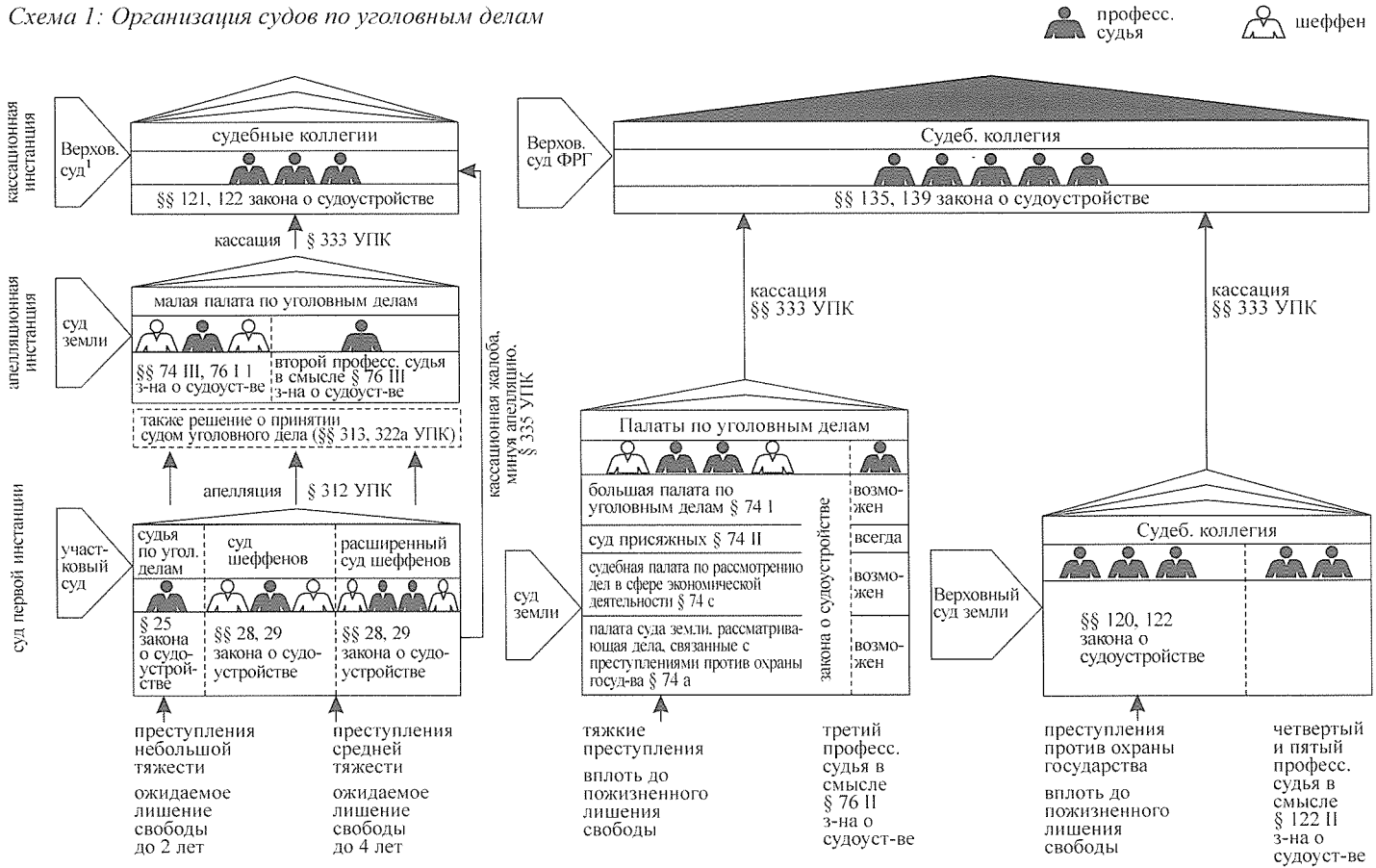
На **приговоры** единоличного судьи по уголовным делам и суда шеффенов (только суд первой инстанции) **участкового суда** допускается подача апелляционной жалобы (§ 312 УПК), по малозначительному преступлению возможна апелляция только после **принятия** апелляционным судом жалобы (§ 313 УПК). Вопросы, связанные с апелляцией, разрешает суд земли. 47

В качестве суда второй инстанции выступает **малая палата по уголовным делам** (§ 74 III в сравнении с § 76 I 1 закона о судоустройстве). Оно действует в составе одного профессионального судьи и двух шеффенов. С 1993 г. малая палата по уголовным делам является также апелляционной инстанцией для подачи жалоб на приговоры суда шеффенов. При апелляции на приговоры расширенного суда шеффенов (§ 29 II данного закона; см. III 1b) нужно привлекать второго профессионального судью (§ 76 III 1 цитируемого выше закона), который так же, как и шеффены (§ 76 I 2 данного закона), не участвует в вынесении решений за рамками судебного разбирательства (§ 76 III 2 закона о судоустройстве).

б) Жалоба (§§ 304ff УПК)

Из § 76 I 1 в сравнении с § 73 закона о судоустройстве следует, что жалобы на постановления и определения, вынесенные судьей в участковом суде, и жалобы на решения участкового суда (единоличный судья, а также суд шеффенов) всегда рассматриваются **боль-** 48

Схема 1: Организация судов по уголовным делам



[1] В Баварии согласно § 9 вводного закона к закону о судоустройстве учрежден Высший суд земли Баварии (ст. 11 BayAGGVG).

шой палатой по уголовным делам (K /M-G, § 76 закона о судоустройстве Rn 7). Поскольку решение по жалобе принимается вне судебного разбирательства (§ 309 I УПК), то в его вынесении не принимают участие шеффены (§ 76 I 2 данного закона).

2. Верховный суд земли как суд второй инстанции

а) В Верховном суде земли в качестве кассационной инстанции или инстанции, рассматривающей жалобы, действует **судебная коллегия** (§ 116 I закона о судоустройстве) в составе трех профессиональных судей (§ 122 I данного закона). **49**

б) Верховный суд земли (Высший суд земли Баварии; см. Rn 44) выступает в качестве **кассационной инстанции**, если необходимо обжаловать решение по апелляционной жалобе палаты по уголовным делам (§ 121 I № 1b цитируемого выше закона). **50**

Кроме того, **приговор участкового суда** первой инстанции может быть обжалован путем подачи **ревизионной жалобы**, минуя апелляцию (§ 335 УПК), в Верховный суд земли (Высший суд земли Баварии) (§§ 335 II УПК, 74 III, 121 I № 1b закона о судоустройстве).

В виде исключения Верховный суд земли (Высший суд земли Баварии) рассматривает кассации на приговоры большой палаты как суда первой инстанции только тогда, когда обжалование основывается исключительно на нарушении права земли (§ 121 I № 1c закона о судоустройстве).

в) В компетенцию Верховного суда земли входит также пересмотр решений суда земли, которые были обжалованы путем подачи простой жалобы (§ 304 УПК), срочной жалобы (§ 311 УПК) и иной жалобы (§ 310 УПК) (§ 121 I № 2 закона о судоустройстве; иные проблемы, связанные с компетенцией, s. § 121 I № 3 данного закона). **51**

г) Если Верховный суд земли в своем решении хочет отклониться от аналогичных решений других Верховных судов земель или Верховного суда ФРГ, то он должен в рамках § 121 II закона о судоустройстве представить дело Верховному суду ФРГ. Эта **обязанность представления** позволяет обеспечивать унифицированную судебную практику. **52**

3. Верховный суд ФРГ как суд второй инстанции

а) В Верховном суде ФРГ дела рассматриваются **судебными коллегиями** (§ 130 закона о судоустройстве). Они разрешают кассационные жалобы в составе пяти членов (§ 139 I данного закона). **53**

б) Согласно § 135 I данного закона Верховный суд ФРГ выступает в качестве **кассационной инстанции**, если необходимо обжаловать решения Верховного суда земли (Высший суд земли Баварии) как суда первой инстанции (преступления против охраны государства (см. Rn 44)). Кроме того, согласно § 135 I в сравнении с § 121 I № 1 закона о судоустройстве Верховный суд также выступает в качестве кассационной инстанции при обжаловании решений большой палаты по уголовным делам (всегда как суда первой инстанции), если только кассация не основывается исключительно на нарушении права земли. Поскольку УПК и УК – федеральные законы, то по общему правилу Верховный суд ФРГ часто выступает в качестве кассационной инстанции в отношении приговоров большой палаты по уголовным делам. **54**

Обращает на себя внимание наличие большего **контроля по правовым вопросам** со стороны Верховного суда ФРГ за приговорами, вынесенными судом первой инстанции по **тяжким уголовным делам**, в то время как для **преступлений небольшой тяжести** существует **трехступенчатый порядок обжалования со второй инстанцией, рассматривающей не только юридические, но также и фактические вопросы**. Это оправдывается тем, что возможно ожидать особенно тщательное установление фактических обстоятельств в большой палате по уголовным делам в составе трех профессиональных судей и с обязательным участием защитника (§ 140 I № 1 УПК). Для обеспечения единообразного применения права достаточно только возможности кассационного обжалования в Верховном суде ФРГ. В некоторых процессах оказывается проблематичным ограничение на инстанцию, рассматривающую фактические вопросы. С другой стороны, в больших процессах было бы сложно реализовать возможность обращения во вторую фактическую инстанцию. Дополнительная инстанция применительно к небольшим преступлениям не затягивает процесс. Наоборот, участковые суды довольно часто, учитывая в крайнем случае возможность обращения ко второй фактической инстанции, на основании «менее затратного судебного разбирательства» достигают решения, которое в большинстве случаев принимается участниками процесса. Прежде всего, количество апелляционных жалоб на приговоры единоличного судьи очень незначительно.

Кроме того, согласно § 135 II закона о судоустройстве Верховный суд ФРГ компетентен также рассматривать определенные жалобы. Как правило, это решает судебная коллегия в составе трех членов (§ 139 II данного закона).

55 в) При Верховном суде ФРГ была создана **большая судебная коллегия** по уголовным делам (§ 132 I цитируемого выше закона). Как правило, она состоит из председателя Верховного суда ФРГ и двух членов судебной коллегии по уголовным делам (§ 132 V закона о судоустройстве). Согласно § 132 II данного закона большая судебная коллегия рассматривает уголовные дела, в частности, если судебная коллегия собирается вынести решение, отличающееся от решения другой судебной коллегии или большой судебной коллегии.

56 Кроме того, при Верховном суде ФРГ существуют **объединенные большие судебные коллегии**, состоящие из председателя Верховного суда ФРГ и членов больших судебных коллегий по уголовным и гражданским делам (§ 132 V 3 данного закона). Они согласно § 132 II закона о судоустройстве принимают решения, если судебная коллегия по уголовным делам собирается самостоятельно отклонить решение судебной коллегии по гражданским делам, большой судебной коллегии по гражданским делам или объединенных больших судебных коллегий.

Схема судебной системы представлена на с. 50.

V. Территориальная подсудность уголовных дел

57 Для определения «законного судьи» (ст. 101 I 2 ОЗ) необходимы также положения о территориальной подсудности уголовных дел. Они содержатся в § 7 и далее в УПК. Для определения подсудности закон предусматривает различные положения (приведенные ниже), которые нужно учитывать.

1. Надлежащая подсудность

а) Место совершения преступления (§ 7 УПК)

Дело подлежит рассмотрению в суде того района, на территории которого совершено уголовно наказуемое деяние, § 7 I УПК. **Место совершения преступления** – это место, где происходило, по крайней мере, одно преступное действие, или где

наступил преступный результат, или (при неоконченном преступлении) где должен был бы по плану преступника наступить преступный результат (§ 9 I УК).

б) Место жительства или место пребывания (§ 8 УПК)

Дело подлежит также рассмотрению в суде, **в округе которого проживает** обвиняемый ко времени предъявления обвинения, § 8 I УПК. Если обвиняемый не имеет места жительства в пределах действия УПК, то дело подлежит рассмотрению по **месту его обычного пребывания**, а в случае, когда таковое неизвестно, то по его последнему месту жительства, § 8 II УПК. Для немецких служащих за рубежом действуют особые положения (см. § 11 УПК).

в) Место задержания (§ 9 УПК)

Подсудность дела по **месту задержания** имеет значение, прежде всего, в случаях, когда не нужно устанавливать место совершения преступления (например, разбой во время автомобильной поездки) или в отношении преступлений, совершенных за границей. «Задержание» – это любое оправданное задержание, осуществляемое также частными лицами (см. § 127 УПК) с целью реализации уголовного преследования (K /M-G, § 9 Rn 2).

г) Несколько видов территориальной подсудности

Довольно часто встречаются сразу же несколько из перечисленных выше подсудностей. В подобных случаях прокуратура может **по своему усмотрению** предъявлять государственное обвинение в нескольких судах, отвечающих требованиям территориальной подсудности. Вследствие этого не нарушается ст. 101 I 2 ОЗ, поскольку прокуратура должна руководствоваться предметом рассмотрения уголовного дела (BGHSt 9, 367, 369; vgl auch OLG Hamm StV 1999, 240 m. Bespr. Heghmanns, StV 2000, 277).

Если обвинение было предъявлено уже в нескольких судах, то предпочтение отдается тому, в округе которого **раньше всех начато** расследование, § 12 I УПК. Под «началом расследования» нужно по общему правилу понимать вынесение постановления об открытии судебного разбирательства (§ 203 УПК; zu den Ausnahmen vom Prioritätsgrundsatz s. K /M-G, § 12 Rn 2).

2. Чрезвычайные виды территориальной подсудности

а) Подсудность взаимосвязанных дел

Для взаимосвязанных в смысле § 3 УПК (см. Rn 46) уголовных дел, которые в отдельности, в соответствии с §§ 7ff УПК, относились бы к подсудности различных судов, компетентным по территориальной подсудности является любой суд, компетентный рассматривать одно из уголовных дел, § 13 I УПК. Если некоторые из взаимосвязанных уголовных дел переданы различным судам, то они могут быть (по ходатайству прокуратуры) все или частично объединены в одном из судов при соответствующем согласии этого суда, § 13 II 1 УПК. При отсутствии такого согласия вышестоящий суд решает, должно ли (и в каком суде) состояться соединение дел, если об этом ходатайствует прокуратура или один из подсудимых (§ 13 II 2 УПК). 58

б) Разрешение судом спора о подсудности

59 аа) При возникновении спора о территориальной подсудности, §§ 7-11 УПК, Верховный суд ФРГ определяет компетентный суд (§ 13а УПК, gem. BVerfGE 20, 336 mit ст. 101 I 2 GG vereinbar). Например, не применима никакая специальная норма о территориальной подсудности, если преступление совершено за границей и неизвестно место нахождения преступника на территории ФРГ;

бб) при возникновении между несколькими судами спора о подсудности вышестоящий для всех судов суд указывает, в каком из них должно быть рассмотрено дело (§ 14 УПК);

вв) если компетентный суд при исполнении судебных функций по конкретному делу столкнулся с препятствиями правового (например, при отстранении судьи, шеффена или секретаря судебного заседания согласно §§ 22ff УПК (см. Rn 63ff)) или фактического характера (в частности, при болезни), либо рассмотрение дела может вызвать угрозу общественной безопасности (угроза террористического акта), то вышестоящий суд должен передать рассмотрение и разрешение дела одноименному суду другого округа (§ 15 УПК).

60 **Решение задачи 7. а)** Очень схематично предметная подсудность по уголовным делам выглядит следующим образом: единолично профессиональный судья по уголовным делам в **участковом суде** рассматривает преступления небольшой тяжести, т.е. уголовно наказуемые проступки, за назначение которых предусмотрено наказание до двух лет лишения свободы (§§ 24 I, 25 № 2 закона о судоустройстве). Суд шеффенов компетентен по преступлениям средней тяжести, т.е. по преступлениям до четырех лет лишения свободы (§§ 24 I № 2, 25, 28 данного закона). По общему правилу суд шеффенов заседает в составе одного профессионального судьи и двух шеффенов (§ 29 I цитируемого выше закона).

Большая палата по уголовным делам (в качестве суда первой инстанции) при **суде земли** (§ 74 закона о судоустройстве) рассматривает тяжкие и особо тяжкие преступления, т.е. наказание за которые свыше четырех лет лишения свободы. В больших по объему или сложных делах, либо если палата по уголовным делам действует как суд присяжных (тяжкие преступления в смысле § 74 II данного закона), она решает вопросы в составе трех профессиональных судей и двух шеффенов (§ 76 I, II цитируемого выше закона). В остальных случаях палата заседает в составе двух профессиональных судей и двух шеффенов (§ 76 II закона о судоустройстве).

Верховный суд земли (в Баварии – Высший суд земли) как суд первой инстанции рассматривает преступления против охраны государства, а также некоторые тяжкие преступления, в силу «особого значения» которых уголовное преследование перенял генеральный прокурор ФРГ (§ 120 закона о судоустройстве). Судебные коллегии заседают в составе трех или пяти профессиональных судей (§ 122 II этого закона).

б) Приговоры участкового суда, который действует всегда только как суд первой инстанции (в составе единоличного судьи или суда шеффенов), согласно §§ 312ff УПК, возможно обжаловать в апелляционном порядке в малой палате по уголовным делам при суде земли (§ 74 III закона о судоустройстве). По общему правилу она рассматривает дела в составе одного профессионального судьи и двух шеффенов (§ 76 I 1 этого закона).

Приговоры большой палаты по уголовным делам суда земли (в первой инстанции) и Верховного суда земли можно обжаловать только в **кассационном порядке** (§ 333 УПК), по общему правилу это рассматривает судебная коллегия при Верховном суде ФРГ (§ 135 I закона о судоустройстве) в составе пяти профессиональных судей (§ 139 I данного закона).

Решения суда земли второй инстанции (малая палата по уголовным делам) обжалуются в **кассационном порядке** (§ 333 УПК). В отношении приговоров участкового суда первой инстанции возможна сразу же **замена апелляционного обжалования кассационным** (§ 335 УПК). Решение о данной кассации принимает судебная коллегия Верховного суда земли (§ 121 I № 1 закона о судоустройстве; в Баварии – судебная коллегия Высшего суда земли в Баварии) в составе трех профессиональных судей (§ 122 I закона о судоустройстве) (подробно см. Rn 36ff).

Решение задачи 8. В данном случае прокуратура предъявляет обвинение и ходатайствует у единоличного судьи о наказании в размере до двух лет лишения свободы (§§ 24 I № 2, 28 закона о судоустройстве). В соответствии с законом было вынесено постановление об открытии судебного разбирательства. После открытия судебного разбирательства профессиональный судья единолично, если есть основания для усиления наказания, вправе назначить наказание до четырех лет лишения свободы (§ 24 II данного закона). Поэтому было бы недопустимым направление дела в суд шеффенов (подробно см. Rn 39). 61

Решение задачи 9. Согласно § 76 I 1 закона о судоустройстве в пределах судебного разбирательства шеффены должны наравне с профессиональными судьями принимать решения. В данном случае два голоса «против» со стороны профессиональных судей не образуют большинство, требуемое для принятия решения. Однако шеффены не принимают участия в вынесении решения за рамками судебного разбирательства (§ 76 I 2 данного закона), и это значит, что оба «противника заключения лица под стражу» могут преодолеть большинством голосов иную позицию своих коллег. Сегодня в соответствии с господствующим мнением не существует преимуществ относительно того, в пределах либо за рамками судебного разбирательства следует принимать данное решение. Таким образом, возможно два варианта отмены постановления о заключении лица под стражу. Однако представляется правильной позиция, в соответствии с которой это решение принимается в рамках судебного разбирательства, и соответственно следует учитывать мнение шеффенов, поскольку в данном случае неотложные основания не свидетельствуют об ином варианте поведения (иная позиция: только за пределами судебного разбирательства). Подробно см. Rn 45. 62

§ 4. Отстранение и отвод судьи

Задача 10. а) В суде шеффенов А. предъявлено обвинение в мошенничестве. Он совершил хищение чужого имущества в ООО, единственный директор которого Г. является одним из шеффенов. Может ли А. предпринять какие-либо действия, чтобы Г. не принимал участия в процессе в качестве шеффена?

б) Как следует решать задачу, если бы А. совершил мошенничество в коммандитном товариществе и Г. был бы простым членом товарищества?

Задача 11. А. осужден палатой по уголовным делам при участии профессионального судьи Р. Состоялась кассация, и дело было направлено обратно на рассмотрение в другую палату по уголовным делам, председателем которой стал уже Р. Может ли А. предпринять какие-либо действия против участия Р?

Участие пристрастного судьи представляет собой опасность для вынесения истинного и справедливого приговора. Поэтому закон предусматривает, что лица, в отношении которых существует подозрение в их пристрастности, не могут выступать в качестве судей (см. также ст. 101 I 2 ОЗ). При этом немецкий УПК различает **отстранение** (ср. §§ 22 и 23 УПК) и **отвод судьи** (§ 24 УПК). Отстранение судьи осуществляется в силу закона, в то время как основанием для отвода судьи является соответствующее ходатайство. Судьи в смысле §§ 22ff УПК – это и профессиональные судьи, и шеффены (§ 31 I УПК). 63

I. Отстранение судьи, §§ 22, 23 УПК

64 1. В перечисленных в законе случаях **отстранения судьи** настолько очевидна опасность в его пристрастности, что законодатель в этом отношении установил принципиальную несовместимость с осуществлением функции судьи в данном процессе. Если отстраненный в силу закона судья тем не менее участвует в процессе, в частности, он не заметил основания для отстранения, то здесь существует **абсолютное основание для пересмотра дела в кассационном порядке**, § 338 № 2 УПК.

65 2. В частности, речь идет о следующих случаях:

а) сам **судья является потерпевшим** (§ 22 № 1 УПК), т.е. уголовно наказуемое деяние, в результате совершения которого судье был причинен вред, – предмет процесса, который он должен теперь рассматривать по существу и выносить решение. При этом речь должна идти о **непосредственном** причинении вреда судье в результате совершения преступления, так как иначе каждый процесс был бы ненадежен (Bedenken hiergegen bei Roxin, § 9 Rn 2).

В имущественных преступлениях по отношению к **юридическим лицам** (ООО, АО, правоспособное общество и т.д.) **потерпевшими выступают только непосредственно они сами**, в то время как их члены не подпадают даже опосредованно (как заинтересованные лица) под основание для отстранения в соответствии § 22 № 1 УПК (RGSt 37, 414, 415; 69, 219, 220; BGHSt 1, 298, 299). Также ничего не меняется, если член юридического лица участвует в принятии решения, в частности, как член наблюдательного совета (RGSt 67, 219, 220).

Однако иная ситуация возникает при имущественных преступлениях по отношению к **товариществам** (товарищество немецкого права, открытое торговое товарищество, коммандитное товарищество). Если им причиняют вред, то **потерпевшими являются также непосредственно товарищи**, поскольку имущество товарищества, даже если оно объединено, является частью личного вклада каждого из товарищей (RGSt 37, 414, 415). Это приводит к тому, что единственный полномочный представитель ООО, которому в результате совершения преступления был причинен вред, не отстраняется в силу закона от осуществления функций судьи; в то время как член коммандитного товарищества при незначительном участии в общем имуществе компании и при отсутствии влияния на ведение дел подлежит отстранению, если он выступает в качестве судьи. Этот не совсем убедительный вывод становится приемлемым, если учесть возможность отвода судьи на основании § 24 II УПК в связи с сомнениями в его беспристрастности (dazu Rn 68, vgl auch BGHSt 43, 16 m. Anm. Laubenthal /Baier, JR 1998, 299);

66 б) судья находится в **близких, семейных отношениях** (в частности, супруг, родитель, ребенок) к обвиняемому или к потерпевшему (§ 22 № 2, 3 УПК);

67 в) судья **уже принимал участие в деле**, §§ 22 № 4 и 5, 23 УПК. Здесь необходимо понимать «дело» в широком смысле. Предметное тождество может устанавливаться, с одной стороны, тождеством уголовного процесса, а с другой – тождеством уголовно наказуемого деяния. Существует одно уголовное дело, если судья в одном и том же процессе, предметом которого является осуществление уголовного преследования, выполняет функции, перечисленные в §§ 22 № 4, 23 УПК (основной пример, участие в низшей инстанции), или был допрошен в качестве свидетеля, эксперта (§ 22 № 5 УПК; см. Rn 182).

II. Отвод судьи в связи с сомнениями в его беспристрастности, § 24 II УПК

Судья может быть отстранен от дела в связи с сомнениями в его беспристрастности (§ 24 I 2.Alt. УПК). Отвод в связи с сомнениями в его беспристрастности имеет место тогда, когда существует основание, которое должно оправдывать сомнение в объективности судьи (§ 24 II УПК). 68

§ 24 I УПК допускает заявлять ходатайство на отвод как в отношении отстраненного, так и пристрастного судьи. Его возможно исключить, поскольку законодатель на одном уровне разместил отстранение и отвод судьи в связи с сомнениями в его беспристрастности. Основаниями для отвода являются лишь **существенные** причины, заставляющие сомневаться в беспристрастности судьи (Arzt, G., Der befangene Strafrichter, 1969, S. 17f; SK-Rudolphi, Vor § 22 Rn 9).

1. Понятие «беспристрастность»

§ 24 II УПК предусматривает, что исходной позицией судьи должна быть его беспристрастность, однако закон не определяет ее критерии. Часто сам судья не считает себя беспристрастным. Фактическое предубеждение установить трудно и поэтому его даже и не требуют (BGHSt 24, 336, 338; OLG Karlsruhe NJW 1995, 2503). При наличии основания, оправдывающего сомнение в беспристрастности, в соответствии с § 24 II УПК, следует исходить из «перспективы получателя», т.е. преимущественно из точки зрения подсудимого. Решающим является момент: существует или нет причина для недоверия, сомнения. Нельзя учитывать сверхчувствительность подсудимого, когда любое скептическое замечание судьи можно трактовать как пристрастность. Поэтому следует руководствоваться позицией **среднестатистического наблюдателя**, выступающего в роли подсудимого, **при разумной оценке обстоятельств**, обосновывающих подозрение в пристрастности (vgl BGHSt l, 34, 39; ausf. Tummeltshammer, D., Die Ablehnung des Strafrichters wegen Besorgnis der Befangenheit, 2001, S. 49ff). Вместе с тем «здравомыслящий» и «благоразумный» подсудимый приближается к данному образцу (BGHSt 43, 16, 18; BGH NStZ 2000, 325; Fahl, JR 1998, 187). 69

Примеры, в которых **обосновывается сомнение в беспристрастности** (vert. KMR-Bockemühl, § 24 Rn 24): 70

Решение Верховного суда ФРГ – BGH MDR 1958, 741: в процессе по делу об убийстве судья говорит подсудимому, что тому нравится видеть по ночам свою мертвую жену.

Решение Верховного суда ФРГ – BGH StV 1986, 369: судья играет с подсудимым в теннис и обедает с ним.

Решение Высшего суда в Баварии – BayObLG NJW 1993, 2948: председательствующий судья говорит подсудимому: «После ознакомления с материалами уголовного дела ясно, что Вы здесь нагло лжете».

Решение Верховного суда земли во Франкфурте – OLG Frankfurt StV 2001,496: вынесено решение суда на запрет осуществления конкретной профессии в течение определенного промежутка времени на стадии предания обвиняемого суду без предварительного заслушивания обвиняемого. В этом случае отчетливо возникает пограничная ситуация между допустимыми процессуальными ошибками (их возможно порицать или обжаловать) и существенными ошибками процесса. Последние являются неприемлемыми для осуществления дальнейшей деятельности лица, выносящего решения. Необходимо констатировать пристрастность судьи, по меньшей мере, при глубоком посягательстве на конституционные права при несоблюдении положений, регламентирующих производство процесса в соответствии с требованиями правового государ-

ства, или в поступках, порождающих произвол (Верховный суд земли во Франкфурте в своем решении признал эти обе ситуации; BayObLG NStZ-RR 2002, 77; vert. Semmler, W., Prozeßverhalten des Richters unter dem Aspekt des § 24 II StPO, insbes. Verfahrensverstöße als Ablehnungsgrund, 1994; Meyer-Goßner, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.635).

Решение Верховного суда земли в Бранденбурге – OLG Brandenburg StV 1997,455: после вынесения судебного решения вопреки ходатайству защиты председательствующий судья произнес: «Ваше первое поражение, господин защитник!»

Решение Верховного суда ФРГ – BGH <B> NStZ-RR 2001, 258: суд отклонил ходатайство защитника об отмене постановления о заключении обвиняемого под стражу и в связи с этим вынес постановления о заключении под стражу других сообвиняемых, которые находились на свободе. При этом председательствующий сказал сообвиняемым: «Теперь Вы здесь, и Ваш коллега также хотел этого!»

Решение суда земли в Берлине –LG Berlin StV 2002,132: в судебном разбирательстве, в котором на скамье подсудимых находились арабы и турки, один из шеффенов был одет в черный пуловер. На нем в области груди белыми немецкими буквами было написано: «Pit Bull Germany».

2. Отдельные случаи

а) Отношения между судом и подсудимым

71 Отношения между судом и подсудимым – это показательный пример случаев, когда следует опасаться пристрастного отношения судьи. Нужно учитывать, что обвиняемый не обладает возможностью целенаправленно вывести судью из процесса (KK-Pfeiffer, § 24 Rn 5), поэтому, в частности, не являются достаточным основанием оскорбления председателя суда со стороны подсудимого (KG JR 1966, 229: «Вы – психопат»). Оскорбленный судья может быть только тогда отстранен, когда он ненадлежащим образом реагирует на оскорбления, например, судья обзывает подсудимого «чертом» и иными словами, называет его «гангстером» (AG Oldenburg StV 1990, 259).

б) Отношения между защитником и судом

72 По общему правилу судебная практика не признает отношения между защитником и судом в качестве основания для заинтересованности, поскольку «благоразумный» подсудимый, исходя из существующих отношений между защитником и судом, может прийти к выводу о предвзятости по отношению к себе (BGH StV 1986, 281). Ранняя судебная практика обращает внимание на эти отношения, когда подсудимый «ставит много на карту» (BGH StV 1988, 417), при особенно тяжелых спорах (OLG Braunschweig StraFo 1997, 76) или если судья реагирует на поведение защитника ненадлежащим образом (LG Frankfurt StV 1990, 258 – «Я спрашиваю себя, господин адвокат, где Вы обучались праву»; BGH NStZ 1993, 339 – выступление защитника классифицируется как «наглость»; ausf. Beulke, S. 211; KMR-Bockemühl, § 24 Rn 24).

в) Участие в принятии предварительных решений

73 Судья в силу закона отстраняется от дальнейшего участия только при наличии строгих оснований, предусмотренных в § 23 УПК (в частности, если он участвовал в рассмотрении дела в суде низшей инстанции; см. Rn 67). Здесь возникает вопрос: возможно ли в отношении случаев, не предусмотренных в § 23 УПК, воспользоваться правом отстранения судьи в силу его предвзятости в смысле § 24 II УПК, чтобы по общему правилу при предварительном рассмотрении того же дела было бы реальным отстранить судью. Судебная практика не признает пока еще такого варианта решения. У достаточно благоразумного подсудимого должны отсутствовать основания для опасения, поскольку судья может позволить себе находиться под влиянием ранее принятого решения. Он обязан принимать решение исключительно на основании существующего в данном новом процессе доказательственного материала: «Участники процесса могут считаться с добросовестным исполнением данной обязанности» (RGSt 59, 409, 410). При этом не должно быть никакого различия: участвовал ли судья в принятии прежнего решения в стадии дознания или на стадии судебного разбирательства.

Судебная практика не признает наличие сомнений в беспристрастности судьи при прежнем участии его в качестве:

- **следственного судьи**, даже если он выносил постановление о заключении под стражу согласно §§ 112, 125 УПК (RGSt 61, 415; BGHSt 9, 233);
- судьи, вынесшего **постановление об открытии судебного разбирательства** (§§ 203, 207 УПК) (BVerfGE 30, 149, 155);
- судьи, который отказал по ходатайству подсудимого прекратить процесс согласно §§ 153, 153a УПК (OLG Düsseldorf StraFo 1999, 347);
- судьи, который в кассационном порядке **возвратил дело из вышестоящего суда нижестоящему для повторного рассмотрения** согласно § 354 II УПК (BGHSt 21, 142, 145), если только существуют очевидные свидетельства, позволяющие усомниться в беспристрастности судьи, например, отрицательная оценка личности подсудимого, сформулированная на основе прежнего судебного решения (BGHSt 24, 336, 338; OLG Bremen NStZ 1991, 95; zur Zurückverweisung s.u. Rn 573).

74 Следует отказаться от данного ограничительного толкования судебной практикой отвода судьи в отношении уже **ранее вынесенного приговора** суда, поскольку оно не учитывает, что основания отстранения судьи в соответствии с §§ 22, 23 УПК являются только повышенными основаниями для отвода (Arzt, Der befangene Strafrichter, 1969, S.17f; Herzog, StV 1999, 457), так что отрицание отстранения не содержит еще никакого принудительного решения об отводе судьи. «Здравомыслящий и благоразумный» подсудимый опасается предвзятости судьи в отношении себя, если он снова сталкивается с судьей, который уже однажды рассматривал в судебном заседании это дело и выносил решение. Для судьи психологически вряд ли возможно разделять процессы, впечатления об участвующих в них лицах и судить только на основе нового слушания дела (zust. KMR-Bockemühl, § 23 Rn 3).

Однако в соответствии с судебной практикой необходимо учитывать предубежденность уже во время принятия **промежуточных решений**, например, при вынесении постановления о заключении лица под стражу после предъявления обвинения или при вынесении постановления об открытии судебного разбирательства. Здесь судья только может подтвердить своим поведением определенный градус подозре-

ния, но не исключается более поздняя коррекция; еще не закончено формирование убеждения судьи. Участие в вынесении более ранних промежуточных решений может также обосновать в исключительных случаях наличие сомнения в беспристрастности в соответствии с § 24 II УПК при особых обстоятельствах (vgl BGH JR 1972, 119).

III. Процедура

75 1. Судья может быть отстранен как в случаях, когда он не может исполнять судебные обязанности в силу закона, так и в связи с сомнениями в его беспристрастности, § 24 I УПК. Ходатайство об отводе должно быть подано в суд, в состав которого входит отводимый судья, § 26 I УПК. Право отвода имеют наряду с обвиняемым также прокуратура и частный обвинитель (ср. § 24 III 1 УПК).

2. В соответствии с §§ 22, 23 УПК не существует временного ограничения для **отвода судьи**, пока он занимается расследованием дела (K /M-G, § 25 Rn 1).

Отвод судьи в связи с **сомнениями в его беспристрастности** должен происходить до начала первого допроса подсудимого с целью установления его анкетных данных в суде первой инстанции, если уже известны основания отвода; в судебном заседании при рассмотрении дела в апелляционном или кассационном порядке – до начала выступления судьи-докладчика, § 25 I 1 УПК. В остальных случаях ходатайство об отводе необходимо заявить незамедлительно, как только стали известными основания отвода (§ 25 II 1 УПК), причем «незамедлительно» следует понимать так же, как в гражданском праве трактуют «невиновное промедление» (BGHSt 21, 334, 339; BGH NStZ 1996, 47). После произнесения подсудимым последнего слова отвод судьи недопустим (§ 25 II 2 УПК).

3. Основание отвода **должно быть достоверно** (§ 26 II УПК), а в случае, предусмотренном § 25 II УПК, также необходимо и незамедлительное заявление ходатайства об отводе.

4. Вопрос обоснованности допустимого ходатайства об отводе решает суд, в состав которого входит отводимый судья, но **без его участия** (§ 27 I УПК). Отклоненный судья заменяется другим законным судьей. Это правило действует не только в отношении судей участкового суда (§ 27 III УПК), но также для всех профессиональных судей (SK-Rudolphi, § 27 Rn 3ff). При наличии одновременно ходатайств об отводе нескольких судей отделения по уголовным делам и по одним и тем же основаниям принимается общее решение по данным ходатайствам (BGHSt 44, 26, 27 m. Anm. Zieschang, StV 1999, 467; спорно). Шеффены не принимают участия в решении вопроса об отводе (§ 27 II УПК в сравнении с § 76 I 2 закона о судоустройстве, § 27 III УПК). К вопросу отвода шеффенов см. § 31 УПК.

76 5. **Допустимо обжаловать** решение об отводе посредством подачи срочной жалобы (§ 28 II 1 УПК). Если решение касается **судьи, вынесшего приговор**, то оно может быть обжаловано **только вместе с приговором** (§ 28 II 2 УПК). В качестве «судьи, вынесшего приговор», выступает судья, который участвует в судебном разбирательстве, т.е. это любой член из состава суда первой инстанции с момента вынесения постановления об открытии судебного разбирательства (BGH NJW 1952, 234; OLG Karlsruhe NJW 1975, 458, 459).

6. Судья со своей стороны обязан **сообщить** обстоятельства, которые могли бы привести к его отстранению или отводу (§ 30 УПК). Однако не существует непосредственного права на самоотвод.

Решение задачи 10. а) Согласно § 22 № 1 УПК шеффена Г. возможно **отстранить в силу закона** от исполнения его обязанностей судьи. Основанием должен выступать тот факт, что Г. – **непосредственный** потерпевший от преступления А. Однако из этого нельзя исходить, поскольку непосредственно вред от преступления причинен только имуществу ООО, которое, согласно § 13 I закона об обществе с ограниченной ответственностью, является юридическим лицом, и в соответствии с § 13 II данного закона его имущество отделено от имущества директора ООО. Поэтому Г. не является непосредственным потерпевшим, поскольку он как директор ООО полномочен в соответствии с § 35 I цитируемого выше закона представлять вовне интересы ООО. В связи с чем не нарушается § 22 № 1 УПК. Тем не менее опосредованно преступлением А. был причинен имущественный ущерб Г. Это обстоятельство позволяет обосновать подозрение в пристрастности Г., так что А. может ходатайствовать об отводе Г. в связи с сомнениями в его беспристрастности как шеффена, § 24 II УПК. 77

б) В данном случае Г. как члену коммандитного товарищества преступлением был причинен **непосредственный** вред, т.е. Г. должен быть в силу закона в соответствии с § 22 № 1 УПК отстранен от выполнения функции шеффена (подробно см. Rn 65).

Решение задачи 11. А. мог бы, согласно § 24 I УПК, заявить отвод Р., если Р. был бы отстранен от исполнения обязанностей судьи (§§ 22f УПК). В данном случае не учитывается основание отстранения судьи из-за его участия в ранее проводившихся процессах, поскольку § 23 УПК не регулирует ситуацию, когда судья уже выносил решение **в одной и той же инстанции**. Для ситуации, когда дело, согласно § 354 II УПК вновь направляется в нижестоящую инстанцию для рассмотрения, закон не предусматривает отстранение судьи. В соответствии с судебной практикой по общему правилу нельзя сослаться на сомнения в беспристрастности судьи, согласно § 24 II УПК, поскольку благоразумный подсудимый должен исходить из того, что на судью не будет влиять его прежнее участие в вынесении первого приговора. Законодатель осознанно не включил подобное участие в ранее проводившихся процессах в § 23 УПК (BGHSt 21, 142, 145). Однако господствующая позиция в литературе обосновывает пристрастность в смысле § 24 II УПК, поскольку, с точки зрения среднестатистического наблюдателя, на месте подсудимого он бы опасался пристрастности судьи, который уже однажды его осудил (подробно см. Rn 73f). 78

§ 5. Прокуратура

Задача 12. а) Прокурор К. осуществляет дознание в отношении А., подозреваемого в шпионаже (§ 94 УК). Верховный суд в аналогичных случаях выносит обвинительные приговоры, однако прокурор К., несмотря на позицию Верховного суда, считает А. невиновным и хотел бы прекратить в отношении него процесс. Вправе ли он это сделать?

б) Может ли его начальник воспрепятствовать этому решению?

Задача 13. а) Ф. рассказал своему старинному другу, прокурору С., одну историю при условии, что последний будет молчать об услышанном. Таким образом он хотел облегчить свою совесть. Ф. несколько лет назад убил свою первую жену, которая официально числилась без вести пропавшей.

б) В свободное время прокурор С. часто посещал один бар, в котором заметил, что там содействуют занятию проституцией (§ 180а УК).

Должен ли С. в обоих случаях возбудить уголовное дело?

Задача 14. Прокурор К. был допрошен в зале судебного заседания в качестве свидетеля о том, что ему стало известно во время проведенного на стадии дознания допроса обвиняемого Б., который хотел ходатайствовать об отводе К. в связи с сомнениями в его беспристрастности. Насколько обоснованным является ходатайство Б.?

I. Задачи прокуратуры

79 На прокуратуру возложены три основные функции: она является **«госпожой дознания», поддерживает государственное обвинение** на стадии производства по преданию обвиняемого суду и на стадии судебного разбирательства, а также является **органом, осуществляющим исполнение наказания**.

1. Дознание

В соответствии с § 152 I УПК только прокуратура обладает **полномочием предъявлять государственное обвинение**. Она **обязана**, если иное специально не закреплено в законе, расследовать любые уголовные дела, если для этого существуют достаточные фактические данные (§ 152 II УПК). У прокуратуры есть несколько возможностей получать информацию о преступлении – это: жалоба потерпевшего, заявление о совершенном преступлении (§ 158 I УПК), а также информация, полученная иным путем, в частности, из полицейских сводок. Затем прокуратура должна установить и доказать наличие подозрения в совершении преступления. Для принятия решения о предъявлении государственного обвинения прокуратура обязана **исследовать все обстоятельства уголовного дела** (сама непосредственно или при помощи полиции) (§§ 160 I, 163 УПК). Прокуратура должна выявлять не только обстоятельства отягчающие, но также смягчающие вину обвиняемого (**обязанность объективного расследования**), кроме того, ей необходимо предпринять все меры, чтобы воспрепятствовать потери доказательств по уголовному делу (§ 160 II УПК). Для этой цели прокуратура вправе истребовать у всех государственных органов и иных организаций необходимые для расследования уголовного дела справки и иную информацию, которую они должны прокуратуре предоставить. Прокуратура проводит расследование непосредственно сама, а также привлекая сотрудников полиции для производства определенных процессуальных действий, если иное не закреплено в законе (§ 161 I 1 УПК), т. н. **«карт-бланш» на осуществление расследования** (auch Hefendehl, StV 2001, 700). В соответствии с § 161а УПК она может **допросить** в целях расследования необходимых **свидетелей и экспертов**. Перед предъявлением государственного обвинения прокуратура должна допросить лицо в качестве обвиняемого (§ 163а УПК). Если для расследования уголовного дела прокуратуре необходимо провести процессуальное действие, санкционируемое судьей, то она должна сначала заявить ходатайство в участковый суд на производство

конкретного процессуального действия. Подобные вопросы решает следственный судья в участковом суде (§ 162 УПК). По общему правилу – это производство различных **мер принуждения**, например, обыска, выемки, заключения под стражу (§§ 102ff, 94ff, 112ff УПК). Прокуратура при опасности в промедлении может сама санкционировать производство определенных мер принуждения, сравните, например, § 98 I 1 УПК (выемка). Согласно § 153ff УПК прокуратура может по соображениям нецелесообразности прекратить процесс (см. auch Rn 333ff). Из всего этого вытекает, что прокуратура является **«госпожой дознания»**.

Если расследование собрало уже достаточные доказательства, то необходимо предъявлять обвинение, прокуратура обязана представить обвинительное заключение в компетентный суд (§ 170 I УПК). Иначе необходимо прекратить процесс (§ 170 II 1 УПК).

2. Судебное разбирательство, обжалование

Согласно § 226 УПК служащие прокуратуры должны непрерывно присутствовать на **судебном разбирательстве**. Сначала прокурор, государственный обвинитель, зачитывает обвинительное заключение (§ 243 III УПК). Во время исследования доказательств он может задавать вопросы и заявлять ходатайства на предъявление иных дополнительных доказательств (§§ 240 II 1, 244ff УПК). В соответствии с § 258 I УПК после завершения исследования доказательств в судебных прениях государственный обвинитель выступает со своей обвинительной речью. Кроме того, прокурор может обжаловать различные решения, в том числе и в пользу подсудимого (§ 296 УПК).

3. Исполнение наказания, процессуальный реестр, обязанности по уведомлению

Согласно § 451 УПК функция по **исполнению наказаний** возложена на прокуратуру.

Все важные сведения об обвиняемом, преступлении и о ходе процесса согласно §§ 492ff УПК необходимо вносить в **федеральный процессуальный реестр** прокуратуры (SISY-информационная система прокуратуры) (подробно см. AK-Hellmann, §§ 474ff; SK-Wolter, §§ 474ff; Lemke, NStZ 1995, 484; Kestel, StV 1997, 266). Кроме того, в соответствии с законом о сообщении юстиции от 18.06.1997 г. (BGBl I, S.1430) на прокуратуру возложена **обязанность по уведомлению и сообщению**. Соответствующие административные положения закреплены также в «Распоряжении о сообщениях об уголовных делах» от 29.04.1998 г. (MiStra abgedr. Schönfelder, Ergänzungsband № 90c). Более подробно о федеральном централизированном реестре, который ведет генеральная федеральная прокуратура, см. Rn 510.

II. Структура и система органов прокуратуры

Система прокуратуры организована параллельно судебной системе. Система и предметная компетенция определяется §§ 141-142a закона о судоустройстве. Территориальная компетенция прокуроров зависит от суда, при котором они учреждены (§ 143 I закона о судоустройстве). **80**

1. На федеральном уровне параллельно Верховному суду ФРГ учреждена **Федеральная прокуратура**, которую возглавляет **федеральный генеральный прокурор** (derzeitiger Amtsinhaber: Kay Nehm; § 142 I № 1 закона о судоустройстве). Ему подчиняются другие федеральные прокуроры.

Федеральная прокуратура выполняет классическую задачу «прокуратуры при Верховном суде», т.е. она поддерживает государственное обвинение во всех процессах, проводимых в Верховном суде ФРГ (§§ 135, 121 II закона о судоустройстве). С другой стороны, на Федеральную прокуратуру § 142a закона о судоустройстве возложена **особая компетенция**, она принимает **участие в разбирательстве дела по существу в Верховном суде земли** (§ 120 I, II закона о судоустройстве, dazu Rn 44) при расследовании преступлений против государства, терроризма и при расследовании прочих особо тяжких преступлений на уровне федерации. По общему правилу на уровне федерации не существует оперативных подразделений в системе Федеральной прокуратуры, поскольку осуществление уголовного преследования относится к компетенции земель. Между Федеральной прокуратурой и прокуратурами, функционирующими на уровне земель, не существует отношений подчинения.

В результате достигнутых соглашений между министром юстиции земли и законодательными органами земель были созданы два федеральных органа в сфере осуществления уголовного преследования: **центральное ведомство в Людвигсбурге**, которое занимается обнаружением и расследованием национально-социалистических преступлений, связанных с насилием. Если центральное ведомство в Людвигсбурге завершило свое расследование, то оно само не предъявляет государственное обвинение, а передает материалы уголовного дела прокуратуре при участковом суде, где находится постоянное место жительства обвиняемого (s. Rückerl, A., NS-Verbrechen vor Gericht, 2.A. 1984, S.142). Другим органом, действующим на уровне федерации, является **центральное ведомство по сбору доказательств и документации при генеральной прокуратуре в Брауншвайге**. Цель этого ведомства заключается в сборе доказательств и документации всех насильственных действий государственных органов бывшей ГДР (в особенности убийства, причинение вреда здоровью, незаконное лишение свободы по политическим основаниям).
О «евроюстиции» как зародыше европейской прокуратуры см. Rn 11a.

2. На уровне земли существуют следующие подразделения прокуратуры:

81 а) при **Верховном суде земли** действует **генеральная прокуратура**, где наряду с генеральным прокурором работают другие его подчиненные прокуроры (§ 142 I № 2 закона о судоустройстве). Компетенция прокуратуры определяется компетенцией суда, при котором она действует. Генеральная прокуратура при Верховном суде земли выступает в суде первой инстанции по делам, связанным с преступлениями против охраны государства в соответствии с § 120 закона о судоустройстве в той мере, в какой федеральный генеральный прокурор поручил ведение дела прокуратуре земли согласно § 142a II закона о судоустройстве. Кроме того, генеральная прокуратура при Верховном суде земли может обжаловать решения этого суда, в том числе и в кассационном порядке;

б) предметная компетенция прокуроров при судах земли ориентирована прежде всего на судебную систему. При **суде земли** действует прокуратура, возглавляемая **прокурором земли**. В ее компетенцию входит осуществление всей прокурорской деятельности при суде земли как суде первой и второй инстанции (§ 142 I № 2 в сравнении с §§ 73ff закона о судоустройстве). Основная деятельность прокуратуры в борьбе с экономической преступностью в соответствии с § 74c III закона о судоустройстве сосредоточена именно на этом уровне, т.е. при суде земли;

в) при участковом суде существует своя прокуратура, § 142 I № 3 закона о судоустройстве. В соответствии с правом земли компетенция прокуроров при участковом суде зависит от тех составов деяния, которые относятся к компетенции отдельного участкового судьи. Согласно концепции § 142 I № 3 закона о судоустройстве основную часть прокурорских функций при участковом суде выполняет прокуратура, действующая при суде земли.

III. Функции прокуратуры

Функции прокуратуры определяются ее иерархической и монократической структурой. 82

1. Каждый прокурор представляет при осуществлении своей деятельности своего руководителя

Любая прокуратура, действующая при суде, состоит, как правило, из нескольких служащих, прокуроров, которые подчиняются своему начальнику. Если они выступают в интересах своего руководителя, то для **осуществления всех служебных обязанностей** они **вправе** действовать без специального поручения со стороны начальника (§ 144 закона о судоустройстве). Из этого следует, что процессуальные действия прокурора (например, согласие на прекращение процесса согласно §§ 153ff УПК) действительны по отношению к другим органам и лицам даже тогда, когда они нарушают действующее в системе прокуратуры право одних должностных лиц давать указания и корреспондирующую обязанность других выполнять данные указания.

2. Право вышестоящей прокуратуры принимать на себя обязанности нижестоящей прокуратуры и передавать нижестоящей прокуратуре свои обязанности

83

Монократическая система прокуратуры определяет, что один прокурор не может окончательно решать основные вопросы, связанные с расследованием уголовного дела, поскольку внутри организации прокуратуры предусмотрена возможность изъять уголовное дело у одного прокурора и передать другому.

Первые лица прокуратуры при Верховном суде земли (генеральные прокуроры) и при суде земли (прокуроры земли) на основании **права вышестоящей прокуратуры принимать на себя обязанности нижестоящей прокуратуры обладают правом перенимать на себя обязанности** прокуроров, действующих при судах, подчиняющихся суду земли или Верховному суду земли (§ 145 I 1.Alt. закона о судоустройстве). Однако министр юстиции не обладает таким правом по отношению к прокуратуре (Roxin, 150 Jahre Staatsanwaltschaft Berlin, 1996, S.27).

На основании **права вышестоящей прокуратуры передавать выполнение своих обязанностей нижестоящей прокуратуре** первые лица прокуратуры при Верховных судах земель и при судах земель в своих землях могут **передать** непосредственно **нижестоящим прокурорам обязанность осуществления прокурорской деятельности** (§ 145 I 2.Alt. закона о судоустройстве). Таким же образом возможно передать полномочия и другим прокурорам (BGH NStZ 1998, 309). Министр юстиции также обладает этим правом, т.е. он может поручить выполнение каких-либо своих обязанностей прокуратуре (K/M-G, § 145 закона о судоустройстве, Rn 2).

3. Право давать указания

а) Общие положения

84 Служащие прокуратуры должны выполнять служебные указания своих начальников (§ 146 закона о судоустройстве), что следует из права осуществлять надзор и права давать указания (§ 147 закона о судоустройстве). Выделяют следующие варианты субординационных отношений:

- федеральный министр юстиции по отношению к федеральному генеральному прокурору и к иным федеральным прокурорам (§147 № 1 закона о судоустройстве);
- министр юстиции земли по отношению ко всем служащим прокуратуры на уровне земли (§147 № 2 закона о судоустройстве);

} так называемое **внешнее** право дачи указаний (§147 № 1 и 2 закона о судоустройстве);

- федеральный генеральный прокурор по отношению ко всем прокурорам на уровне федерации (§147 № 3 закона о судоустройстве по аналогии);
- федеральный генеральный прокурор по отношению ко всем прокурорам на уровне Верховного суда земли и по отношению к нижеподчиненным прокурорам при судах земли и участковых судах (§47 № 3 закона о судоустройстве);
- прокурор земли, возглавляющий прокуратуру при суде земли, по отношению ко всем прокурорам в своем округе (§47 № 3 закона о судоустройстве).

} так называемое **внутреннее** право дачи указаний (§147 № 3 закона о судоустройстве)

б) Границы права давать указания

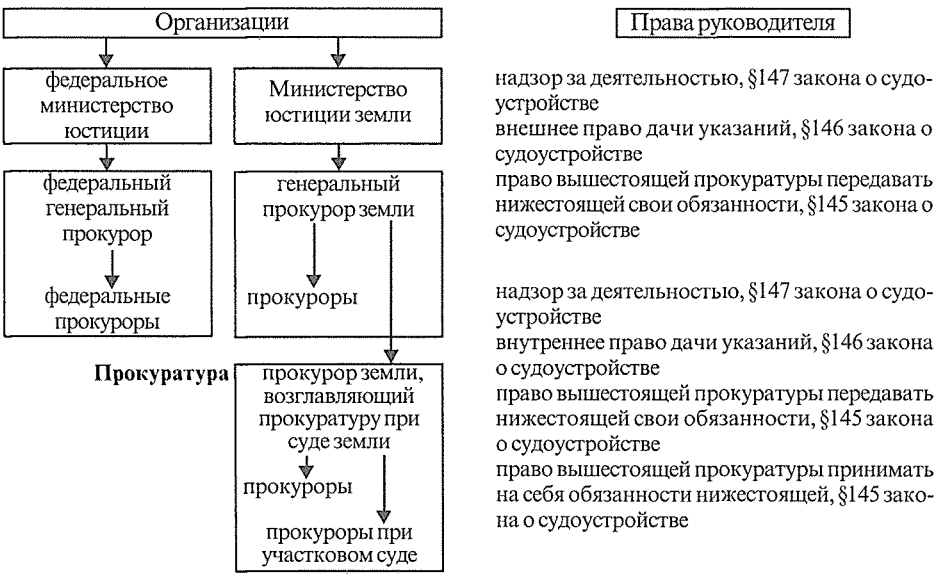
85 По общему правилу в соответствии с § 146 закона о судоустройстве каждый прокурор **должен исполнять указания**, поступившие от его начальника, однако согласно принципу правового государства (ст.20 III ОЗ) необходимо исполнять только **правомерные** указания. Противоправными являются такие указания, которые, например, вступают в противоречие с принципом законности (см. Rn 17), нарушают законный запрет (например, § 344 УК: преследование невиновного; § 258а УК: уклонение от наказания по службе), а также те, которые выходят за рамки полномочия конкретных лиц. В соответствии с нормами, регулирующими деятельность служащих (vgl §§ 56 II BBG, 38 II BRRG), прокурор не может свободно решать о правомерности или противоправности данного указания, в большинстве случаев он должен поделиться своими соображениями с непосредственным начальником. Если распоряжение все-таки остается в силе, а прокурор уверен в противоправности указания, то он должен обратиться к вышестоящему начальнику. Если последний считает, что указание правомерно, то прокурор должен его выполнить, за исключением случаев, когда в указаниях содержится **состав преступления**, либо **административное правонарушение**, или **оскорбляется человеческое достоинство**. Соблюдение в современном уголовном процессе человеческого достоинства других лиц сегодня очень актуально. Каждый прокурор, который полагает, что требуемое от него решение вступает в противоречие с его совестью, должен иметь право отказаться от расследования конкретного дела и попросить поручить его производство другому прокурору. Усмотрение начальника в рамках его права передавать свои обязанности подчиненному или перенимать на себя обязанности нижестоящего прокурора значительно сокращается в соответствии с § 145 закона о судоустройстве применительно к этому случаю. И для прокурора это не должно повлечь никаких служебных последствий. De facto означает, что вопреки воле прокурора нельзя навязать ему какие-либо указания, тем самым в большинстве случаев конфликт должен разрешаться применением права начальника перени-

мать на себя обязанности подчиненного и права начальника передавать свои обязанности нижестоящему прокурору (ähnlich Roxin, § 10 Rn 11; Rüping, Rn 70). Большинство ученых считает, что любое указание в рамках правомерности не только допустимо, но и обязывает прокурора выполнить указание вышестоящего лица (vgl nur Fezer, 2 Rn 17ff; Kühne, Rn 64; einschr. Krey, I Rn 382ff).

86 в) **В судебном разбирательстве** существуют свои особенности, поскольку на данной стадии встречается много решений, требующих непосредственного восприятия лиц, принимающих решения. Из принципа непосредственности (§ 261 УПК) следует, что в этом отношении право прокурора присутствовать на судебном заседании должно применяться особенно экстенсивно на основе принятого под свою ответственность решения. В соответствии с этим положением (Rn 85) начальник может отдавать любое указание, в частности, после того как он составил себе общее представление о деле на основании доклада, представленного прокурором, присутствующим в зале судебного заседания. Однако в случае конфликта у прокурора, присутствующего в зале судебного заседания, должна быть возможность не следовать указанию. Начальник может при необходимости воспользоваться своим правом перенять на себя обязанности своего подчиненного, а также возложить на него выполнение своих обязанностей. Согласно господствующему сегодня мнению нельзя давать указания по конкретному составлению заключительной речи прокурора (Roxin, § 10 Rn 11; Böhm, DRiZ 2000, 255).

87 г) Организацию и функции прокуратуры можно изобразить графически:

Схема 2: Организация и функции прокуратуры



IV. Место прокуратуры в системе разделения властей

1. Место прокуратуры между исполнительной властью и правосудием

88 Иерархическая организация прокуратуры, зависимость каждого прокурора от указаний вышестоящего, а также право вышестоящего передавать свои обязанности подчиненному или перенимать на себя обязанности нижестоящего лица, – все это приводит

к тому, что прокуратуру следует рассматривать как **орган исполнительной власти** (so BVerfGE 103, 142, 156; BVerfG NJW 2002, 815; krit. Schaefer, NJW 2001, 1396).

С другой стороны, существующие границы права для дачи указаний, независимость прокуратуры от суда, согласно § 150 закона о судоустройстве, ее обязанность к объективному выполнению задач расследования (§ 160 II УПК) и в особенности большие возможности прокуратуры по прекращению процесса в соответствии с §§ 153ff УПК (см. Rn 333ff), – все это достаточно сильные аргументы, чтобы признать прокуратуру **органом, осуществляющим правосудие** (so BGHSt 24, 170, 171; Günter, DRiZ 2002, 65). На наш взгляд, более правильна иная точка зрения, в соответствии с которой прокуратура занимает **промежуточное место** между исполнительной властью и органом, осуществляющим правосудие (s. Kühne, Rn 61: «Zwischenrolle»; Peters, § 23 II: «Doppelrolle»), с преобладающим компонентом органа, осуществляющего правосудие. Данная позиция рассматривается в качестве господствующей. Достаточно проблематичным в этой связи выступает только одно обстоятельство: федеральный генеральный прокурор, а также генеральные прокуроры в пяти землях федерации являются политическими служащими, которых правительство в любой момент может отправить в отставку (zutreffende Kritik bei Rautenberg, DRiZ 2000, 141).

2. Признание преюдиции прокуратуры

89 Согласно § 152 II УПК у прокурора существует **обязанность к принятию мер по расследованию преступления**, если достаточно фактическх данных о том, что было совершено уголовно наказуемое деяние. При наличии достаточного подозрения в совершении преступления в соответствии с § 170 I УПК **необходимо** уже предъявить государственное обвинение (**принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления**). Однако не ясно, кто разрешает такой правовой вопрос: является ли рассматриваемое деяние «уголовно наказуемым». Возникает проблема: вправе ли прокуратура прекратить расследование уголовного дела и не предъявлять государственного обвинения, если она, исходя из правовых оснований, полагает, что рассматриваемое деяние не уголовно наказуемое, в то время как судебная практика считает подобное поведение уголовно наказуемым. Существует также обратная ситуация: прокуратура хотела бы предъявить государственное обвинение, но суды по подобным делам выносят только оправдательные приговоры.

В последнем случае прокуратуре не возбраняется подвергать сомнению судебную практику. Иначе суды из-за отсутствия обвинительного заключения не могли бы в принципе вносить корректировки в судебную практику. С позиции обвиняемого это является определенным ущемлением его прав (zutreffend Krey, I Rn 359), однако выполнение требований, предъявляемых к вынесению постановления об открытии судебного разбирательства (§ 203 УПК), представляет собой достаточную защиту.

90 Проблематичен первый случай, когда прокуратура (в отличие от судебной практики) отрицает наказуемость совершенного деяния. В соответствии с господствующим в литературе мнением **зависимость прокуратуры от практики судов высшей инстанции не признается** (Bohnert, S. 299ff; Hellmann, II § 1 Rn 28; Lesch, 2 /68; Roxin, § 10 Rn 12; Rüping, Rn 69; SK-Weßlau, § 152 Rn 22). Существуют следующие аргументы, обосновывающие данный тезис. В соответствии с § 150 закона о судоустройстве прокуратура не зависима от суда, кроме того, выступая в качестве «госпожи предварительного расследования», она вправе самостоятельно по собственному усмотрению

принимать решения о предъявлении государственного обвинения или о прекращении процесса. Подобными аргументами возможно обосновать ненарушение принципа монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления (§§ 152 II, 170 I УПК). Рассматривать вопрос о нарушении данного принципа допустимо только в той мере, когда, по мнению прокуратуры, как органа, предъявляющего обвинение, было совершено уголовно наказуемое деяние.

Однако позиция **Верховного суда ФРГ** (BGHSt 15, 155ff) и доктрина права (vgl KK-Schmid, § 170 Rn 6; Schlüchter, Rn 64) **одобряют зависимость прокуратуры от судебной практики**. В соответствии со ст. 72 ОЗ осуществление правосудия возложено на суды. Однако в противоречие этому суд лишен возможности осуществлять свою функцию вследствие монополии прокуратуры предъявлять обвинение, когда последняя собирается прекратить процесс, исходя из обстоятельств дела, в то время как судебная практика настаивает на осуждении лица. Это противоречит также смыслу § 170 I УПК, в соответствии с которым необходимо предъявить государственное обвинение при наличии достаточной вероятности для последующего осуждения. Кроме того, это угрожало бы равенству всех перед законом (ст. 3 I ОЗ), особенно из-за наличия в жесткой иерархической системы прокуратуры права давать указания нижестоящим должностным лицам, что может привести к злоупотреблениям. Дополнительно ссылаются также на принцип разделения властей, согласно которому только законодателю вменяется в обязанность с учетом устоявшейся судебной практики влиять на действительность посредством принятия новых законов. Прокуратура обладает достаточной независимостью (§ 150 закона о судоустройстве) в пределах действия оценки фактических обстоятельств дела. Она вправе представлять в судебном процессе свою позицию относительно дела и при необходимости ходатайствовать об оправдательном приговоре по правовым основаниям.

На основе этого толкования возникает еще одна проблема: должна ли прокуратура учитывать **достаточно устоявшуюся** судебную практику? Здесь следовало бы предоставить свободу выбора действия прокуратуре, и необходимо требовать однозначных и ясных решений от Верховного суда ФРГ или постоянной неподлежащей обжалованию судебной практики нижестоящих судов. Если эти требования не выполняются, то прокуратура должна сама принимать решение о наказуемости конкретного деяния (BGHSt 15, 155, 158).

3. Существует ли обязанность принимать меры по расследованию преступлений при получении сведений о преступлении «вне службы»?

Из принципа монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления возникает проблема: возложена ли на прокурора обязанность принимать меры по расследованию преступления при **получении сведений о преступлении вне службы**. Если существуют «достаточные фактические данные», свидетельствующие о совершенном преступлении (§ 152 II УПК), то прокурор обязан начать расследование уголовного дела. Он обязан также начать осуществление уголовного преследования, если получил сведения о преступлении «иным образом», а не из жалобы потерпевшего и заявления лица (§ 160 I УПК). Все эти аргументы свидетельствуют о том, что прокурор должен проводить расследование и в дальнейшем предъявлять обвинение независимо от того, каким образом он получил сведения о преступлении, в том числе если он даже узнал о преступлении вне исполнения своих служебных обязанностей. С другой стороны, государственный служащий, как

91

и другое лицо, имеет право на частную жизнь, которое должно быть ему гарантировано. Поэтому в литературе за прокурором не признается обязанность принимать необходимые меры по расследованию преступлений, если он получил информацию вне исполнения своих служебных обязанностей (SK-StGB-Hoyer, § 258a Rn 6; LR-Rieß, § 160 Rn 29; Laubenthal, JuS 1993, 907; Pawlik, ZStW 111 (1999), 354; Volk, § 8 Rn 11). С учетом большого значения принципа монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления, одной из целей которого является защита общества от преступлений, равенство всех перед законом, а также осуществление государственного требования наказания, в соответствии с преобладающим мнением в судебной практике (BGHSt 5, 225, 229; 12, 277, 280f) и литературе (Lackner/Kühl, § 258a Rn 4; Tröndle/Fischer, § 258a Rn 4) в **каждом конкретном случае требуется взвешивать различные интересы**. При решении данного вопроса, с одной стороны, необходимо учитывать следующее обстоятельство: **насколько тесно это связано с личной жизнью прокурора**, а с другой – нужно принимать во внимание также **тяжесть совершенного уголовно наказуемого деяния и степень опасности для общества** при непринятии мер по раскрытию конкретного преступления. Так, за прокурором нужно всегда признавать обязанность к принятию мер по расследованию преступления при получении сведений о нем даже в частном порядке, если речь идет **об особо тяжких преступлениях, которые «в сильной степени ущемляют, затрагивают интересы общества»** (RGSt 70, 251f), в частности, при расследовании убийства при отягчающих обстоятельствах, вымогательства, совершенного путем угрозы применения насилия, преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств. В литературе, в частности, представлена такая позиция: обязанность у прокурора должна существовать при подозрении в совершении преступлений, предусмотренных § 138 УК (Geppert, Jura 1982, 139, 148; Roxin, § 37 Rn 3), или при совершении преступлений в смысле § 12 I УК (Hellmann, II § 1 Rn 14). Данная обязанность действовать есть не только у прокуроров, но также в соответствии с § 163 УПК и цитируемым выше принципом у сотрудников полиции, находящихся в подчинении у прокуратуры (BGHSt 38, 388 m. Anm. Mitsch u. Bergmann, StV 1993, 518; BGH StV 1989, 16; BGH wistra 2000, 92 m. krit. Anm. Wollweber, wistra 2000, 338; OLG Köln NJW 1981, 1794; OLG Karlsruhe NStZ 1988, 503; OLG Koblenz StV 1999, 541 m. Anm. Martin, JuS 1999, 194; s. auch Wessels/Beulke, AT Rn 721).

4. Отвод прокурора

92 Раньше почти не возникала проблема **необъективного прокурора**, поскольку он вследствие своей профессиональной деятельности рассматривался уже как пристрастное лицо, сегодня «победил» образ прокурора, который объективно и независимо осуществляет уголовный процесс. Впоследствии возникли соображения об отводе прокурора, если он в конкретном случае не соответствует данному представлению и, по меньшей мере внешне, по отношению к обвиняемому действует предубежденно. Но в этой связи возникает вопрос: возможно ли в принципе разграничить право отвода и проблему его реализации.

а) Право отвода по предметному основанию

93 Исходя из текста закона, правила отстранения и отвода §§ 22ff УПК действуют только для судьи и эксперта (§ 74 УПК). Это имеет свое хорошее основание, поскольку за **прокурором** признана – пусть и в ограниченном объеме, согласно § 160 II УПК, –

односторонность. Изначально прокурор вправе исходить из самых неблагоприятных для обвиняемого версий совершенного деяния. В судебном разбирательстве прокурор обязан огласить обвинение (§ 243 III УПК) и тем самым выразить, в чем он конкретно обвиняет подсудимого, в то же время закон не требует от него изложения всех достаточно отдаленных предположений в виновности подсудимого.

С другой стороны, прокурор обязан руководствоваться истиной и справедливостью. Речь не может идти об изобличении виновного любой ценой, вина обвиняемого должна быть установлена в справедливом уголовном процессе с соблюдением требований правового государства. Поэтому прокурор не должен рассматриваться как субъект процесса, сохраняющий на всех стадиях определенный нейтралитет и избегающий любого подозрения в пристрастности (wie hier BVerfG NJW 2001, 1121, 1128). Однако граница достигнута, когда существует подозрение, что прокурор действует **исключительно против или в пользу обвиняемого и более не способен к объективной оценке результатов расследования**. Эту ситуацию нельзя непосредственно сравнить с положением судьи, однако (в некоторых моментах) между ними есть много общего (s. auch Schaefer, Rieß-FS, S. 491). Поэтому возможно учитывать **правовые соображения** §§ 22ff УПК.

Общепризнанным **основанием для отстранения** от осуществления своих функций согласно § 22 УПК служит сомнение в беспристрастности (см. Rn 68, 74), особенно это видно в случаях, когда прокурор:

- сам является потерпевшим в результате совершенного уголовно наказуемого деяния (§ 22 № 1 УПК);
- является супругом или родственником обвиняемого (§ 22 № 2 и 3 УПК);
- раньше по делу выступал в качестве защитника (§ 22 № 4 letzte Alt. УПК).

Однако прокурор может далее принимать участие в процессе, если он раньше выступал по делу как чиновник прокуратуры или полицейский. § 22 № 4 Alt. 1 и 2 УПК нельзя учитывать аналогично (weiterführend SK-Rudolphi, Vor § 22 Rn 22ff; Pfeiffer, Rebmann-FS, S. 359ff).

Исходя из этого, возможно учитывать **основание отвода прокурора** (но не процесса) в связи с **сомнениями в беспристрастности** (§ 24 УПК), поскольку очевидна «преувеличенная необъективность» прокурора, т.е. нужно опасаться, что он не в состоянии объективно оценить результаты расследования.

Наряду с представленной здесь позицией ограниченного применения по аналогии §§ 22ff УПК в литературе приводятся догматические обоснования недопустимости участия в процессе необъективного прокурора, в частности: 94

- следствие из непрописанного в уголовном процессе принципа правового государства – требование справедливого процесса (so Arloth, NJW 1985, 417, 418; Egon Müller, JuS 1989, 311), или
- применение §§ 7ff AGGVG Niedersachsen, 11 AGGVG Baden-Württemberg, закрепляющих определенные основания исключения прокурора из процесса в качестве общих директив (so etwa OLG Stuttgart NJW 1974, 1394, 1395; Roxin, § 10 Rn 13), или
- правовая аналогия §§ 22ff УПК и §§ 20ff закона, регулирующего порядок рассмотрения административных нарушений федерации и земель, т.е. основания отвода для служащих администрации (Böttcher, Roxin-FS, S. 1335; Reinhardt, J., Der Ausschluss und die Ablehnung des befangen erscheinenden Staatsanwalts, 1997, S. 151ff), или
- дополнительная правовая аналогия §§ 138a, 138b УПК (so Krey, I Rn 419).

б) Прокурор, выступающий в качестве свидетеля

До сих пор Верховный суд ФРГ признавал основание отвода прокурора в связи с сомнениями в беспристрастности, если он участвовал в том же самом уголовном процессе в качестве свидетеля (BGH NStZ 1983, 135; 1994, 194; BGH StV 1989, 95

240). В отношении прокурора, выступающего в качестве свидетеля, существуют **сомнения относительно объективности оценки своих собственных показаний**, например, в заключительной речи обвинителя.

Однако Верховный суд ФРГ все чаще подчеркивает, что подсудимый не должен обладать возможностью удалить из процесса при помощи соответствующих ходатайств о допущении доказательств введенного в курс дела с самого начала и сведущего представителя обвинения (BGH NStZ 1989, 583 mit Anm. Müller-Gabriel, StV 1991, 235). По крайней мере, прокурор, выступающий в качестве свидетеля, не целиком исключается из дальнейшего участия в процессе, а **только в той мере, когда его деятельность находится в неразрешимой связи со свидетельскими показаниями** (BGH, aaO; kritisch Grünwald, S.20). Это, прежде всего, значит, что в заключительной речи обвинителя свидетельское показание прокурора должно оцениваться другим прокурором. Не требуется никакого другого прокурора, если присутствующий на заседании был допрошен только относительно технических моментов или по прочим незначительным дополнительным вопросам (BGHSt 14, 265ff; BGH NStZ-RR 2001, 107).

в) Реализация права отвода прокурора в соответствии с нормами УПК

96 Поскольку УПК не закрепляет право отвода прокурора, то и не существует порядка его реализации.

аа) Сначала обвиняемый может попросить заменить необъективного прокурора на другого согласно § 145 закона о судоустройстве (BGH NStZ (M) 1989, 14; OLG Zweibrücken NStZ-RR 2000, 348).

бб) В литературе предлагается аналогичное применение §§ 22ff УПК (Frisch, StV 1993, 613ff). Однако это приводит к нежелательному контролю со стороны суда по отношению к прокурору.

вв) Суд земли в Mönchengladbach (StV 1987, 333) в соответствии с принципом справедливого процесса изъял у суда обязанность отстранять и заменять прокурора согласно § 145 закона о судоустройстве. Однако это также приводит к судебному контролю за прокуратурой, что запрещает § 150 закона о судоустройстве, и это нежелательно.

гг) Другие авторы (Bottke, StV 1986, 120, 123; Roxin, § 10 Rn 13; Hilgendorf, StV 1996, 50) предлагают применять § 23 вводного закона к закону о судоустройстве, в соответствии с которым отвод и замена прокурора рассматривается (Верховным судом земли) как акт управления в области юстиции, который возможно обжаловать. Несмотря на то, что при замене или не замене речь идет только о «мероприятии внутри одной организации», а не о «регулировании с непосредственным воздействием на права заинтересованного лица» (vgl OLG Hamm NJW 1969, 808), все это ведет к неприемлемой задержке процесса. Даже при аналогичном применении § 29 II УПК (возможность последующего слушания дела) реализация § 23 вводного закона к закону о судоустройстве является слишком медленной, и в судебном разбирательстве парализуется вынесение необходимых решений.

97 дд) Только обход буквального толкования закона содействует кассационному праву. В соответствии с судебной практикой (BGH NStZ 1983, 135; 1991, 595) и господствующей позицией в литературе (zB SK-Rudolphi, Vor § 22 Rn 38; Pawlik, NStZ 1995, 309; Müller-Christmann, JuS 2002, 68) последующее участие в процессе прокурора, подлежащего отводу, нужно рассматривать как **основание для кассации в смысле § 337 УПК**, при этом нельзя в данном отношении проводить грани между «исключенным» и «необъективным» прокурором (so aber Krey, I Rn 447-450 mwN). В период осуществления права на отвод возможно по аналогии применять § 25 УПК (в частности, незамедлительный отвод). Кассационный порядок обжалования может привести к неудовлетворительной ситуации: суд первой инстанции при отсутствии собственного права на отвод и контроль должен вынести ошибочный приговор, который будет затем отменен в кассационном порядке.

Решение задачи 12. а) Деятельность прокуратуры подчиняется **принципу монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления законности** (§§ 152 II, 170 I УПК). Исполняя обязанность принимать меры по расследованию преступлений, прокурор связан с судебной практикой высших судебных инстанций (BGHSt 15, 155f; aA die im Schrifttum hM). Прекращение процесса в соответствии с § 170 II УПК было бы противоправным (подробно см. Rn 89). **98**

б) Если прокурор полагает, что позиция высших судебных инстанций не может быть совместима с его совестью, то он должен доложить об этом своему начальнику. Руководитель может сам проводить расследование в отношении А. и сам предъявить ему обвинение, т. н. **право вышестоящего должностного лица перенимать обязанности у своих подчиненных** в соответствии с § 145 I 1. Alt. закона о судоустройстве. Руководитель также может поручить производство расследования другому прокурору, т.е. использовать свое **право передавать обязанности другому должностному лицу** (§ 145 I 2. Alt. закона о судоустройстве). Кроме того, существует возможность дать указание по расследованию уголовного дела (§ 170 I УПК в сравнении с § 146 закона о судоустройстве). Если К. думает, что может не выполнять данное указание, то он может в этом отношении не повиноваться указанию вышестоящего лица (позиция очень спорна; иное господствующее мнение) (подробно см. Rn 85).

Решение задачи 13. При **получении сведений о преступлении вне исполнения своих служебных обязанностей** у прокурора существует только тогда обязанность принимать меры по расследованию преступления, когда речь идет об **особо тяжком преступлении**, которое в значительной мере ущемляет интересы общества. С учетом сказанного в случае а) у прокурора бесспорно существует обязанность принять все необходимые меры для расследования данного преступления, поскольку речь идет, с одной стороны, о частной жизни прокурора, а с другой – об убийстве при отягчающих обстоятельствах, совершение которого само по себе уже сильно затронуло интересы общества. Случай б) находится в пограничной зоне (BGH StV 1989, 16 – betraf einen Polizeibeamten; RGSt 70, 251ff) (подробно см. Rn 91). **99**

Решение задачи 14. После допроса прокурора К. в качестве свидетеля исключается его последующая деятельность в данном процессе в качестве государственного обвинителя, поддерживающего государственное обвинение, поскольку речь идет об оценке его свидетельских показаний (BGH NStZ 1983, 135). Это следует из применения §§ 22ff УПК. Однако относительно процесса существует запрет на аналогичное применение §§ 22ff УПК, в большинстве случаев **право кассации** действует только для **реализации отвода**. Кассация обосновала бы ошибочное последующее участие К. (также применительно оценки собственных свидетельских показаний), поскольку приговор в суде первой инстанции был основан на процессуальной ошибке (§ 337 УПК). **100**

§ 6. Полиция – помощница прокуратуры

Задача 15. Грабитель банка Б. находился с заложником в банке и требовал от властей свободного выхода с заложником и с деньгами. Прокурор С. дал указание полицейским стрелять в Б., когда тот с заложником будет покидать здание банка. Является ли указание прокурора правомерным?

I. Право давать указания

101 Прокуратура в соответствии с § 160 УПК может сама осуществлять все необходимые следственные действия, однако, как правило, из-за большой загруженности сама не посредственно все действия проводить не может. Поэтому она нуждается в чиновниках, которые проводили бы нужные мероприятия. Немецкое уголовное право не предусматривает в системе организации прокуратуры оперативных работников, которые могли бы выполнять данные функции, в связи с чем прокуратура обладает правом давать указания **сотрудникам полиции и полицейским службам** (§ 161 УПК).

Организация полиции относится к компетенции земель в соответствии со ст. 30, 70ff ОЗ (vgl zB das BayPOG und das OBG NW). В качестве исключения на федеральном уровне также существуют органы с полицейскими функциями. Прежде всего это – **Федеральное управление уголовной полиции**, основная работа которого – борьба с международной и федеральной преступностью (Rechtsgrundlage: BKA-Gesetz, abgedr. In Sartorius I Nr450). Федеральное управление уголовной полиции является одновременно национальным Центральным бюро Интерпола (международная уголовно-полицейская организация). Федеральное управление уголовной полиции должно собирать, оценивать информацию о преступлениях, а также заниматься криминально-техническими исследованиями, в том числе проводить экспертизы по просьбе органов, осуществляющих уголовное преследование. В исключительных случаях Федеральное управление уголовной полиции перенимает полицейские функции и непосредственно само проводит расследование преступлений. Оно осуществляет само уголовное преследование в сфере международной преступности включая международный терроризм и посягательства на членов конституционных органов и иностранных дипломатов. Но по общему правилу Управление координирует деятельность полиции земель: **в землях существуют свои управления уголовной полиции**, которые подчиняются Федеральному управлению уголовной полиции и осуществляют борьбу с многообразной преступностью.

Наряду с Федеральным управлением уголовной полиции на федеральном уровне существует еще и **Федеральное ведомство по охране конституции**, основная работа которого – это обеспечение охраны Основного закона (Rechtsgrundlage: Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes, abgedr. In Sartorius I № 80). Данный орган не наделен полицейскими полномочиями по расследованию преступлений, в большинстве случаев он занимается сбором и оценкой информации о преступлениях, входящих в его компетенцию. Если федеральное ведомство по охране конституции узнало о совершении преступления, то оно должно передать всю необходимую информацию компетентным органам осуществляющим уголовное преследование (например, федеральному или земельному управлению уголовной полиции). В этой связи еще существуют указания на **осуществление защиты границ федерации** (s. dazu das Bundesgrenzschutzgesetz, abgedr. In Sartorius I № 90). Также существуют уже многие международные организации, в частности, в рамках Шенгенской информационной системы (BGBl II 1993, S. 1010, 1061; dazu Tuffner, Kriminalistik 2000, 39) и Европол (s. Gleß, NStZ 2001, 623; Ostendorf, NJW 1997, 3418; Storbeck, DRiZ 2000, 481).

102 Если прокуратура по немецкому праву подчиняется министерству юстиции, то полиция находится в ведении **министерства внутренних дел**. Подобная ситуация способствует ограниченному, а не тотальному воздействию прокуратуры на полицию. Однако в целях борьбы с преступностью прокуратура обладает **правом давать указания** полиции, которые та должна по общему правилу выполнять (§ 161 I УПК). Это право давать указания действует применительно ко **всем** полицейским служащим, однако существует определенная дифференциация:

Определенная группа полицейских называется **помощниками прокуратуры**[3]. Они наделены особыми полномочиями и при этом должны выполнять все **постановления** про-

[3] Все служащие полиции подразделяются на помощников прокуратуры, которые наделены специальными полномочиями по осуществлению расследования уголовных дел, и на остальных полицейских служащих.

куратуры (§ 152 закона о судоустройстве). Право земли определяет, кто из служащих полиции относится к помощникам прокуратуры (ср. в Баварии § 1 распоряжения о помощниках прокуратуры, Ziegler/Tremel № 755: «помощниками прокуратуры» являются все служащие со служебным званием старший сержант и выше, а также другие служащие, например, финансовой службы, службы по охране защиты леса, рыболовства и охоты). В § 161 I 2 УПК употребляется такое выражение, как выполнение (следственного) **поручения** прокуратуры (применительно к полицейским-помощникам прокуратуры).

Обычные служащие полиции обязаны действовать только по просьбе прокуратуры, § 161 I 2 УПК. В законе употребляется понятие «просьба», поскольку в отношении этих полицейских не существует отношения подчинения к прокуратуре.

II. Роль полиции

1. Полиция осуществляет **двойную функцию**, она одновременно действует в сфере превенции и репрессии: **103**

- **к превенции** относится предотвращение нарушений общественного порядка и безопасности (в том числе и предотвращение преступлений), например, наблюдение за общественными местами и т.д. В этой области деятельность полиции регулируется **полицейскими законами и законами по обеспечению безопасности, действующими на уровне земли**;
- **к репрессивной сфере** относится раскрытие уже совершенных преступлений, здесь действуют в основном положения уголовно-процессуального права (в частности, УПК и закона о судоустройстве).

Право прокуратуры давать указания полицейским в соответствии с § 161 I УПК в сравнении с § 152 закона о судоустройстве относится только к осуществлению полицейской деятельности в **области репрессии** (постановление о задержании подозреваемого лица), решающим при определении превенции и репрессии является **характер самой деятельности** (so auch Knemeyer, Rn 122; ähnlich auch die RiStBV, Anlage A III, die allerdings in etwas vager Form von einem Letztentscheidungsrecht der Polizei ausgehen). В случаях освобождения заложников по общему правилу в первую очередь приоритет отдан защите жизни заложника, в связи с чем прокуратура не в праве давать указания полиции по использованию оружия при освобождении заложников (iE ebenso Knemeyer, Rn 402; AK-Achenbach, § 163 Rn 11).

2. Служащие полиции (помощники прокуратуры и обычные служащие полиции) действуют не только по просьбе прокуратуры, а также сами, поскольку это входит в их сферу деятельности. При определенных обстоятельствах возможно подавать заявления непосредственно полиции (§ 158 I УПК). Согласно § 163 I 1 УПК на полицию возложена задача по **обнаружению и исследованию всех обстоятельств дела, относящихся к преступлению**. Вместе с тем полиция должна заботиться о сохранности полученных сведений и доказательств и о предотвращении сокрытия необходимой для расследования информации (§ 163 I 1 УПК). **104**

Длительное время было спорно, в каком объеме полиция должна действовать с этой целью, поскольку не существовало специальных законных полномочий, так как § 163 УПК содержит только указание на задачу полиции, но там не определены права для вмешательства в основные права при производстве процессуальных действий.

Проблема была решена в новой редакции § 163 УПК, поскольку там специально законодательно урегулировано производство разнообразных проводимых полицией мероприятий. В частности,

это **систематический розыск преступников при помощи электронной системы обработки данных**, при котором в соответствии с криминалистическими критериями электронным путем происходит оценка определенных существующих файлов (§§ 98a – 98c УПК); **наблюдение** посредством фотографирования, видеозаписи и применения иных технических средств (§ 100c I №1 УПК); **длительное наблюдение** (§ 163f УПК); т. н. **«подслушивание»**, при котором прослушиваются и записываются на пленку конфиденциальные разговоры (§ 100c I № 2 и 3 УПК); **внедрение тайного агента** (§§ 110a ff УПК); т.н. **всеобщая полицейско-розыскная проверка**, при которой оцениваются и временно хранятся данные, полученные в результате пограничных проверок и контроля в общественных местах согласно § 111 УПК (§ 163d УПК). Эти мероприятия включают установление и оценку прокурорского процессуального регистра, деятельность которого выходит за пределы одной страны (§§ 492ff УПК).

В соответствии с законом о внесении изменений в УПК от 1999 г. было закреплено **общее положение по расследованию** (§§ 161 I, 163 I УПК). Уголовно-процессуальный кодекс при производстве следственных действий, затрагивающих в существенной мере конституционные права и свободы граждан, требует соблюдения принципа, закрепляющего индивидуальное полномочие на вмешательство в основные права. Однако ввиду появляющихся все новых форм преступности вряд ли возможно исчерпывающим образом прописать в законе эффективные меры по борьбе с ней. Поэтому для мероприятий, производство которых не в большой мере посягает на охраняемые основные права граждан, необходимо закрепление в законе общего положения по расследованию. §§ 161 I, 163 I УПК предоставляют прокуратуре исключительное право самостоятельно проводить **необходимые следственные действия**. Однако эти положения УПК не предоставляют необходимых индивидуальных полномочий на «слишком активное» вмешательство в конституционные права и свободы граждан. По воле законодателя для производства длительного наблюдения за обвиняемым, обыска или выемки необходимо получение индивидуального полномочия, поэтому, руководствуясь только §§ 161 I, 163 I УПК, допустимо производство таких мероприятий, степень вмешательства которых в конституционные права ниже, чем в вышеперечисленных. Например, на основании §§ 161 I, 163 I УПК возможно получить справки для осуществления поиска лица, а также провести краткосрочное наблюдение за обвиняемым (BT-Drucks. 14/1484, S.20, 23; Brodersen, NJW 2000, 2536; Hilger, StraFo 2001, 109, 111; Lesch 3/29; Lilie, ZStW 111 (1999), 807; krit. Hefendehl, StV 2001, 700).

105 Сегодня абсолютно неясно: какие законные пределы существуют для возможного использования полученной полицией **превентивной** информации в целях уголовного преследования. Законодатель в законе о внесении изменений в УПК от 1999 г. закрепил только общее видение решения данной проблемы (vgl BT-Drucks. 14/1484, S.23), поскольку победила позиция, согласно которой, исходя из общих соображений, в принципе в уголовном процессе возможно в неограниченном объеме использовать полицейские данные (BT-Drucks. 14/2886, S.3 im Anschluß an BGH NStZ 1992, 44, s. Hilger NStZ 2000, 564; abw. Hefendehl, StV 2001, 700). Учитывая, что часто достаточно трудно отделить превентивную информацию от репрессивной, то это может действовать только при оговорке, что невозможно обойти УПК даже при наличии специальных оснований для вмешательства в основные права, предусмотренные в полицейском праве (Schnarr, StraFo 1998, 217). В отношении специальной сферы полицейско-превентивных данных, полученных при применении технических средств и за пределами квартиры при проведении негласного расследования в целях собственной безопасности, § 161 II УПК определяет, что возможно использовать данную информацию в уголовном процессе только тогда, когда участковый суд установил законность данного мероприятия (zur spezielleren Regelung des § 100f II StPO bzgl Erkenntnissen aus polizeilichen Lauschangriffen, s.u. Rn 266, zum Ganzen Brodersen, NJW 2000, 2538; SK-Rudolphi/Wolter, § 100c Rn 2a). Näheres zu Präventivstrategien bei Artzt, M., Die verfahrensrechtliche Bedeutung polizeilicher Vorfeldermittlungen, 2000; Weßlau, E., Vorfeldermittlungen, 1989.

106 Положения закона исходят из того, что полиция обладает правом и одновременно обязанностью **совершения первых неотложных действий** по реагированию, а затем она должна **незамедлительно сообщить прокуратуре**, которая перенимает дальнейшее руководство расследованием уголовных дел (§ 163 I, II 1 УПК). Одна-

ко действующая реальность такова, что в преобладающем большинстве случаев (особенно при преступлениях небольшой тяжести) полиция непосредственно сама проводит основные следственные действия вплоть до предъявления обвинения. Только затем она передает материалы уголовного дела в прокуратуру, поскольку прокуратура из-за недостатка людского ресурса и обязанности собирать и обрабатывать информацию о преступлениях не может в полной мере на практике выступать «госпожой предварительного расследования» (krit. dazu Rieß, Schäfer-FS, S.195f; Lilie, ZStW 106 (1994), 625; ders., in: Rössner /Jehle (Hrsg.), Kriminalität, Prävention und Kontrolle, 1999, S.59; Schaefer, Hanack-FS, S.191; Schünemann, Kriminalistik 1999, 74, 146 und Weidmann, Kriminalpolitik 2001, 378).

III. Права полиции по применению мер принуждения

У полиции для выполнения возложенных на нее задач находятся в распоряжении следующие права по применению мер принуждения. **107**

1. **Все служащие полиции** вправе проводить:

– кратковременное задержание в соответствии с §§ 127 I 1, II, 163b I 2 УПК;
– мероприятия, связанные со службой уголовной регистрации (§§ 81b, 163b I 3 УПК);
– установление личности (§ 163b УПК);
– фотографирование, производство видеозаписи и использование прочих технических средств (§ 100c I Nr1 УПК);
– допрос обвиняемого, свидетелей и экспертов (vgl § 163a I, IV, V УПК).

2. **Только помощники прокуратуры** (а также только они при «опасности в промедлении», т.е. когда существует опасность потери доказательств, вместо прокурора или следственного судьи) могут вынести **постановление о производстве:** **108**

– телесного освидетельствования (а также взятие пробы крови на анализ) обвиняемого (§ 81a II УПК);
– телесного освидетельствования свидетелей (§ 81c V УПК);
– выемки (§ 98 I УПК) и обыска (§ 105 I 1 УПК);
– «малого» подслушивания (§§ 100c I Nr2, 100d I 1 УПК);
– установления системы контроля в общественных местах (§ 111 II УПК);
– объявления в розыск (§ 131 I УПК).

Решение задачи 15. Использование огнестрельного оружия при освобождении заложника следует рассматривать превентивной мерой, поскольку в первую очередь преследуется цель обеспечения личной безопасности заложника. Поэтому прокуратура не может давать обязательные для полиции указания (K /M-G, § 161 Rn 13). Однако по-другому надо разрешать проблему, если грабитель уже совершил преступление и речь идет только о его задержании. Тогда прокуратура в соответствии с § 161 УПК должна провести мероприятия по его задержанию, и в данном случае допустимо использование оружия (ebenso Roxin, § 10 Rn 33; krit. Krey, I Rn 509). Ситуация в задаче находится в пограничной зоне между превентивной и репрессивной деятельностью полиции. Поскольку при освобождении заложника **акцент** всегда **сделан на превенции**, то использование полицейскими оружия по указанию, данному прокуратурой, является противоправным (подробно см. Rn 103). **109**

§ 7. Допрос обвиняемого, его права и обязанности

Задача 16. Во время своего первого допроса в полиции, которая не разъяснила обвиняемому А., что у него есть право отказа от дачи показаний, обвиняемый сознался в совершении преступления. Позже, в судебном разбирательстве, он отказался от своих прежних показаний. Возможно ли использовать показания обвиняемого А., полученные в результате его первого допроса в полиции, для вынесения приговора?

Задача 17. Е., собственник предприятия оптовой торговли, обнаруживает, что в кассе недостает 10 000 евро. Он звонит в полицию, и для выяснения обстоятельств дела на предприятие прибывает комиссар уголовной полиции К.

а) когда К. встречает доверенное лицо П., то объявляет, не допросив П., что он, вероятно, взял деньги из кассы;

б) К. последовательно опрашивает всех 30 сотрудников предприятия по поводу случившегося. В результате чего выясняется виновность П. в совершении преступления;

в) когда Е. позвонил в полицию, то он заявил органам власти о преступлении, в совершении которого подозревает П. Во время опроса П. признался комиссару уголовной полиции К. в совершении преступления;

г) в результате анонимок из коллектива, указывающих на виновность П. в совершении преступления, прокуратура постановила провести обыск в квартире П., его производством руководил К. Доказательств вины П. не было обнаружено. Но во время обыска в разговоре К. с П. о случившемся последний признал свою причастность к преступлению.

Во всех случаях процесс проводится в отношении «неизвестного лица». Права обвиняемому не разъяснены, поскольку не установлен обвиняемый. Впоследствии П. не признал свою вину. Можно ли использовать в уголовном процессе ранние показания П., данные им в качестве свидетеля, и возможно ли эти показания использовать для вынесения приговора?

I. Понятие обвиняемого

110 1. Уголовно-процессуальный кодекс в зависимости от хода процесса по-разному называет лицо, в отношении которого осуществляется уголовный процесс:

обвиняемым в широком смысле – он существует на протяжении всего процесса включая подозреваемого (BGHSt 26, 367, 371), однако он является

собственно обвиняемым, когда ему предъявлено государственное обвинение (§ 157 1.Alt. УПК), т.е. когда существует в отношении его обвинительное заключение (§ 170 I УПК) и

подсудимым, когда решено начать судебное разбирательство (§ 157 2.Alt. УПК).

Обвиняемый в уголовно-правовом процессе выступает не объектом, а **субъектом процесса**, который наделен определенными правами (см. Rn 115) и который может влиять на ход процесса (BVerfGE 63, 380, 390; BVerfG StV 2001, 601; BGHSt 38, 372, 374). Именно эта **защищенная законом позиция** обвиняемого указывает на необходимость разрабатывать конкретные критерии для обоснования положения обвиняемого, чтобы предотвратить незаконное превращение подозреваемого в обвиняемого органами, осуществляющими уголовное преследование, и уклоняться,

таким образом, от соблюдения его прав. К сожалению, понятие «обвиняемый» не определено ни в § 157 УПК, ни в другом месте УПК. Значит, эту задачу приходится решать судебной практике и доктрине.

2. Представляется допустимым то, что статус обвиняемого зависит от наличия объек- **111**
тивно существующего в отношении конкретного лица подозрения (Grünwald, S.78). Поскольку закон (в §§ 55, 60 № 2 УПК) исходит из того, что существуют свидетели, находящиеся под подозрением, т.е. наличие простого подозрения в отношении лица не превращает автоматически его в обвиняемого, то необходимо согласно правильному и господствующему мнению понимать под подозрением в совершении преступления **волевой акт органа, осуществляющего уголовное преследование, в котором выражается его позиция, которая заключается в том, что этот орган хочет осуществлять уголовный процесс в отношении подозреваемого, но в новом качестве последнего – как обвиняемого** (BGHSt 10, 8, 12; 37, 48, 51; OLG Frankfurt NStZ 1988, 425, 426). Несомненно, данный волевой акт присутствует тогда, когда начинается **формальный уголовный процесс** в отношении лица в качестве обвиняемого, или когда его специально допрашивают в качестве обвиняемого. Орган, осуществляющий уголовное преследование, **обязан** объявить подозреваемого формально обвиняемым, если существующее в отношении него подозрение усиливается до достаточного конкретного **начального подозрения в совершении преступления** (§ 152 II УПК), т.е. **когда есть конкретные фактические данные, которые по криминалистическому опыту делают возможным участие заинтересованного лица в расследуемом преступлении** (BGH StV 1988, 441; ähnlich BGH (B) NStZ-RR 2002, 67). При этом органу, осуществляющему уголовное преследование, согласно господствующему сегодня мнению, предоставляется **свобода оценки действий** (BGHSt 38, 214, 228; Beulke, StV 1990, 180; aA Störmer, ZStW 108 (1996), 516; Einzelheiten bei Fincke, ZStW 95 (1983), 918f; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 9ff). С целью подготовки этого решения в очень ограниченном объеме допустимо производство «мероприятий, предшествующих предварительному расследованию в форме дознания» (см. Rn 113; LG Offenburg NStZ 1993, 506).

Между тем общепризнано, что обоснование признаков обвиняемого лица возможно **112**
выразить также **конклюдентно** (BGHSt 38, 214, 228; BGH NStZ 1997, 398 m. zust. Anm. Rogall). В соответствии с этим подозреваемый конклюдентно объявляется обвиняемым независимо от воли органа, осуществляющего уголовное преследование, если в отношении его выносится постановление или представлено ходатайство о производстве **мероприятия**, которое **допустимо только в отношении обвиняемого лица**, например, постановление о заключении его под стражу (§§ 112 ff УПК, vgl dazu OLG Frankfurt StV 1988, 119), кратковременное задержание (§ 127 II УПК; s. AG Hameln StV 1988, 382), обследования и производство процедур, необходимых для опознания личности согласно §§ 81a, 81b УПК (OLG Karlsruhe Justiz 1986, 143f; Geppert, Jura 1991, 80, 83; KMR-Lesch, Vor § 133 Rn 10; aA Fincke, ZStW 95 (1983), 918, 951, в соответствии с которыми не существует мер принуждения, не превращающих заинтересованное лицо в обвиняемого).

Используя упомянутые принципы, не следует, однако, разрешать те случаи, в которых в результате проведенного расследования подозрение в совершении преступления концентрируется на одном или нескольких лицах, но отсутствуют меры принуждения, которые могли бы конклюдентно объявить лицо обвиняемым. Согласно практике Верховного суда ФРГ подозреваемый приобретает статус обвиняемого

тогда, когда его **произвольно незаконно лишают** этого, например, чтобы обойти права обвиняемого (BGHSt 10, 8, 12; s. auch BVerfG StV 2001, 257; krit. Rogall, S.26; LR-Hanack, § 136 Rn 4). Это означает, что необходимость волевого акта органа, осуществляющего уголовное преследование, для обоснования статуса обвиняемого задается практически определенной степенью подозрения, и оценка происходит по объективным критериям (vgl zB BGH NStZ 1995, 410). Однако такая непоследовательность приемлема для защиты прав обвиняемого.

113 3. Часто трудно ответить на вопрос, должна ли конкретная личность, в отношении которой органы, осуществляющие уголовное преследование, уже выразили свое мнение, быть причисленной к положению обвиняемого лица, поскольку собственно допросу в качестве обвиняемого при определенных обстоятельствах могут предшествовать еще «предварительные стадии» деятельности по расследованию. Перечислим их.

При так называемых **спонтанных высказываниях** – это высказывания, которые следуют **без опроса** со стороны уполномоченного на осуществление уголовного преследования органа, – отсутствуют свойства обвиняемого, так что также не затрагивают никакие специальные права обвиняемого.

При так называемом **информационном опросе** органы уголовного преследования становятся активными, хотя они еще не подозревают конкретное лицо, а ориентируются только на события, главным образом, непосредственно после прибытия на место преступления. При этом при отсутствии достаточного конкретного начального подозрения речь еще не идет о допросе лица в качестве обвиняемого (BGH NStZ 1983, 86; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 42ff). Проблематичен объем прав обвиняемого в каждом конкретном случае.

Если есть (например, на основе информационного опроса) **достаточно конкретное начальное подозрение**, то статус обвиняемого обосновывается категорическим или убедительным волевым актом органа, осуществляющего уголовное преследование. Тогда действуют правила о допросе лица в качестве обвиняемого (BGHSt 38, 214, 217f; Herrmann, Moos-FS, S.229, 232).

114 4. Начальное подозрение (**возможность** совершения преступления) не идентично **более интенсивным** степеням подозрения в совершении преступления, наличие которых необходимо (по УПК) для дальнейшего производства по делу.

Достаточное подозрение в совершении преступления – это основание для предъявления государственного обвинения (§ 170 I УПК в сравнении с § 203 УПК); под достаточным подозрением следует понимать вероятность того, что обвиняемый совершил уголовно наказуемое деяние и будет за него осужден (см. Rn 357).

Сильное подозрение в совершении преступления – это основание для производства ряда мер принуждения, например, заключение под стражу (§ 112 I УПК). Сильное подозрение присутствует, если существует **высокая степень вероятности**, что обвиняемый является исполнителем или участником преступления (см. также Rn 210).

Таким образом, возникают различные степени подозрения в совершении преступления, которые далее представлены в виде иерархии.

II. Допрос обвиняемого (основные черты)

1. Стадии процесса

Допрос лица в качестве обвиняемого регулируется §§ 133-136a УПК. Эти положения действуют непосредственно **только** для **судебного** допроса. Для допросов, проводимых **полицией** и **прокуратурой**, приобретают значение **указания в § 163a III, IV УПК**. Допрос обвиняемого может проводиться в различных стадиях уголовного процесса, в частности: 115

- на стадии дознания полицией (§ 163a IV в сравнении с § 136 УПК), прокуратурой (§ 163a III в сравнении с § 136 УПК), следственным судьей (§§ 115 II, III, 128, 136, 162 УПК);
- в судебном разбирательстве (§ 243 IV в сравнении с § 136 II УПК).

Обвиняемый должен быть допрошен не позднее окончания расследования (если процесс не будет прекращен). В простых случаях достаточно, чтобы ему предоставили возможность письменно выразить свое мнение, § 163a I УПК.

2. Понятие допроса

Под допросом следует понимать опрос, который проводится государственным органом официально с целью получения показаний (BGHSt GrS 42, 139, 145). В соответствии с так называемым **формальным понятием допроса** нельзя считать допросом, если спрашивающий не показывает другим наличие своих служебных полномочий, если речь идет, например, о частном лице, которое проводит розыскные мероприятия по поручению полиции (соглашаются с такой интерпретацией Schlüchter/Radbruch, NStZ 1995, 355; SteRn berg-Lieben, Jura 1995, 306).

В противоположность этой позиции в литературе частично представлено **материальное** понятие допроса, которое всегда приводит к размытию данного определения, поскольку под допросом понимают любой опрос, когда уполномоченное лицо на осуществление допроса не раскрывает вовне (перед допрашиваемым) своей процессуальной функции (so zB Dencker,

Схема 3: Степени подозрения в совершении преступления

Предположения	Начальное подозрение	Достаточное подозрение	Сильное подозрение
Дознание не допустимо (см. Rn 311)	**Возможность** совершения преступления (обстоятельства дела, улики) **Обязанность** начать дознание, § 152 II УПК (свобода действий, оценки)	**Вероятность**, что обвиняемый совершил уголовно наказуемое деяние и будет осужден **Обязанность предъявить государственное обвинение**, § 170 I УПК	**Высокая степень вероятности**, что обвиняемый совершил уголовно наказуемое деяние Допустимы определенные меры принуждения, например, заключение под стражу, § 112 I 1 УПК

StV 1994, 674). Однако это понимание до сих пор не могло победить. Таким образом, широкое определение понятия допроса привело бы к тому, что любой негласный розыск непосредственно подпадал бы под строгий масштаб § 136 УПК, что ставило бы под сомнение законность внедрения тайного агента (допрос имеет место только тогда, когда существуют уполномоченные на ведение допроса государственный орган и лицо, которое в принципе должно быть допрошено, и это не зависит от того, знает ли допрашиваемое лицо, что перед ним находится уполномоченный на ведение допроса. Под данное понятие подпадает ситуация, когда прокурор «просто общается» с подозреваемым лицом, которое не предполагает, что его допрашивают).

3. Последовательность допроса

116 Допрос всегда должен проводиться по установленному в § 136 УПК образцу.

(1) Сначала нужно объяснить обвиняемому, **совершение какого преступления ставят ему в вину** и (за исключением полицейского допроса, § 163a IV УПК) **какие уголовно-правовые нормы** учитываются (§ 136 I 1 УПК).

(2) Затем ему нужно указать на **право отказа от дачи показаний** (§ 136 I 2 УПК) (о последствиях не сделанного разъяснения см. Rn 117).

(3) В дальнейшем ему необходимо объяснить, что он вправе привлекать **защитника** (§ 136 I 2 УПК).

(4) Собственно допрос начинается с **установления анкетных данных личности**.

(5) **Допрос по существу дела** должен предоставлять обвиняемому возможность устранить существующие в отношении его основания для подозрения и предъявлять факты, свидетельствующие в его пользу (§ 136 II УПК).

(6) Кроме того, за пределами судебного разбирательства ему необходимо разъяснить, что он может ходатайствовать о **сборе** отдельных **доказательств**, свидетельствующих в его пользу (§ 136 I 3 УПК).

III. Не сделанное указание на право отказа от дачи показаний

1. Допрос лица в качестве обвиняемого

117 Долгое время правоведы спорили на тему: если обвиняемому не указали на право отказа от дачи показаний в соответствии с § 136 I 2 УПК (намеренно или по недосмотру, по ошибке), возможно ли затем использовать данное показание.

Верховный суд ФРГ (BGHSt 22, 170. 173ff; 31, 395, 398) усматривал ранее в § 136 УПК простое административное предписание, пренебрежение которым не препятствовало более позднему использованию показаний обвиняемого, полученных без разъяснения ему перед допросом права отказа от дачи показаний. Лишь при нарушении обязанности разъяснения в судебном разбирательстве (§ 243 IV 1 УПК) он утверждал запрет на использовании доказательств, полученных с нарушением закона (BGHSt 25, 325, 331).

В соответствии с господствующим мнением, которое поддерживает также и Верховный суд ФРГ, показания обвиняемого без соответствующего уведомления **нельзя**

использовать в процессе, по крайней мере, тогда, когда обвиняемый не знал о своем праве на отказ от дачи показаний (BGHSt 38, 214, 220 m. Zust. Anm. Fezer, JR 1992, 385; Roxin, JZ 1992, 923; s. auch BGHSt 39, 349, 350; instruktiv zur gesamten Problematik Lesch, JA 1995, 157).

По мнению Верховного суда, ничто не препятствует использованию информации, полученной во время допроса, если:

- нельзя выяснять, было ли дано указание или нет (problematisch; LR-Hanack, § 136 Rn 54; см. также Rn 143);
- обвиняемый знает о своих правах (при этом, однако, не отпадает обязанность разъяснения). При сомнении следует исходить из того, что такое знание отсутствует;
- защитник помогает обвиняемому и настоятельно соглашается на подобное использование, или, по меньшей мере, не возражает до окончания допроса подсудимого (§ 257 УПК), т.н. **решение на протест** (str.; dazu Eisenberg, Rn 426ff; см. также Rn 150).

О запрете на использование данных при неуведомлении обвиняемого о его праве воспользоваться услугами адвоката см. Rn 13 и 156, 469; специально по проблематике тайного агента см. Rn 481d.

2. Спонтанные высказывания, информационные опросы

Спонтанные высказывания или **информационные опросы** (понятия см. Rn 113) **118**
обозначены так, поскольку сначала еще не установлено, кто рассматривается в качестве обвиняемого лица. Если еще речь не идет о допросе лица в качестве обвиняемого, то соответственно не существует **обязанности по разъяснению** (BGHSt 38, 214, 228; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 46).

От обязанности по разъяснению следует отличать вопрос о **возможности использования**.

Все высказывания, которые происходят без опроса со стороны органа уголовного преследования, т.е. **спонтанно, могут использоваться неограниченно** (BGH StV 1990, 194 m. abl. Anm. Fezer; OLG Köln StraFo 1998, 21).

Напротив, высказывания обвиняемого, получаемые в рамках допустимых **информационных опросов**, должны иметь такое же значение, как и собственно допрос лица в качестве обвиняемого, поскольку в данном случае опрашиваемое лицо действует по инициативе органов, осуществляющих уголовное преследование. На полицию и не возложена обязанность по разъяснению прав обвиняемому. Аналогично оценивается самооговор лица, в дальнейшем ставшим обвиняемым. Соотношение интересов в данной ситуации соответствует также собственно допросу, так что высказывания **нельзя использовать** (LG NüRn berg StV 1994, 123; AG München StV 1990, 104; AG Delmenhorst StV 1991, 254; Eisenberg, Rn 509; Fezer, 3 Rn 52; Schlothauer, Rn 59). Однако очень жаль, что в противоположность этому существует **полностью господствующая позиция, предусматривающая подобное использование** (BGH (D) MDR 1970, 14; BGHSt 38, 214, 228; SK-Rogall, Vor

§ 133 Rn 47; Arloth, S.41; Geppert, Oehler-FS, S.323f; Kramer, Rn 28c; Lesch, 3/66; Rüping, Rn 100), так как обязанность по разъяснению на практике можно легко избежать посредством информационного опроса.

3. Проблема так называемого квалифицированного разъяснения обвиняемому права на отказ от дачи показаний

119 Если при первом допросе обвиняемому забыли разъяснить его право на отказ от дачи показаний, а в дальнейшем разъяснили, и обвиняемый дал показания по существу дела, то возникает вопрос: возможно ли использовать результаты более позднего допроса. В то время как Верховный суд ФРГ высказывается положительно по данному вопросу (BGHSt 22, 129, 134ff), все более распространяющаяся точка зрения требует **квалифицированного разъяснения обвиняемому его права на отказ от дачи показаний**, где лицо, осуществляющее допрос, должно также указать на то, что прежние показания не могут быть использованы (vgl LG Dortmund NStZ 1997, 356; AG München StV 2001, 501; Neuhaus, NStZ 1997, 315). Это позиция представляется правильной, поскольку неспециалист обычно не может оценить, в какой мере он своими прежними показаниями «связал себя». Однако квалифицированное разъяснение обвиняемому его права на отказ от дачи показаний необходимо требовать не только в области нарушений § 136 I 2 УПК, а также в основном как основание для устранения процессуальных нарушений (например, в отношении § 136a УПК) более поздним надлежащим образом проведенным допросом (см. также Rn 142).

IV. Иные права обвиняемого

120 Отдельные права и обязанности обвиняемого лица на протяжении всего процесса рассматриваются в других разделах данной книги в связи с конкретными предметными проблемами. Здесь указаны только самые важные права обвиняемого из всей совокупности его прав и обязанностей.

1. Право обвиняемого на судебное слушание

Гарантированное ст. 103 I Основного закона конституционное право на судебное слушание нашло свое многократное выражение во многих параграфах УПК, например, в §§ 33 I, III, 136 I, 201 I, 243 IV, 257 I, 258 I, II, 265 УПК. В принципе обвиняемый должен быть выслушанным в пределах и вне судебного разбирательства до вынесения в отношении него невыгодного судебного решения (§ 33 I, III УПК).

2. Право на защиту

121 Согласно § 137 I 1 УПК обвиняемый имеет право **привлекать защитника на любой стадии уголовного процесса**. В случаях обязательного участия защитника

(§§ 140f УПК) он вправе требовать от государства предоставить обязательного защитника (подробно см. Rn 147ff).

3. Право подсудимого участвовать в судебном разбирательстве

Согласно § 230 I УПК судебное разбирательство может проводиться только в отно- 122
шении присутствующего подсудимого. Это является и **обязанностью подсудимого присутствовать в судебном разбирательстве**, и **его правом**. Судебное разбирательство в отсутствии подсудимого допустимо только в немногих исключительных случаях, в частности, §§ 231 II, 231a, 231b, 231c, 232, 247 УПК. Право подсудимого присутствовать в судебном разбирательстве – это одно из существенных прав, вытекающих из ст. 103 I Основного закона, которое неотъемлемо принадлежит процессу, осуществляемому в правовом государстве (см. также ст. 14 IIId международного пакта о гражданских и политических правах от 19.12.1966). Поэтому положения, регулирующие другой порядок, должны толковаться исключительно узко (LG NüRn berg-Fürth NStZ 1999, 264). Нарушение права подсудимого присутствовать в судебном разбирательстве является абсолютным основанием для пересмотра дела в соответствии с § 338 № 5 УПК (см. Rn 382). Действие данного права при допросе сообвиняемых см. Rn 156.

4. Право на ходатайство о предоставлении доказательств

В судебном разбирательстве подсудимый вправе **ходатайствовать о предостав-** 123
лении доказательств, которые судебные органы могут отклонить только при наличии оснований, предусмотренных в §§ 244 III-V, 245 УПК. Кстати, подавать ходатайства можно и на стадии дознания, и при производстве по преданию обвиняемого суду (подробно см. Rn 434ff).

5. Право задавать вопросы

Подсудимый в судебном разбирательстве согласно § 240 II 1 в сравнении с I УПК 124
вправе **задавать вопросы** свидетелям и эксперту. Однако не разрешен взаимный опрос подсудимых (§ 240 II 2 УПК).

6. «Nemo tenetur Prinzip» – никто не обязан свидетельствовать против себя самого

Большое значение для обвиняемого имеет принцип, в соответствии с которым он 125
не обязан никаким способом содействовать своему собственному изобличению, – **nemo tenetur se ipsum accusare** (никто не обязан свидетельствовать против себя самого). Данный принцип вытекает из общего права личности обвиняемого лица (ст. 2 I в сравнении со ст. 1 I ОЗ), а также из принципа правового государства (ст. 20 III ОЗ), кроме того, этот принцип упоминается в ст. 14 IIIg международного пакта о гражданских и политических правах от 19.12.1966 г. и в ст. 52 V Конституции земли Бранденбург. Самое важное следствие из рассматриваемого принципа (s. hierzu BVerfGE 56, 37, 43ff; BGHSt 38, 214, 220; umfassend Rogall, S.104; Bosch, S.24;

Torka, R., Nachtatverhalten und Nemo tenetur, 2000; Verrel, S.13; v. Gerlach, Hanack-FS. 117) – это возможность выбора обвиняемым давать показания или **отказаться от дачи показаний** (§ 136 УПК). Если обвиняемый воспользуется своим правом отказа от дачи показаний, т.е. он отказывается в полном объеме давать показания, то нельзя из этого делать какие-либо невыгодные для него выводы и отражать их в приговоре (BGHSt 20, 281, 282f; auch Rn 495). Сказанное имеет значение также для прочих процессуальных отношений подсудимого, поскольку это неотъемлемо связано с его правом отказа от дачи показаний. Таким образом можно оценивать, например, отказ обвиняемого освободить своего врача или защитника от обязанности сохранения тайны (§ 53 II УПК) не как основание для привлечения его к уголовной ответственности (BGHSt 45, 363, 364; 45, 367; dazu Keiser, StV 2000, 633; Kühne, JZ 2000, 684; Müller-Christmann, JuS 2001, 61; zu einem eingeschränkteren Verständnis des nemo-tenetur-Grundsatzes vgl Böse, GA 2002, 98; KMR-Lesch, § 136 Rn 14; Lesch, 2 /238 u. 4 /65; Verrel, NStZ 1997, 361, 415).

Даже если обвиняемый не воспользуется своим правом отказа от дачи показаний, у него не существует процессуальной обязанности давать правдивые показания (BGHSt 3, 149, 152). Нужно ли обозначать эту привилегию как **«право на ложь»** (Rogall, S.54; Fezer, Stree /Wessels-FS, S.681), – это, в конечном счете, только терминологический вопрос. Во всяком случае, **ложь** обвиняемого лица **не наказуема**, если только в деяниях лица не усматриваются признаки следующих составов преступлений: §§ 145d, 164, 185ff УК. Суду не запрещено сомневаться в достоверности общих показаний подсудимого, когда обнаружена его ложь (LR-Hanack, § 136 Rn 42; aA Fezer, aaO, S.683).

7. Право на информационное самоопределение обвиняемого лица

126 Каждый гражданин вправе сам решать вопрос об использовании своих личных данных (BVerfGE 65, 1 (решение суда о переписи населения)). Посягательство на **конституционное право на информационное самоопределение** требует специального полномочия (zur Vertiefung SK-Wolter, Vor § 151 Rn 81ff; Wolter, ZStW 107 (1995), 793). Таким образом, например, оправдано возбуждение полицией и прокуратурой уголовного дела в соответствии с §§ 152ff УПК и разрешено применение технических средств при наблюдении согласно § 100c УПК. Выяснение и сохранение данных о составе крови обвиняемого, особенно о результатах так называемого анализа ДНК, разрешено §§ 81 e-g УПК. § 474 и последующие параграфы УПК регламентируют выдачу справок и ознакомление с уголовным делом (например, другими судами, прокуратурами, органами власти, частными лицами), если это не урегулировано по систематическим основаниям в других актах (сравните только право защитника или обвиняемого знакомиться с материалами уголовного дела, см. § 147 УПК). § 483 и последующие параграфы УПК определяют, при наличии каких оснований и в каком объеме персональные данные о личности, получаемые в ходе уголовного процесса, могут быть обработаны в файлах в целях будущего уголовного преследования и в каких целях их можно передавать и использовать (Hilger, StraFo 2001, 109).

8. Информация о содержании уголовного дела

Обвиняемый, у которого нет защитника, получает справки и копии из уголовного дела, если это не угрожает целям расследования и не противостоит интересам третьего лица (§ 147 VII УПК; см. Rn 160).

9. Ограничение прав обвиняемого в результате общего уголовно-процессуального запрета на злоупотребления

126a До сих пор УПК не содержит общего положения о злоупотреблении, как, например, в § 242 ГК, однако нужно исходить из того, что допустимо ссылаться на любое право только до тех пор, пока им не злоупотребляют (insoweit zutreffend BGHSt 38, 111, 113). Тем не менее оспариваются объем и границы. В то время как одни считают незаконным любое не соответствующее процессу использование процессуального полномочия, то другие полагают, что права обвиняемого в определенном объеме покрывают возможности злоупотребления (dazu ua OLG Hamburg NStZ 1998, 586 m. Anm. Kudlich; Beulke, S.203; ders., in: Kühne /Miyazawa, S.143; Grüner, S.82ff; Hassemer, Meyer-Gossner-FS, S.127; Herdegen, NStZ 2000, 1; Ignor, Schlüchter-FS, S.44; Jahn /Schmitz, wistra 2001, 328; Kröpil, DRiZ 2001, 335; Kudlich, H., Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot, 1998; Meyer-Gossner, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.629; Meurer, NJW 2000, 2936, 2944; Niemöller, StV 1996, 501; Roxin, Hanack-FS, S.15; Wesslau, Lüdersen-FS, S.787; zu den im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten des Gerichts, einer missbräuchlichen Verteidigungsstrategie zu begegnen Schlicht, StraFo 2001, 83; Senge, NStZ 2002, 225 и demnächst Fahl, Chr., Rechtsmissbrauch im Strafprozess (Habilitationsschrift Passau)).

V. Обязанности обвиняемого

127 В принципе обвиняемый не обязан активно способствовать выяснению обстоятельств дела (BGHSt 45, 367, 368). С другой стороны, на него возлагается обязанность претерпевать ограничения прав, связанных с ходом уголовного процесса. Несколько важных примеров:

1. Обязанность претерпевать меры принуждения

Существует обязанность претерпевать меры принуждения, такие как, например, заключение под стражу в соответствии с §§ 112ff УПК или очная ставка согласно § 58 II УПК (ausf. BGHSt 39, 96, 98f m. abl. Anm. Welp, JR 1994, 37; Odenthal, H.-J., Die Gegenüberstellung im Strafverfahren, 3.A. 1999; Eisenberg, Kriminalistik 1995, 458).

2. Обязанность явиться в орган, осуществляющий уголовное преследование

Наряду с обязанностью присутствовать в судебном разбирательстве (§ 230 УПК) на обвиняемого возлагается также обязанность **явиться в прокуратуру на допрос** на стадии дознания (§ 163aIII 1 УПК) и к следственному судье (§ 133 I УПК). Согласно §§ 134, 135 УПК (при

необходимости в сравнении с § 163 a III 2 УПК) он может быть **доставлен** в принудительном порядке. Это также допустимо тогда, когда обвиняемый уже категорически высказался, что не хочет давать показания по существу дела (str.; s. K /M-G, § 133 Rn 7 mwN). Судья или прокурор уже на стадии дознания должны составить личное впечатление об обвиняемом. Кроме того, дата допроса может преследовать такую независимую от поведения обвиняемого при даче показаний цель, как, например, проведение очной ставки (BGHSt 39, 96, 98). Но для обвиняемого не существует обязанности являться в полицию.

128 **Решение задачи 16.** Несделанное разъяснение согласно §§ 136, 163a IV 2 УПК влечет (по почти единогласному мнению судебной практики и теории) **запрет на использование**, если речь идет о **полицейском** допросе (s. nur BGHSt 38, 214, 218). Этот запрет на использование вытекает из цели § 136 УПК, в соответствии с которым обвиняемый должен решить: хотел бы он свидетельствовать против себя самого. Запрет на использование мог бы не действовать, если бы А. знал о праве отказа от дачи показаний. Однако для этого не существует никаких оснований, исходя из условия задачи (подробно см. Rn 117).

129 **Решение задачи 17. а)** При т. н. **спонтанных высказываниях** фактически уже невозможно разъяснять обвиняемому его права (особенно право отказа от дачи показаний). Нет никакого допроса в смысле §§ 136, 163a IV 2 УПК. Существует единое мнение о том, что спонтанное высказывание в ходе допроса К. в качестве свидетеля можно вводить в процесс и использовать без ограничений (vgl BGH NStZ 1990, 43).

б) Здесь находятся под определенным подозрением все опрашиваемые сотрудники, однако расследование еще не сосредоточило свое внимание на одном или несколько подозреваемых, скорее всего необходимо сначала исследовать обстоятельства дела путем опроса всех сотрудников. В отношении некоторых сотрудников при необходимости нужно проводить расследование, считая их обвиняемыми. Поскольку до сих пор еще нет акта волеизъявления, полиции о превращении опрашиваемого в статус обвиняемого, и отсутствие этого акта не связано с пренебрежением объективных обстоятельств, то речь идет еще не о допросе лица в качестве обвиняемого, а о **информационных опросах** лиц, находящихся под подозрением, и где не существует обязанности по разъяснению их прав согласно § 163a IV 2 в сравнении с § 136 I 2 УПК. Но тогда в дальнейшем использовать показания без разъяснения прав будет очень проблематично. Господствует мнение, отраженное в судебной практике и в литературе, что подобное использование возможно. Однако более правильно (с учетом наличия определенных интересов) не допускать подобное использование. В противном случае можно достаточно легко обойти обязанность по разъяснению прав. Таким образом, полученные ранее показания К. в качестве свидетеля нельзя вводить в процесс и использовать при вынесении приговора.

в) В данном случае допрос П. проводился на основании существующего у органов власти в отношении его заявления о подозрении П. в совершении преступления. Если орган уголовного преследования начинает расследование на основании подобного заявления, то, тем самым, он конклюдентно выражает свое мнение, что осуществляет процесс в отношении заинтересованного лица в качестве обвиняемого. Лицо, которое упоминается в заявлении в качестве подозреваемого в совершении преступления, должно быть пристрастно допрошено в качестве обвиняемого (LR-Hanack, § 136 Rn 7; K /M-G, Einl. Rn 77; aA Kohlhaas, NJW 1965, 1254, 1255). Таким образом, П. необходимо было разъяснить его права (§§ 136, 163a IV 2 УПК). Если он не знал о своем праве отказа от дачи показаний, то полученные показания без разъяснения ему прав нельзя использовать.

г) В этом случае спорно, является ли П. уже обвиняемым, с таким последствием, что речь в беседе с К. идет не об информационном опросе, а о допросе в смысле § 136 УПК с

соответствующей обязанностью разъяснения прав обвиняемого. В результате вынесения постановления о производстве обыска конклюдентно П. возможно признать обвиняемым. Согласно § 102 УПК постановление о производстве обыска может быть вынесено в отношении подозреваемого лица, которое еще может и не быть обвиняемым (K/M-G, § 102 Rn 3), а также (§ 103 УПК) и в отношении неподозреваемого. Однако из этого нельзя заключить, что вынесение постановления о производстве обыска не свидетельствовало бы в принципе об обосновании положения обвиняемого лица (so aber Rogall, S.25). Из конкретных обстоятельств дела можно сделать вывод, что орган уголовного преследования осуществляет процесс в отношении заинтересованного лица в качестве обвиняемого (BGHSt 38, 214, 228; Krey, I Rn 762). В данном случае на основании поступивших анонимок существовали конкретные фактические данные, свидетельствующие о причастности П. к совершению преступления, и они обусловливали производство меры принуждения. К. должен был бы также разъяснить П. его права. Без разъяснения и соответствующей неосведомленности со стороны П. нельзя использовать его показания. Более подробно по данной проблематике см. Rn 110-113, 117 и последующие.

§ 8. Запрещенные методы ведения допроса

Задача 18. Обвиняемый в совершении убийства с отягчающими обстоятельствами А. в последние 30 часов до своего признания в совершенном деянии был лишен возможности сна. Можно ли использовать подобное признание?

Задача 19. А. совершил убийство с отягчающими обстоятельствами. Полиция долго не могла доказать его вину в совершении данного деяния. Для изобличения А. полиция завербовала сокамерника М., который должен был узнать у А. обстоятельства совершения преступления. М. помещают в камеру, где находится А. М. входит в доверие к последнему и разрабатывает для видимости совместный план бегства. В установившейся доверительной атмосфере А. рассказывает М. о совершенном деянии. М. затем передает информацию в полицию. Возможно ли ввести в процесс информацию А., полученную в результате допроса М.?

I. Основные положения, § 136a УПК

1. Из принципа правового государства и ст. 6 I 1 Европейской конвенции следует принцип «справедливого процесса», который вместе с требованием уважения человеческого достоинства устанавливает запрет на достижение правды любой ценой (BGHSt 5, 332, 333; 38, 215, 219; BGH NStZ 1993, 142). В отличие от прежних столетий мы более не считаем, что «цель оправдывает средства». Применение силы, обмана и пытки должно быть также запрещено и в том случае, когда они могли бы помочь изобличить опасного преступника. **130**

Согласно § 136a УПК нельзя ограничивать **свободу обвиняемого в принятии решений и его свободу действовать**, причем перечень запрещенных методов ведения допроса в § 136a I УПК не является исчерпывающим (BGHSt 5, 332,

334). Запрет на применение таких методов ведения допроса действует независимо от согласия обвиняемого (§ 136a III 1 УПК). Обвиняемый должен быть защищен как от дачи неверного по содержанию показания («как» – в этом отношении бесспорно), так и от того, что он должен мотивировать свои высказывания по отношению к органам уголовного преследования («должен ли» – insoweit aA Lesch, 3/85).

131 2. Закрепленные в § 136a УПК запреты относятся только **к допросам** (понятие см. Rn 115).

Сюда же относятся т. н. **информационные опросы**, проводимые на начальном этапе расследования (см. Rn 113). Они, правда, не являются допросами обвиняемого, но, тем не менее, на них действуют также запреты § 136a УПК (ebenso AO Freising StV 1998, 121; Joerden, JuS 1993, 928; aA, offenbar BGH (D) MDR 1970, 14). Вследствие этого § 136a УПК нельзя обойти, чтобы объявить допрос не открыто, как таковой, а провести его завуалировано (см. Rn 481e).

Обозначенные в § 136a УПК запрещенные методы допроса не касаются случая, когда **частное третье лицо** (например, нанятый потерпевшим частный детектив) **без официального на того полномочия** посредством применения насилия, обмана и т.д. получает от обвиняемого признание его вины. Это третье лицо может быть допрошено органами уголовного преследования о имевшейся у него информации, и, таким образом, косвенно использовать признание. Только при **нарушениях человеческого достоинства** (например, пытками), а также тогда, когда органы уголовного преследования используют **частное лицо** в качестве **инструмента**, действует **обширный запрет на использование** (BGHSt 34, 362, 363; strikter AK-Gundlach, § 136a Rn 13; см. также Rn 115 и Rn 479,481ff).

3. Запрещенные методы ведения допроса (§ 136a УПК) действуют соответственно как для **допросов свидетелей** (§ 69 III УПК), так и для **эксперта** (§§ 72, 69 III УПК).

II. Варианты запрещенных методов ведения допроса

Представляется необходимым рассмотреть некоторые отдельные запрещенные методы ведения допроса (§ 136a УПК):

1. Утомление

132 Длинные и длительные допросы с **эффектом утомления** неизбежны в рамках криминалистической деятельности и являются допустимым полицейским средством. § 136a I 1 УПК применим тогда, когда обвиняемый утомлен собственно допросом или в результате других обстоятельств так, что ущемляется его свобода волеизъявления (BGHSt 1, 376, 379). Из этого нужно исходить, когда обвиняемый в последние 30 часов перед признанием своей вины был лишен сна (BGHSt 13, 60, 61). Допрашивающий не должен умышленно приводить лицо в состояние утомления, а также не требуется, чтобы ему было в принципе известно о наличии утомления, усталости (BGHSt 1, 376, 379; 12, 332, 333). Если обвиняемый был лишен возможнос-

ти сна, которой он мог воспользоваться (например, вследствие своего волнения), то положения § 136а УПК не применяются (BGHSt 38, 291, 292).

2. Введение в организм специальных препаратов

Введение в организм специальных препаратов – это введение твердых, жидких или газообразных веществ в организм, например, в виде уколов, таблеток, пищи и т. д. Запрещенные вещества в смысле § 136а I УПК – это опьяняющие, одурманивающие, возбуждающие, снотворные средства, особенно алкоголь и наркотические вещества. Допрос нельзя проводить, даже когда обвиняемый сам принял эти вещества (LG Marburg StV 1993, 238; aA Pluisch, NZV 1994, 52). Введение в организм веществ, которые освежают и укрепляют человека (кофе, чай или сигареты) в принципе также слабо запрещается, как и отказ предоставить их обвиняемому (BGHSt 5, 290). 133

3. Истязание

Истязание – это причинение продолжительных или периодически повторяющихся физических болей или душевных страданий, например, содержание в темноте, мнимые расстрелы и т.д. 134

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 15, 187: подсудимый убил своего любимого трехлетнего сына после спора со своей женой и ее родителями. Во время допросов ему угрожали тем, что покажут труп ребенка, если он не расскажет, как совершил деяние. Сквозь слезы он просил не делать этого. Тем не менее его доставили в морг и, несмотря на его возражения, подвели к трупу сына, после чего он был полностью сломлен и в письменном виде признал свою вину в совершении данного преступления. Верховный суд ФРГ усмотрел в данном случае запрещенные методы ведения допроса (§ 136а УПК).

В противоположность этому, по общему правилу, является вполне допустимым показывать обвиняемому лицу фотографии потерпевшего, поскольку этим не оказывается такое большое психическое давление на обвиняемого. Однако в крайних случаях возможно обосновать наличие истязания, предусмотренного § I36a I 1 УПК.

4. Обман

а) Основные положения

Сравнивая **обман** с другими запрещенными методами допроса в § I36a I УПК, выясняется, что он не обладает одним и тем же «качеством». Часто обман не является нарушением человеческого достоинства обвиняемого (свидетеля), и также не так ясно обнаруживается нарушение принципа «справедливого процесса» в сравнении с другими вариантами запрещенных методов допроса. Однако при всем этом законодатель высказался в пользу **неограниченного запрета на обман**. Поскольку запрет на обман действует в основной области криминалистической деятельности, то необходимо это **толковать ограничительно** (OLG Köln GA 1973, 119, 120; differenzierend Krack, NStZ 2002, 120). 135

Однозначно запрещена **осознанная инсценировка фактов, не соответствующих действительности**, например, неправильное утверждение, что «другой соучастник уже арестован», или «за обвиняемым наблюдали во время совершения преступления», либо «другой соучастник уже признался в совершении преступления», или что существует много доказательств, и тем самым у обвиняемого «нет никаких шансов» (vgl BGHSt 35, 328. 330; zustimmend Bloy, JR 1990, 165; Weigend, Jura 2002, 207).

Запрещено также **осознанное искажение правовых понятий, вопросов права**, например, ошибочное утверждение, что молчание является доказательством вины.

б) Криминалистический список

136 Однако разрешен некий **криминалистический список**, например, вопросы-ловушки (ablehnend Degener, GA 1992, 464; KMR-Lesch, § 136a Rn 28; Lesch, ZStW 111 (1999), 644). Но не следует превратно понимать, что незначительные обманы разрешены, в то время как грубые обманы запрещены (ebenso AK-Gundlach, § 136a Rn 41). Не оправдала себя позиция, высказанная в литературе, согласно которой хитрый, туманный подход рассматривался бы как действие, направленное на обман в смысле § 136a УПК. Следовало бы отказаться согласно данной позиции от запрета на использование доказательств, поскольку влияние на волю при незначительных обманных действиях недостаточно велико (Puppe, GA 1978, 289ff). Запрет на обман действует **абсолютно** (Beulke, StV 1990, 180, 182; Grünwald, S. 71).

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 37, 48: полиция обнаруживает человеческое тело без головы и допрашивает подозреваемых о мнимом «деле об исчезновении». Эта **осознанная дезориентация** обвиняемого является превышением границ разрешенного криминалистического списка.

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 34, 362: обвиняемому, который находится в предварительном заключении, **в камеру помещают сокамерника**, который значится в полиции в роли «шпиона». После того как гарантировано соблюдение секретности, обвиняемый признается ему в совершенном преступлении. Ложное утверждение о том, что «шпион», как и обвиняемый, имеет право на молчание, рассматривается как **действие, направленное на обман**. Верховный суд ФРГ подтверждает факт нарушения § 136a УПК (aA Lesch, 3/13l; ders., GA 2000, 365; Schneider, NStZ 2001, 8). Однако не является убедительным то, что Верховный суд ФРГ в данном случае исходит из запрещенного «принуждения» в смысле § 136a УПК. Недопустимое заключение под стражу находится в причинно-следственной связи с действием агента, направленным на то, чтобы подсудимый отказался от своего молчания (ebenso Fezer, JZ 1987, 937; dazu auch Fahl, JA 1998, 754; Seebode, JR 1988, 427).

Аналогичный случай, когда сокамерник действует самостоятельно, см. Rn 479.

в) Неумышленные обманы

137 В литературе и в судебной практике **неумышленые** действия со стороны органа уголовного преследования не квалифицируются как обман в смысле § 136a УПК (BGHSt 31, 395, 400; BGH StV 1989, 515 m. abl. Anm. Achenbach; abw. Eisenberg, Rn 662ff; Hellmann, II § 5 Rn 42; Ransiek, StV 1994, 345).

Ученые и практики в принципе соглашаются с данным положением. Понятию обмана свойствен «финальный элемент» (конечная цель, действие, направленное на цель) (so LR-Hanach, § 136a Rn 41), оправдывающий не применение неумышленного заблуждения согласно

§ 136a I 1 УПК. Однако это действует только до тех пор, пока лицо, осуществляющее допрос, не узнает о своей ошибке, неосторожно причиненной обвиняемому (свидетелю), и о ее важности для содержания показаний. Но недопустимо сознательне использование такого созданного ошибочного представления. В этом случае на лицо, осуществляющее допрос, возлагается обязанность установить истину, поскольку оно подвергает опасности других лиц, и соответственно существуют правовые полномочия при бездействии в уголовном праве (ebenso Günther, StV 1988, 421, 423).

г) Случаи подслушивания и сопоставления голоса

138 aa) К недопустимым видам обмана относят так называемые **случаи подслушивания**, когда обвиняемого (конклюдентно) вводят в заблуждение, что он уже допрашивается.

Пример. В перерыве между допросом полицейский демонстративно покидает помещение, чтобы обвиняемый мог «незаметно» поговорить с третьим лицом. Фактически лицо, проводящее допрос, подслушивает у двери высказывания обвиняемого, отягчающие его вину. В данном случае обвиняемый заблуждается о характере допроса. Подобные случаи подслушивания – запрещенные действия, направленные на обман (ebenso KK-Boujong, § 136a Rn 6; SK-Rogall § 136a Rn 21; LR-Hanach, § 136a Rn 13; Beulke, StV 1990, 184).

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 33, 217: законным образом было установлено прослушивание телефонных разговоров обвиняемого. С целью изобличить его в совершенном преступлении, полиция позвонила его жене и сообщила о скором аресте супруга. Вследствие чего подозреваемый Б. вскоре позвонил своему сообщнику С., и их разговор дал полиции нужную информацию о преступлении. В данном случае подслушивание нельзя рассматривать в контексте § 136a I УПК, поскольку речь идет не о допросе, а о допустимом прослушивании телефонных разговоров. Эту информацию затем допустимо использовать в процессе.

бб) Запрещены также случаи **«сопоставления голоса»**, при которых обвиняемый обманным путем вовлекается в разговор, в котором обвиняемого изобличают при помощи его голоса.

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 34, 39ff: обвиняемый подозревался в осуществлении шантажа по телефону в рамках похищения Ш. Но обвиняемый уже находился под стражей по другому делу. Поскольку он отказывался говорить, чтобы не допустить сравнения голоса, то его перевели в другое учреждение, руководитель которого вступил с обвиняемым в беседу. Их разговор был записан на магнитофонную ленту.

Решение. Верховный суд ФРГ правильно считает недопустимым использовать результат проведенного сравнения голоса, ссылаясь на обоснование нарушенного гарантированного конституционного права личности. Фактически следует непосредственная юридическая квалификация в соответствии с § 136a УПК (SK-Schlüchter, § 261 Rn 33; Beulke StV 1990, 183; Wolfslast, NStZ 1987, 106; s. auch SK-Wolter, Vor § 151 Rn 126).

Пример. А. подозревался в изнасиловании Ф. Поскольку при осуществлении преступления А. был замаскирован, Ф. знала только его голос. В связи с этим полиция попросила Ф. прийти в полицейский участок и в соседней комнате послушать разговор между полицейским П. и А. Можно ли использовать в процессе в качестве доказательства показания Ф., где она узнала голос своего насильника, который принадлежал А.?

Решение. Поскольку ситуация допроса скрыта за дополнительным мероприятием (мнимая «беседа», присутствие Ф. в соседней комнате и подслушивание без ведома А. его разговора с полицейским), то в данном случае следует констатировать недопустимый случай сопоставления голоса, таким образом, применяется § 136a УПК (неоднозначно, но de facto скорее выступает за использование: BGHSt 40, 66, 69; Wankel, Rn 132; wie hier Eisenberg, NStZ

1994, 599; Freund, JuS 1995, 394; Achenbach /Perschke, StV 1994, 577; Schneider, GA 1997; 381; иное мнение – SteRn berg-Lieben, Jura 1995, 299; Zur gesamten Problematik Ackemann, U., Rechtmässigkeit und Verwertbarkeit heimlicher Stimmvergleiche im Strafverfahren, 1997).

Если сравнение, сопоставление голоса происходит по **частной** инициативе свидетеля (например, свидетель выдает себя за торгового представителя и вовлекает обвиняемого в «разговор с целью продать ему товар»), то в данном случае у государства нет достаточных оснований для применения § 136a УПК из-за отсутствия характерных особенностей допроса.

Другие случаи подслушивания см. Rn 479, 481g.

вв) Негласное **подслушивание** органами уголовного преследования разговора обвиняемого на публике (например, подслушивание беседы с торговым агентом) не подпадает под действие § 136a УПК, поскольку не проводится допрос. При простом **рассматривании, изучении** обвиняемого лица следует принимать во внимание § 136a УПК тогда, когда это происходит во время проведения допроса. В других случаях осуществление следственного действия с этой целью зависит от усмотрения органов уголовного преследования и проводится по правилам получения доказательств путем осмотра (см. также Rn 204; K /M-G, § 86 Rn 1ff). Можно ли в последнем случае в определенной обстановке (например, полиция инсценировала встречу потерпевшего с грабителем, обвиняемым) говорить о недопустимом «рассматривании» обвиняемого (по аналогу § 136a УПК) – это еще полностью невыяснено (см. также Haas, GA 1997, 368; Lesch, GA 2000, 361).

д) Внедрение тайного агента

Простое умолчание тайным агентом того, что он – негласный служащий полиции, не является обманом в смысле § 136a I I УПК, поскольку действие § 110a УПК распространяется на подобный поступок (abw. Kahlo, Wolff-FS, S.153). Соответствующие правила должны действовать для прочих тайных агентов (BGHSt 44, 129, 133; eingehend zur V-Mann-Problematik u. Rn 481aff, а также иные виды «случаев подслушивания»).

5. Принуждение

139 **Принуждение** по отношению к обвиняемому только тогда допустимо, когда уголовно-процессуальное право содержит соответствующую норму, допускающую посягательство на основные права обвиняемого лица (подробно см. в разделе о мерах принуждения, §§ 11 и 12). В остальных случаях принуждение запрещено. Если мера принуждения была **объективно** противоправна, но она не назначалась **целенаправленно** для получения показаний (например, вышестоящий суд позже отменил постановление об аресте из-за отсутствия опасности побега), то полученные во время проведения данной меры принуждения показания в соответствии с позицией судебной практики можно в дальнейшем использовать в процессе (BGH StV 1996, 73; m. Abl. Anm. Fezer; dazu auch Müller-Christmann, JuS 1996, 728).

Напротив, выдача в принудительном порядке средств, вызывающих рвоту с целью обнаружения содержимого желудка, не рассматривается проблемой в смысле § 136a УПК, поскольку речь не идет о допросе, а является проблематичным в соответствии с § 81a УПК (см. Rn 241).

6. Обещание не предусмотренной законом привилегии

Эта альтернатива особенно касается случая, когда органы уголовного преследования обещают обвиняемому более благоприятное развитие уголовного процесса, если он сознается в совершенном преступлении (освобождение из-под стражи, предоставление смягчающих обстоятельств, прекращение процесса и т.д.). 140

а) Разрешается указать на **возможные** последствия поведения во время дачи показаний, поскольку в данном случае речь идет не об обещании, а о разъяснении (BVerfG NStZ 1987, 419; BGHSt 1, 387, 388; 20, 268). Например, суд может обещать, что в случае признания вины назначаемое наказание в виде лишения свободы не будет превышать трех лет (BGH StV 1999, 407).

б) **Определенные обещания** последующего развития процесса являются недопустимыми в том случае, когда **обещающий не обладает** компетенцией в данной ситуации окончательно решать вопрос об обещанной льготе (например, полицейский обещает в случае признания вины наказание в виде условного осуждения).

в) Однако следует отметить, что допустимость обещаний оспаривается. В то время как некоторые придерживаются позиции, что каждая привилегия, обещаемая **как вознаграждение** за определенное показание, являлась бы недопустимой в смысле § 136a I 3 Alt.2 УПК, и приобретаемое таким образом показание согласно § 136a III 2 УПК не было бы пригодным для использования его в процессе (KMR-Müller, § 136a Rn 15); между тем стало уже господствующим иное представление, в соответствии с которым **привилегии могут достигаться путем взаимных уступок, переговоров**. Нашей правовой системе совсем не чуждо, что обвиняемый своим поведением во время дачи показаний, своим признанием в совершенном преступлении добивается определенных льгот (vgl § 31 BtMG, § 261 X StGB, см. также Rn 342). Поскольку исполнение привилегий осуществляется по усмотрению органов уголовного преследования (например, прекращение процесса в соответствии со всеми положениями §§ 153ff УПК), а также когда фактически пользуются предоставленным усмотрением с целью принудить обвиняемого к признанию в совершенном преступном деянии, это должно быть «предусмотрено законом». Однако это действует только в той мере, в какой прокуратура не превышает предоставленную ей свободу действий. Если обвиняемому, например, обещают прекратить процесс по всем до этого неизвестным преступлениям, в совершении которых он признается (§ 154 I № 1 УПК, см. также Rn 339), то это является недопустимым, поскольку никогда нельзя заранее определить объем вины по таким преступлениям (Volk, NJW 1996, 879: «Kronzeugenregelung praeter legem»). Также недопустимы другие **договоренности в уголовном процессе**, если вследствие этого достигаются незаконные результаты (см. Rn 394ff).

7. Другие запрещенные методы ведения допроса

Поскольку § 136a УПК не содержит **исчерпывающего перечня запрещенных методов ведения допроса**, то и иные методы могут классифицироваться как недопустимые, если только при применении подобных методов значительно ограничивается свобода обвиняемого в принятии решений и его свобода действовать. 141

Из этого, прежде всего, следует исходить при применении **детектора лжи** (полиграфа), который записывает бессознательные реакции допрашиваемого, ведь в данном случае у него практически полностью отсутствует возможность оказывать влияние, т.е. попирается его человеческое достоинство (BGHSt 5, 332, 333). Кроме того, применение этого вспомогательного средства вступало бы в противоречие с принципом «nemo tenetur» (никто не обязан свидетельствовать против самого себя) (см. Rn 125). Нельзя использовать детектор лжи даже **с согласия** обвиняемого, т.к. косвенно возможно оказывать давление на любого обвиняемого, не признающегося в инкриминируемом ему деянии (BVerfG NJW 1982, 375; OLG Karlsruhe StV 1998, 530; SK-Rogall, § 136a Rn 76; Frister, ZStW 106 (1994), 303; dagegen ua Amelung, NStZ 1982, 38; Prittwitz, MDR 1982, 886; zT Schünemann, Kriminalistik 1990, 131). В ранней судебной практике были немного смещены акценты обоснования для отказа с согласия обвиняемого предпринятого теста полиграфа в уголовном процессе. Сначала Конституционный суд ФРГ открыто высказался по правовому вопросу (BVerfG StraFo 1998, 16; BVerfG NStZ 1998. 523). Затем Верховный суд ФРГ отказался от конституционных соображений и от возможных нарушений по аналогии § 136a УПК, однако одновременно отрицал результаты Validität со ссылкой на последовавшие критические замечания (vgl statt aller Rill /Vossel, NStZ 1998, 481). Поскольку тест не является значимым доказательством, то суд должен был бы отказать в соответствующем ходатайстве о допущении доказательства в соответствии с § 244 III 2, 4.Var. УПК вследствие **полной непригодности** доказательства (vgl Rn 444 u. BGHSt 44, 308, 315 m. Anm. Amelung, JR 1999, 382, sowie Kargl /Kirsch, JuS 2000, 537; iE zust. auch Lesch, 3 /98; KMR-Lesch, § 136a Rn 43).

III. Последствия нарушения § 136a УПК

142 1. Показания, полученные при нарушении требований § 136a УПК, **не могут использоваться в процессе**. Это общеполагающий принцип, положенный в § 136a III 2 УПК. Значение данного положения заключается в том, что оно запрещает использовать показания **даже с согласия обвиняемого**.

2. Показание непригодно для использования тогда, когда оно основывается на применении запрещенных методов ведения допроса. Для обоснования причинной связи достаточно, если не исключается возможность правильного применения метода ведения допроса (BGHSt 5, 290, 291; 13, 60, 61; zur hypothetischen Kausalität s. u. Rn 483).

Отсюда необходимо различать возможную **причинную связь** между запрещенным методом ведения допроса, в результате чего было получено **показание**, и более поздним **приговором**. Установление причинной связи необходимо для успешного пересмотра дела в кассационном порядке (§ 337 I УПК). Эта причинная связь может быть устранена последующим повторением допроса с соблюдением всех правовых норм. Основанием выступает то, что запрещенный метод ведения допроса при вторичном допросе уже не действует и свобода волеизъявления обвиняемого не ограничивается (BGHSt 22, 129, 133f; 37, 48, 53). Однако можно было бы учитывать устранение нарушений § 136a I УПК, как правило, только в том случае, если обвиняемому при более позднем допросе было бы разъяснено, что его прежние показания нельзя использовать в процессе (vgl BGH StV 1994, 62; LG Bad Kreuznach StV 1994, 293; OLG Frankfurt StV 1998, 119; s. auch Rn 119).

143 3. Относительно применения самого запрещенного метода ведения допроса: согласно господствующей позиции **обвиняемый должен сам доказать применение зап-**

рещенных методов ведения допроса, используя **свободный порядок представления доказательств** (см. Rn 180). В данном случае **не действует принцип «in dubio pro reo»** (Unschuldsvermutung – вину подсудимого необходимо доказать, база, основной принцип, in dubio pro reo – каждое сомнение толкуется в пользу обвиняемого, немного дополняющий первый принцип) (BGHSt 16, 164, 166f). Поскольку для обвиняемого в большинстве случаев почти невозможно получить подобные доказательства, то бывает достаточно того, что обвиняемый доказывает обстоятельства, позволяющие сомневаться в правомерности законных методов ведения допроса (например, следы жестокого обращения на теле; ähnlich wie hier LR-Hanack, § 136a Rn 69; Roxin, § 15 Rn 40; Wollweber, StV 1999, 356 zu § 136 УПК).

4. Проблематичным является вопрос: действует ли запрет на использование доказательств, которые были получены производно от доказательств, добытых с нарушением закона. Например, если признание обвиняемого, полученное при помощи шантажа, привело к обнаружению документов, отягчающих ответственность обвиняемого. Американская теория **«fruit of the poisonous tree»** (плоды отравленного дерева) подтверждает запрет на использование таких доказательств. Однако господствующая позиция в ФРГ не разделяет подобных взглядов и предлагает распространить запрет использования в процессе только на доказательство, непосредственно полученное при применении запрещенного метода ведения допроса (подробно см. Rn 482). **144**

Решение задачи 18. В данном случае нужно исходить из **непригодности** признания для использования его в процессе в соответствии с § 136a УПК вследствие утомления допрашиваемого лица (BGHSt 13, 60, 61; подробно см. Rn 132). **145**

Решение задачи 19. Поступки М., когда он вел себя как «нормальный» сокамерник и вошел в доверие к А., составляя видимый план совместного побега, следует рассматривать как обман М. по отношению к А. Если бы переодетый полицейский допросил подобным образом А., то его действия подпадали бы под **обман в смысле §§ 136a, 163a IV 2 УПК**. Поскольку нельзя обойти § 136a УПК, когда частные лица вовлекаются в расследование, то поведение М. нужно оценивать в совокупности с деятельностью полиции. Показания А. **нельзя использовать в процессе**, и, соответственно, нельзя ввести в процесс информацию, полученную посредством допроса М. в качестве свидетеля (ebenso BGHSt 34, 362ff, однако суд в данном решении обосновывает наличие принуждения в смысле § 136a УПК). Если признание М. было бы единственным доказательством (например, если А. в процессе молчит, и нет других улик), то А. должны были бы оправдать (подробно см. Rn 136). **146**

§ 9. Защитник

Задача 20. А. обвиняется в том, что в состоянии алкогольного опьянения задавила насмерть пешехода и затем скрылась с места преступления. А. сообщила своему защитнику В., что совершила наезд на пешехода не она, а ее муж Е., когда ехал вместе со своим приятелем Ф. Она, А., хотела бы «прикрыть» своего мужа, поскольку он – профессиональный водитель и содержит семью. Во время судебного разбирательства В. вопреки

воле А. просит допросить в качестве свидетеля Ф. с целью выяснения, что именно Е. находился за рулем автомобиля во время наезда на пешехода. Вправе ли он это сделать?

Задача 21. Студента юридического факультета А. поймали, когда тот тайком выносил книгу «Schönke /Schröder» из университетской библиотеки. Своему защитнику В. он признался в том, что хотел украсть книгу.

а) В. объясняет суду, что, исходя из чистосердечного признания А., он убежден, что студент хотел только попользоваться книгой и на следующий день собирался вернуть ее в библиотеку.

б) В своей защитительной речи В. сообщает суду, что А. признался ему в том, что хотел присвоить книгу из библиотеки. В. просит суд, учитывая молодость А., назначить ему более мягкое наказание.

в) В. посоветовал студенту А., чтобы тот в суде сказал, что он хотел взять книгу на две недели на время написания курсовой работы, а затем собирался ее возвратить.

г) В. выяснил, что А. полагал, что временное незаконное владение большинством движимых вещей, например. книгами, не является наказуемым (furtum usus); кража квалифицируется только как безвозмездное желаемое изъятие.

д) В. ходатайствует об оправдательном приговоре в отношении А. с обоснованием, что обвинение не доказало наличие у А. умысла на присвоение.

Допустимо ли такое поведение В.?

I. Защитник как лицо, содействующее в оказании квалифицированной юридической помощи обвиняемому

147 Каждый обвиняемый на любой стадии процесса может обратиться за помощью к услугам **адвоката** (§ 137 I 1 УПК).

Количество выбранных защитников не может превышать трех (§ 137 I 2 УПК). В качестве защитников могут выступать допущенные немецким судом адвокаты, а также преподаватели юриспруденции немецких вузов (§ 138 I УПК). Другие лица только в исключительных случаях с согласия суда могут быть допущены в качестве защитников (§ 138 II УПК).

Хотя суд и прокурор должны в равной степени устанавливать обстоятельства как смягчающие, так и отягчающие наказание обвиняемого (§§ 160 II, 244 II УПК), но необходимая защита обвиняемого (**защита в материальном смысле**) обеспечивается только тогда, когда специально выбирается участник процесса, формально вступающий в процесс с целью заботы об интересах обвиняемого (**защита в формальном смысле**). Это следует уже из конституционного права обвиняемого на справедливый процесс в соответствии с нормами правового государства на основании ст. 2 I в сопоставлении со ст. 20 III ОЗ. В правовом государстве обвиняемый является не объектом, а субъектом процесса, т.е. он может в значительной степени влиять на ход развития процесса (см. Rn 110). Правду нельзя устанавливать любой ценой (BGHSt 38, 215, 219ff).

Статья 6 IIIc Европейской конвенции также предоставляет каждому подсудимому право «по своему выбору получить юридическую квалифицированную помощь; если он не располагает средствами, то на безвозмездной основе ему предоставляется защитник по назначению, если этого требуют интересы правосудия».

Равенство сторон между государственными органами уголовного преследования и обвиняемым не всегда полностью реализуется в нашем процессе, поскольку он не организован по правилам состязательного процесса. Однако это остается целью, к которой в принципе стремится процесс (BVerfGE 63, 45, 61; EGMR NJW 2000, 2883 (Nicolova); 2001, 52 (Aquilina); Eizelheiten bei Beulke, S.37ff). Поэтому сам обвиняемый не может образовать достаточный противовес государственному аппарату уголовного преследования, поскольку он как заинтересованное лицо теряет независимость, не может тактически умело действовать наравне с другими участниками процесса. Кроме того, он почти никогда не располагает необходимыми юридическими познаниями и ограничен в своих возможностях действовать при наличии определенных обстоятельств, например, если он заключен под стражу. Защитник должен выравнить этот недостаток, когда он безоговорочно ставит под сомнение, например, упрек в адрес виновного, акцентирует и обращает в пользу обвиняемого любое слабое место в обвинении (s. Welp, ZStW 90 (1978), 101ff, 804ff). Защитник не может представлять обвиняемого в гражданско-правовом смысле, поэтому обвиняемый, по общему правилу, должен лично присутствовать, например, в зале судебного разбирательства, § 230 УПК. Представительство возможно только в некоторых специально предусмотренных законом особых случаях (см. §§ 145a, 234, 350 II, 387 I, 411 II УПК). Поэтому защитник является не представителем, **а лицом, содействующим в оказании квалифицированной юридической помощи** обвиняемому (OLG Celle NStZ 1988, 426). 148

В частности, защитник как помощник обвиняемого обладает следующими полномочиями: 149

– консультировать обвиняемого по материальному и формальному праву;
– советовать обвиняемому (например, оценивать его «хорошие стороны»);
– осуществлять процессуальные права, которыми наделены как обвиняемый, так и его защитник (например, заявлять ходатайства о предоставлении доказательств);
– представлять обвиняемого, насколько это возможно или насколько это предписано;
– осуществлять специальные права защитника.

Зафиксировано, например, что защитник обвиняемого вправе в неограниченном объеме знакомиться с материалами уголовного дела своего подзащитного согласно § 147 I УПК; другие процессуальные права, которыми наделен только защитник, а не его подзащитный, нашли свое закрепление также в § 145 III УПК (просьба о приостановлении судебного разбирательства с целью подготовки защиты), § 239 УПК (перекрестный допрос), § 240 II 2 УПК (опрос подсудимых);

– выяснять ход событий (например, путем проведения собственного расследования);
– добиваться прекращения уголовного процесса в соответствии с §§ 153a ff УПК или добиваться других форм «взаимопонимания» с прокуратурой и с судом.

II. Защитник как орган правосудия

1. Теория органа правосудия

Согласно господствующей позиции защитник осуществляет также **общественные** (но не государственные) **функции**, которые в сокращенном варианте описаны в § 1 федерального положения об адвокатуре, где защитник рассматривается в качестве 150

лица, оказывающего квалифицированную юридическую помощь обвиняемому, а еще как «орган правосудия» (seit RG JW 1926, 2756; BVerfGE 34, 293, 300; BVerfG NJW 1998, 296; BGHSt 9, 20, 22; 29, 99, 102ff; 46, 36, 43 m. Anm. Streng, JZ 2001, 205 (Geldwäsche); OLG Frankfurt StV 2001, 407; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 95; Dahs, Rn 11; Eser, S.168; Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 29ff; Kato, in: Kühne /Miyazawa, S.168; Krey, I Rn 536ff; Kühne, Rn 82; Lesch, 3/172; Meurer, § 8 I 1; Egon Müller,NStZ-RR 1998, 65; Ranft, Rn 384; Roxin, § 19 Rn 2; ders., Hanack-FS, S.1; Schlüchter, Rn 101ff; Schroeder, Rn 149).

Общественные функции защитника вытекают из его значения в диалектическом процессе для выяснения правды: поскольку процесс в правовом государстве невозможен при серьезном обвинении, по меньшей мере, без участия защитника, то **защитник гарантирует осуществление уголовного правосудия с соблюдением всех норм правового государства**. Только при поверхностном взгляде он выступает исключительно вопреки интересам государства по уголовному преследованию. В действительности односторонняя поддержка и, вместе с тем, равенство сил идет на пользу как общественности, так и демократическому обществу – одновременно также группе потенциальных обвиняемых, если мы хотим сохранить судебную формализованность процесса. Если отсутствует сведущий в вопросах права помощник, то на судью возлагается роль определенной стороны. Он вынужден отказаться от абсолютно нейтральной позиции и помогать обвиняемому. Поскольку тогда ограничивается принцип разделения труда, то соответственно уменьшается гарантия на справедливый результат.

Таким образом, с полным основанием в защитнике мы видим своеобразную инстанцию, которая соблюдает интересы всех граждан посредством осуществления своей односторонней деятельности, чтобы соблюсти все процессуальные нормы и заботиться о том, чтобы в справедливом, корректном процессе бороться за обнаружение материальной правды. Поэтому, несмотря на свою пристрастность, защита служит, **по меньшей мере, также общественным, публичным интересам**.

Чтобы свойства органа не способствовали ограничению законных прав обвиняемого и лица, оказывающего ему квалифицированную юридическую помощь, направленность должна быть ограничена с самого начала общественными, публичными интересами, а именно, с одной стороны, **эффективностью защиты**, и, с другой – **эффективностью осуществления правосудия** в ее «**сущностной сфере**» (так называемая **ограничительная теория органа**; Einzelheiten bei Beulke, S.50ff, 143ff, 258ff; ders., in: Kühne /Miyazawa, S.137; zust. OLG Frankfurt NStZ 1981, 144; DoRn ach, M., Der Strafverteidiger als Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens, 1994; Senge, NStZ 2002, 225; v. Stetten, StV 1995, 609; Arapidou, E., Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, 1997, S.137; Jolmes, A., Der Verteidiger im deutschen und österreichischen Strafprozess, 1982, S.69; ähnlich Hellmann, II § 6 Rn 6; критика Grüner, S.15ff; Wolf, S.19ff).

На основании **ограничительной теории органа** от защитника можно требовать по максимуму:

- **в положительном аспекте:** по возможности самое интенсивное противостояние органам, осуществляющим уголовное преследование (**эффективность защиты**);
- **в отрицательном аспекте:** бездействовать при «злоупотреблении» своих прав (действия в пользу своего манданта), превышая свои полномочия (граница: **сущность правосудия** не должна быть поставлена под сомнение; например, защитник не должен лгать, см. Rn 176). В литературе эти последствия частично не соблюдаются (statt aller Brüssow-Kempf 1/7; Hassemer, Beck'sches Formularbuch I B1 S.5).

Однако у защитника нет **общей** обязанности гарантировать соблюдение, с точки зрения процессуального и материального права, правильного хода развития процесса (KMR-Hiebl, Vor § 137 Rn 10; aA OLG Hamburg NStZ 1998, 586 m. Anm. Kudlich; LG Wiesbaden StV 1995, 239 (Verbot der Konfliktverteidigung) m. abl. Anm. Asbrock; s. auch Dahs, Odersky-FS, S.317; Jahn, NStZ 1998, 389; ders., ZRP 1998, 103), и ему нельзя навязывать готовность к сотрудничеству с другими участниками процесса. Поэтому не узаконена ограничительная теория органа (weiterführend DoRn ach, NStZ 1995, 57);

– **передача** защитнику **судебных обязанностей по расследованию**. Таким образом, запрет на использование доказательств в процессе не может, например, в случае неразъяснения полицией обвиняемому его прав, зависеть от того, что защитник до окончания допроса подсудимого в судебном разбирательстве **выступает против** подобного использования (aA BGHSt 38, 214, 220; 39, 349; 42, 15, 22f; BGH NStZ 1997, 502; BayObLG NJW 1997, 404; Ignor, Riess-FS, S.185; Meyer-Gossner /Appl, StraFo 1998, 258; s.o. Rn 117; wie hier ua SK-Rogall, Vor § 133 Rn 178; Heinrich, ZStW 112 (2000), 398; Lesch, 3 /71; Fahl, JA 1996, 749; Fezer, StV 1997, 57; Roxin, Hanach-FS, S.21; Ventzke, StV 1997, 543; vgl auch Hartwig, JR 1998, 359);

– **ограничение** прав **обвиняемого**. В соответствии с этим суд не может требовать, чтобы обвиняемый ходатайствовал о предоставлении доказательств в будущем только через защитника. Например, при частом использовании своего права на ходатайство о привлечении новых доказательств обвиняемый может действовать не только через защитника, но также лично (so auch HK-Julius, § 244 Rn 14; aA BGHSt 38, 111, 114 m. Anm. Maatz, NStZ 1992, 513; Fezer, JZ 1996, 658; Roxin, Hanack-FS, S.20; Scheffler, JR 1993, 170; Widmaier, NStZ 1992, 519);

– **обязанность информировать** со стороны защитника **других участников процесса**, например, о появлении в процессе нового защитника по назначению (aA KG JR 1981, 86; dazu Beulke, JR 1982, 45).

2. Теория о защитнике как лице, представляющем интересы одной стороны

В последнее время в литературе полностью не признают за защитником свойств органа, а рассматривают его только как **лицо, представляющее интересы одной из сторон** (Ostendorf, NJW 1978, 1349; BeRn smann, StraFo 1999, 226; Wolf, S.426; s. auch Thomas, Müller-Symp, S.39). Защита в материальном смысле – это решение, которое принимал бы сам обвиняемый. Он должен был бы **автономно** определять свои интересы. Защитник должен бы оказать ему только помощь, следуемое из этого направление на общественные цели стерло бы только естественные противоречия и привело бы к неоправданным посягательствам на права как обвиняемого, так и защитника. **151**

От этой теории необходимо **отказаться**: в большинстве случаев ввиду неопытности обвиняемого в обращении с органами уголовного преследования недопустимо ему самому автономно определять стратегию защиты, особенно вопреки воле защитника. Также в будущем необходимо зафиксировать независимость защитника от воли обвиняемого; это согласуется с тем, что прерогатива по принятию решений остается у обвиняемого так долго, пока защитник считает себя ответственным за данную модель поведения (vgl Wahle, Hanack-FS, S.110). Также возникает ошибочный неизбежный вывод «чистой теории» о защитнике как о лице, представляющем интересы одной стороны, о том, что защитнику разрешено все, что обвиняемый может делать сам без риска наказания. Таким образом, защитнику разрешено было бы лгать и искажать источники доказательств. Однако **обязанность придержи-**

ваться правды относится к существенным компонентам защиты в уголовном судопроизводстве. В крайнем случае данная теория превращает защитника в «**сообщника**» своего клиента.

151a Одним умеренным вариантом рассматриваемой теории выступает **договорная теория Lüderssen**, согласно которой защитник в принципе должен руководствоваться пожеланиями своего подзащитного, однако недопустимо прибегать ко лжи (LR-Rüderssen, Vor § 137 Rn 33ff; ders., StV 1999, 537; ders., Müller-Symp, S.41; ders., Waltos-FS, S.324; ähnlich Jahn, JR 1999, 1; ders., StV 2000, 431). Но эта позиция несовместима с современным правом при участии защитника по назначению, который в крайнем случае может быть назначен и вопреки воле обвиняемого лица (см. Rn l65ff). В принудительном порядке защитник по назначению может быть назначен даже адвокату (BVerfG NJW 1998, 2205).

3. Конституционно-процессуальная теория

151b Прежде всего в адвокатской среде преобладающим подходом является постановка акцента на конституционно-правовую гарантию, предусмотренную ст. 2 абз. l Основного закона, в сочетании с выводимым из принципа правового государства требованием на справедливый, корректный процесс (см. Rn 28), и представляется, что из этого уже следует ответ на вопрос: как должна быть построена законная защита в уголовном процессе. Любое процессуальное действие приемлемо до тех пор, пока оно преследует цель защиты, и не противоречит никакому специально закрепленному в законе запрету (statt aller Ziegert-Ignor /Danckert, S.17; FA-Strafrecht-Köllner A/42; Paulus, NStZ 1992, 305, 310; BeRn smann, StraFo 1999, 226). Однако это положение крайне незначительно. Понятие «процессуальное действие», например, полностью не раскрывает, где находится граница уголовной наказуемости в соответствии с § 258 УК (обязанность защитника придерживаться правды?). Гораздо более сдержанное решение запрещает защитнику осуществлять все полномочия, исключительно перечисленные в законе (so Wolf, S.294), поскольку права защитника не должны быть закреплены непосредственно в законе, а должны вытекать из общих принципов, например, право советовать свидетелю воспользоваться своим правом отказа от дачи свидетельских показаний.

III. Доверительные отношения между защитником и его клиентом

1. Договор поручения на ведение дел и независимость защитника

152 Между избранным защитником и обвиняемым существует гражданско-правовой договор, в предмет которого входит **ведение дела** или выполнение обязанностей по существу дела (vgl Palandt-Putzo, Vor § 611 Rn 21). Несмотря на это гражданско-правовое соглашение и на оплату деятельности защитника со стороны клиента, защитник **независим** от него (BGH StV 1993, 564). И если только закон специально предусматривает это (например, при подаче жалобы согласно § 297 УПК; см. также § 302 II УПК), то защитник поступает в соответствии с волей своего клиента. Независимость от воли подзащитного проявляется, например, в том, что защитник

может **вопреки воле обвиняемого** заявлять ходатайства о предоставлении доказательств (BVerfG NJW 1995, 1952; OLG Gelle NStZ 1988, 426; sehr str. aA zB Wolf, S.379) и также может настаивать вопреки его воле на оправдательном приговоре (Einzelheiten bei Beulke, S.129ff, 131). Если обвиняемый желает избрать другую защиту, в то время как защитник должен уже приступить к выполнению своих обязанностей, то существует возможность (а у защитника по выбору – неограниченная возможность) расторгнуть договоренность данного защитника с клиентом и при необходимости поручить защиту другому адвокату. Однако по общему правилу защитник обсуждает со своим подзащитным целесообразность проведения или непроведения отдельных процессуальных действий (weiterführend Riess, Müller-Symp, S.1). Только тесные доверительные отношения между защитником и клиентом гарантируют эффективную защиту.

2. Контактное право

153 Доверительные отношения между защитником и обвиняемым установлены только тогда, когда существуют неограниченные и, прежде всего, возможности общения наедине (besonders ausf. Welp, Gallas-FS, S.391ff). **Контактное право** относится, так сказать, к «**конституционным правам**» защиты, ориентированной на принцип правового государства (Beulke, Jura 1986, 645). Поэтому в течение всего процесса обвиняемому предоставляется свободно (без слежки) в устной и письменной форме общаться со своим защитником в случае, когда он арестован (§ 148 I УПК) и когда он находится на свободе. Последний вариант также предусмотрен § 148 I УПК.

Однако ненаблюдение в соответствии с § 148 УПК не действует в отношении **разговоров обвиняемого с адвокатом с целью установления в будущем доверительных отношений между ними** (KG StV 1991, 524; abw. Fezer, StV 1993, 255; Hassemer, StV 1985, 405).

Согласно § 148 II УПК данное ненаблюдение ограничивается в определенной мере только применительно к письменному праву на установление контактов, когда арестованный обвиняемый подозревается в совершении преступления, предусмотренного § 129a УК. Другие особые положения содержатся в §§ 31ff вводного закона к закону о судоустройстве (т.н. **запрещение контактов**), а также в § 100h II 2 УПК (сведения телекоммуникационных служб о телефонных разговорах защитника при подозрении в уклонении от наказания и так далее).

154 В данные отношения нельзя вмешиваться также путем проведения **выемки документов** (например, изымать переписку между защитником и обвиняемым; соответствующие заметки из ноутбука защитника) (§ 97 I № 1 УПК; Einzelheiten bei Schäfer, Hanack-FS, S.77; Beulke, Lüderssen-FS, S.693; guter Beispielsfall bei Werle, JuS 1993, 935). Документы, относящиеся к защите, также не подлежат изъятию, если они находятся не у защитника, а у обвиняемого (BGHSt 38, 46; LG München NStZ 2001, 612). Однако здесь возникает проблема: возможно ли изъять документы, если защитник подозревается в соучастии или в пособничестве, в укрывательстве преступника с целью воспрепятствования наказанию или в укрывательстве имущества, добытого преступным путем. Исходя из буквального толкования § 97 II 3 УПК это представляется допустимым. Однако судебная практика (BGH NJW 1982, 2508) и господствующая позиция в литературе (K /M-G, § 97 Rn 38) исходят из того, что некоторые предметы и документы **не подлежат конфискации**, поскольку § 148 УПК предоставляет § 97 II 3 УПК соответствующее особое

положение (Beulke, S.210; ders., Jura 1986, 642, 645). Независимость защитника от своего клиента не позволяет нарушать права обвиняемого на защиту, где уголовно наказуемое поведение защитника может принести вред обвиняемому, а при наличии определенных обстоятельств и иному лицу. При использовании положения § 138c III 1 УПК закон исходит из того, что права защитника (§§ 147, 148 УПК) при подозрении его в соучастии в преступлении могут ограничиваться только в пределах процесса при отводе того или иного участника согласно §§ 138aff УПК (Beulke, S.231; für einen generellen Vorrang der §§ 138aff StPO Fezer, 4 Rn 69; s. auch u. Rn 249, 271).

155 Подобное преимущество следует также предположить и в отношении **контроля за телекоммуникацией** между защитником и его подзащитным в соответствии с § 100a УПК. Это связано с тем, что высказывания посредством телекоммуникации по сравнению с письменными сообщениями обладают большей чувствительностью и требуют большей защиты доверительных отношений, нежели письменные. Подобная усиленная защита выражается в том, что прослушивание телефонных разговоров обвиняемого допустимо только при наличии соответствующих предпосылок, предусмотренных § 100a УПК, для этого необходимо наличие подозрения в совершении преступления, входящего в каталог преступлений (более подробно см. Rn 253 и последующие). Исходя из преимущественного действия § 148 УПК не прослушиваются телефонные разговоры между защитником и его обвиняемым даже в случае наличия подозрения в совершении преступления, входящего в соответствующий каталог. Это также должно действовать в случае (параллельно и при выемке почтовой корреспонденции защитника), когда защитник подозревается в укрывательстве преступника в пользу обвиняемого с целью воспрепятствования наказанию, если в отношении прочих иных лиц прослушивание было бы возможным (BGHSt 33, 347ff). Даже упрек в участии в уголовно наказуемом деянии, предшествующем совершенному преступлению, не позволяет осуществлять прослушивание телефонных разговоров (Beulke, Jura 1986, 642, 645f; Welp, NStZ 1986, 294, 297; aA insoweit BGHSt 33, 347. 348f). Приоритет §§ 148, 138c III УПК не терпит никакого-либо исключения даже ввиду трудного обозначения границы. Соответственно такие же положения действуют и в отношении других негласных мер принуждения, в частности, фотоснимков, выполненных скрытой камерой, подслушивания (auch Rn 263ff); всегда приоритетный § 148 УПК запрещает посягательства на доверительные отношения защитника со своим клиентом.

155a Возникают сложности с защитой письменных сообщений между защитником и его подзащитным также при назначении ограничения права переписки в конкурсном производстве по преданию суду согласно § 97 I 3 InsO. Конституционный суд ФРГ не оспаривал вскрытие и размножение почты защитника конкурсным управляющим, поскольку в принципе полученные таким образом сведения в последующем уголовном процессе подпадали бы под запрет на их использование в процессе (BVerfG StV 2001, 212). Однако представляется необходимым отказаться от такого понимания. Запрет на использование информации в более позднем процессе не достаточен для гарантированного § 148 УПК права на контакт защитника со своим клиентом без каких-либо наблюдений, тем более, что судебная практика в принципе не приписывает данному запрету дальнейших последствий (см. Rn 144 и Rn 476, 482), поэтому, например, допрос верующего в качестве свидетеля был бы допустимым, если свидетель случайно узнал о содержании вскрытой почтовой переписки защитника (Marberth-Kubicki, StV 2001, 433; zu den Einzelheiten des § 97 I InsO s. Auch Bittmann /Rudolph, wistra 2001, 81).

IV. Права защитника

Среди прав, которыми наделен защитник для осуществления эффективного противостояния органам уголовного преследования, нужно подчеркнуть следующие: **156**

1. Право защитника присутствовать при производстве ряда следственных действий

Защитник вправе присутствовать при каждом **судебном допросе обвиняемого** (§ 168c I УПК), а также при допросах, проводимых **прокурором** (§§ 163aIII 2, 168c I УПК). Как ни странно, но закон не предусматривает при **полицейских** допросах **участие защитника**. Он может вынудить, чтобы его допустили участвовать при полицейском допросе, только посоветуя своему подзащитному в свое отсутствие воспользоваться правом отказа от дачи показаний (§ 163a IV 2 УПК в сравнении с § 136 I 2 УПК; иное мнение Hellmann, II § 6 Rn 10). При **допросах свидетелей** защитник вправе присутствовать только тогда, когда они осуществляются **судьей** (§ 168c II УПК). Соответствующие положения действуют также при судебном осмотре (§ 168d УПК). Применительно к допросу сообвиняемого представляется целесообразным аналогичное применение § 168c II УПК, где защитник также вправе присутствовать (OLG Karlsruhe StV 1996, 302 м. zust. Anm. Riess; Küpper/Mosbacher, JuS 1998, 690; aA BGHSt 42, 391, 393 m. zust. Anm. Theisen, JR 1998, 168 u. m. abl. Anm. Fezer, JZ 1997, 1019; BGH (B) NStZ-RR 2002, 67; Rüping, Rn 131; s. auch Müller-Christmann, JuS 1998, 156). В судебном разбирательстве защитника не ограничивают в праве присутствовать во время любых процессуальных действий (arg. §§ 137, 138aff УПК).

Если органы уголовного преследования **отказывают** обвиняемому перед или во время допроса в желаемом **установлении контактов** с избранным защитником, то полученные показания обвиняемого **непригодны для использования** (BGHSt 38, 372, 373 mit zust. Anm. Roxin, JZ 1993, 426 und Riess, JR 1993, 334). Запрет на использование подобных доказательств вступает в силу тогда, когда обвиняемому не было или было недостаточно четко разъяснено его право на консультацию с защитником и соответственно о возможности получения защитника по назначению (AG Neumünster StV 2001, 498 m. zust. Anm. Gübner oder zurückhaltender BGHSt 46, 93, 103 (оценка доказательств); BGH NJW 2002, 975), или когда органы уголовного преследования обвиняемому в достаточной мере не оказывают «первую помощь» по установлению контакта с защитником (BGHSt 42, 15, 20; weiterführend Beulke, NStZ 1996, 257; KMR-Lesch, § 136 Rn 36; Verrel, S.137 und o. Rn 13).

2. Право ходатайствовать о предоставлении доказательств

Защитник наделен **правом ходатайствовать о предоставлении доказательств** (BGH NJW 1953, 1314). **157**

3. Расследование

158 Защитник вправе наряду с органами, осуществляющими уголовное преследование, сам **расследовать обстоятельства дела**, например, путем опроса свидетелей (BGHSt 46, 1, 4; dazu auch Rn 420; Einzelheiten bei Rückel, Strafverteidigung und Zeugenbeweis, 1988, Rn 8ff; Beulke, Strafbarkeit, Rn 84ff).

4. Право защитника высказываться в пользу обвиняемого

159 В ходе процесса защитник вправе **высказываться в пользу обвиняемого**, § 137 УПК. При этом он может приводить оскорбительные факты, даже если нельзя доказать их истину, § 193 УК (BVerfG NJW 2000, 199).

В **судебном разбирательстве** он наделен правом задавать **вопросы** подсудимому, свидетелям и эксперту (§ 240 II УПК). После допроса подсудимого и после каждого предъявленного доказательства защитнику предоставляется (по его требованию) возможность дать соответствующее объяснение по данному поводу (§ 257 II УПК). Тем не менее заявления не могут предвосхищать заключительную речь защитника (§ 257 III УПК). По окончании судебного следствия защитник выступает с заключительной речью (§ 258 УПК).

5. Ознакомление с материалами дела, § 147 УПК

160 К одним из самых важных прав относится право защитника на **ознакомление с материалами дела** (§ 147 УПК). Само обвиняемое лицо обладает только ограниченной возможностью ознакомления с материалами дела. Однако если обвиняемый не имеет защитника, то ему могут быть выданы справки и копии документов из уголовного дела (§ 147 VII УПК). Это соответствует его требованию на получение информации, закрепленнму в ст. 6 III, I Европейской конвенции (vgl EGMR NStZ 1998, 429 (Fall Foucher) m. zust. Anm. Deumeland). Обвиняемый с защитником может реализовать свое право на получение информации только через защитника. В исключительных случаях, когда обвиняемый самостоятельно может понимать содержание документов, ему должна быть предоставлена полная возможность знакомиться с материалами уголовного дела (OLG Zweibrüchen NJW 1977, 1699; OLG Köln StV 1999, 12). Из этого следует, что защитник **может всеобъемлюще информировать** своего подзащитного как устно, так и при помощи фотокопий о содержании документов. **Однако грозящие меры принуждения**, которые должны оказать неожиданный эффект, **не могут сообщаться** (sehr str., ausf. Beulke, S.89ff, 148f; ders., Strafbarkeit, Rn 42ff; ders., StV 1994, 575; Krey, I Rn 603ff; 608; abw. Fezer, 4 Rn 29; Roxin, § 19 Rn 64; Rüping, Rn 141).

а) В **предметном отношении** право на ознакомление с материалами уголовного дела распространяется на **все** документы и доказательства, которые были представлены суду, или которые необходимо собрать. Сюда также относятся произвольно удержанные письменные документы (материальное понимание документов). К документам также принадлежат видео-, магнитная запись, поскольку они значимы для признания подсудимого виновным и для юридически значимых последствий (OLG Frankfurt StV 2001, 611). Составной частью предметных документов согласно § 58a II 2 в сравнении с § 147 УПК являются также видеозаписи допросов свидетелей (см. Rn 430ff).

Ознакомление не может ограничиваться документами, которые значимы только с точки зрения оценки вины и иных правовых вопросов (BGHSt 37, 204, 206). Неограниченное право на ознакомление с материалами дела распространяется также и **на вновь привлеченные документы** (BGHSt 42, 71, 73). Следует также отнести к документам в смысле § 147 УПК **акты, в которых полиция закрепляет следы преступления**, например, при розыске учитываются сделанные населением замечания. Однако необходимо отказаться от иной позиции судебной практики, в соответствии с которой § 147 УПК не распространяется на документы, где полиция закрепляет следы преступления, и для ознакомления в каждом конкретном случае предоставляет правовую защиту согласно §§ 23ff вводного закона о судоустройстве (BVerfGE 63, 45; BGHSt 30, 131ff; Beulke, Dünnebier-FS, S.285; s. auch Kettner, P., Informationsvorsprung der StA im Ermitllungsverfahren, Jur. Diss. Passau, 2002; Velten, P., Befugnisse der Ermittlungsbehörden zu Information und Geheimhaltung. 1995, S.73).

б) Существует важная градация во **временном отношении: после окончания расследования** право на ознакомление с материалами дела действует в принципе в **неограниченном объеме** (arg.e contrario aus § 147 II УПК). Иногда в ходе предварительного расследования может быть запрещено ознакомление с материалами дела, если это создало бы угрозу целям расследования (§ 147 II УПК). **161**

В соответствии с позицией Европейского суда по правам человека (Fall Lamy) на стадии дознания отказ в ознакомлении с материалами дела недопустим, если обвиняемый находится под стражей (StV 1993, 283; hierzu Zieger, StV 1993, 320; Schmitz, wistra 1993, 319; KG StV 1993, 370 m. Anm. Schlothauer). Однако сегодня немецкая судебная практика считает достаточным, когда задержанному лицу объявляются свидетельствующие против него обстоятельства (§ 115 III УПК) (BVerfG StV 1994, l). Только в исключительном случае необходимо предоставить возможность ознакомления с материалами дела до исполнения постановления о заключении под стражу, если в ходе вынесения судебного решения о заключении под стражу не была бы гарантирована эффективная защита (BVerfG NStZ 1994. 551; NStZ-RR 1998, 108; BGH NJW 1996, 734; Bohnert, GA 1995, 468; Bosch, StV 1999, 333; Schneider, Jura 1995, 337). Европейский суд по правам человека предусматривает реализацию данного права еще более точно (EGMR StV 2001, 201 (Fälle: Lietzow, Schöps und Garcia Alva)). Защитник должен владеть тем же объемом информации, который предоставляется судье для решения вопроса о заключении под стражу. Если прокуратура желает из каких-либо тактических причин удержать доказательство, то никакое постановление о заключении под стражу не может основываться на этом (OLG Hamm StV 2002, 318 m. Anm. Deckers; SK-Paeffgen, § 114 Rn 9; Kempf, StV 2001, 207; Schlothauer /Weider, Rn 420).

Нельзя отказать защитнику в ознакомлении с документами допроса обвиняемого, судебных допросов, а также с экспертным заключением ни на какой стадии процесса (§ 147 III УПК).

в) На стадии дознания **компетентна** за принятие решения об ознакомлении сторонами с материалами дела прокуратура, а с момента поступления обвинительного заключения в суд – председатель суда (§ 147 V УПК).

г) В соответствии с § 147 V УПК существует законное право на обжалование **отказа прокуратуры** на ознакомление с материалами дела в трех случаях: **162**

– прокуратура в материалах дела ставит отметку об окончании расследования, или
– речь идет об особых составляющих материалов уголовного дела в смысле § 147 III УПК, или
– обвиняемый не находится на свободе.

По общему правилу для принятия решения компетентным является суд земли, сравните §§ 147 V 2 с 161a III 2-4 УПК. Согласно господствующему мнению за пре-

делами обозначенных урегулированных сфер не существует никаких средств правовой защиты при отказе прокуратуры на ознакомление с материалами дела. Также исключается (согласно § 23 вводного закона к закону о судоустройстве) ходатайство на судебное решение, поскольку решение прокуратуры должно рассматриваться не как административный акт в области юстиции, а как процессуальное действие. Иначе необходимо рассматривать дело только тогда, когда дознание начинается с очевидно несостоятельными соображениями или продолжается с произвольным обоснованием, или расследование продолжается несоразмерно долго (OLG Frankfurt wistra 2001, 320; zur Diskussion über die frühere Rechtslage s. Beulke, Strafprozessrecht, 4.A. 2000, Rn 162). В теории большинство требует общей судебной проверки решения прокуратуры (statt aller Welp StV 1989, 194; s. auch Schlothauer, StV 2001, 192 und 614 sowie u Rn 321ff).

В случае отказа со стороны **судьи** в ознакомлении с материалами дела возможно это **обжаловать** согласно § 304 УПК (OLG Brandenburg JR 1996, 169 m. abl. Anm. Krack; aA OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 474).

6. Обжалование

163 Защитник может обжаловать решения в интересах обвиняемого, однако не вопреки его воле (§ 297 УПК).

V. Обязанности защитника

164 К обязанностям защитника в отношении своего клиента, прежде всего, следует отнести обязанность **надлежащим образом вести дело** (§ 675 в сравнении с § 242 ГК), **обязанность сохранения тайны** (§ 203 УК) и **долг верности интересам другого лица**. По сравнению с другими участниками уголовного процесса на защитника возложена обязанность уважать **деятельность правосудия в ее сущностной сфере** (см. Rn 150), к которой относится **обязанность давать правдивые показания** и **обязанность не фальсифицировать доказательства**.

VI. Обязательная защита – защита по назначению

1. Понятие

165 Уголовно-процессуальный кодекс в случаях особо серьезного обвинения (например, преступления, а не уголовно наказуемого проступка) или при серьезных недостатках обвиняемого лица (например, умственные отклонения) всегда предписывает необходимое участие защитника в уголовном процессе – это так называемая **обязательная защита**. Если в подобном случае обвиняемый сам выбрал себе защитника, то выполняются все законные требования в данной ситуации. Защитник по выбору обвиняемого является одновременно обязательным защитником. Однако если обвиняемый не выбрал защитника, как правило, это чаще всего возникает из-за финансовых проблем, то ему назначается защитник согласно § 141 УПК, так

называемый защитник по назначению, осуществляющий свою работу по долгу службы. «Обязательный защитник» и «защитник по назначению» – это не взаимосовпадающие понятия, каждый защитник по назначению одновременно является обязательным защитником (vert. Schlothauer, Rn 191ff).

2. Размер обязательной защиты

Положения, касающиеся обязательной защиты, находятся в несистематизированном виде во всем уголовно-процессуальном праве (ua §§ 140, 117 IV, 118a II 2-4, 350 III, 364a, 364b, 408b, 418 IV УПК, 68 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних, 60 закона об административных правонарушениях). **166**

а) На практике **самая важная норма** закреплена в **§ 140 УПК**. Абзац 1 данного параграфа закрепляет случаи обязательного участия защитника. Участие защитника в процессе является обязательным, если:

- судебное разбирательство по первой инстанции проводится в **Верховном суде земли или в суде земли** (№1);
- обвиняемому вменяется в вину совершение **преступления**, а не уголовно наказуемого проступка (№2);
- обвиняемый на основании постановления судьи или с судебного согласия находился не менее трех месяцев под стражей и не менее чем за две недели до начала судебного разбирательства был освобожден (№5). Но назначение защитника, следуемое после трех месяцев нахождения лица под стражей, вступает в противоречие со ст. 5 III, IV Европейской конвенции. Учитывая недостающее обвиняемому право знакомиться с материалами уголовного дела, обвиняемый без защитника не участвует в процессе в необходимом объеме, и тем самым нарушается принцип равенства сторон (vgl EGMR NJW 2000, 2883 (Nicolava)).

б) В отношении преступлений, которые не подпадают под действие § 140 I УПК и других положений, действует в качестве своеобразного резервуара § 140 II УПК (Molketin, AnwBl 2001, 85). Защита является обязательной также в случае, когда вследствие **тяжести совершенного преступления** или из-за **трудностей, связанных с правовыми или фактическими обстоятельствами дела**, содействие защитника представляется необходимым, **или** когда обвиняемый **не может самостоятельно себя защищать**. **167**

аа) При определении отношения к **тяжести совершенного уголовно наказуемого деяния** следует акцентировать внимание не на степени посягательства на правовое благо, а на **ожидаемое наказание** (K /M-G, § 140 Rn 23 mwN). Более целесообразным для подтверждения критерия определения тяжести совершенного деяния является ожидаемое в принципе наказание, связанное с лишением свободы (Beulke, Jugendverteidigung, S.170ff; ders., Jugendverteidigung II, S.45; Herrmann, StV 1996, 400). В противоположность этому господствующая позиция рассматривает в качестве критерия не всякое лишение свободы, а только продолжительное. В соответствии с устоявшейся судебной практикой является достаточным ожидаемое наказание в виде одного года лишения свободы (OLG Hamm NStZ-RR 2002, 373; OLG Düsseldorf StV 2000, 408; OLG Frankfurt, StV 2001, 106 (auch bei Bewährung); наказание в виде десяти месяцев (или меньше) лишения свободы (zumindest bei drohendem Bewährungswiderruf): BayObLG NJW 1995, 2738; s. auch OLG Zweibrüchen StV 2002, 237).

бб) К **трудностям, связанным с правовыми или фактическими обстоятельствами дела**, относят, например, процессы, в которых защитнику необходимо владеть полным знанием

материалов дела (vgl OLG Koblenz NStZ-RR 2000, 176), когда привлекают эксперта (LG Lübeck StV 1986, 147), когда неоднозначная судебная практика могла бы быть значимой (OLG Frankfurt NJW 1983, 1208), или когда прокуратура обжалует оправдательный приговор (OLG Düsseldorf StV 1990, 487).

вв) Защита обязательна также в том случае, когда очевидно, что обвиняемый не **может сам себя защищать**. Это может быть при наличии физических или умственных недостатков (RGSt 74, 304; LG Berlin StraFo 2002, 90 (Aids)), когда подсудимый не может читать, писать (OLG Celle StV 1994, 8), или (традиционный пример – § 140 II 1 letzte Alt. УПК) когда потерпевшему должен быть назначен защитник (dazu OLG Hamm StV 1999, 11). Если обвиняемый глухой либо немой, то **необходимо** по его ходатайству предоставить защитника (§ 140 II 2 УПК).

Согласно ст. 6 IIIe Европейской конвенции обвиняемому, не владеющему языком, на котором осуществляется судопроизводство, предоставляется на протяжении всего процесса возможность пользоваться услугами переводчика независимо от его материального положения. По общему правилу при обвинении в особо тяжких преступлениях при отсутствии знаний языка обвиняемый неспособен защищать себя (BGHSt 46, 178, 183ff; OLG Karlsruhe StV 2002, 299). Однако отсутствие знания немецкого языка можно компенсировать введением в процесс переводчика (BGHSt 46, 178, 186 m. zust. Anm. Tag, JR 2002, 124).

3. Назначение обязательного защитника

168 а) Если у обвиняемого отсутствует защитник, то **председатель суда**, в котором дело должно рассматриваться или уже рассматривается, сам назначает защитника в случаях обязательной защиты (§ 141 IV УПК).

б) У обвиняемого есть **право также принимать участие в выборе** обязательного защитника: в соответствии с § 142 I 2 УПК ему необходимо предоставить возможность высказаться о личности назначаемого защитника, и председатель обязан назначить предложенного обвиняемым защитника, если для отказа в этом нет серьезных оснований (§ 142 I 3 УПК; BVerfGE 9, 36, 38; BGH NJW 2001, 237). Однако у обвиняемого отсутствует правовое притязание на назначение предложенного защитника (BGHSt 43, 153).

в) **Отказ назначить обязательного защитника** возможно обжаловать согласно § 304 I УПК в **порядке подачи жалобы**, а именно если постановление об отказе было издано во время судебного разбирательства; этому не препятствует § 305 S. 1 УПК (ebenso ua OLG Düsseldorf StV 2001, 609; OLG Köln NStZ 1991, 248 m. zust. Anm. Wasserburg; SK-Frisch, § 305 Rn 23). Согласно иной позиции допустимо во время судебного разбирательства обратиться только к суду на основании § 238 II УПК (OLG Koblenz NStZ-RR 1996, 206 mwN). О правовой защите в стадии дознания см. Rn 321ff.

4. Отказ назначить обязательного защитника

169 а) В соответствии с § 143 УПК назначение должно быть **отменено**, если вскоре избран другой защитник, и он согласен с избранием. Распространено мнение (BVerfGE 39, 238, 244; OLG Frankfurt StV 1995, 11), что необходимо отменить назначение, если для этого существует «**важное основание**».

В частности, можно считать «важным основанием», если нарушены **доверительные отношения** между защитником и его клиентом (enger Krey, I Rn 724). Но простого утверждения, что отсутствует доверие не достаточно, чаще всего необходимо требовать аргументирован-

ное представление того, что с позиции среднего благоразумного обвиняемого окончательно разрушены доверительные отношения (BVerfG NJW 2001, 3695; BGHSt 39, 310, 315; BGH JR 1996, 124 m. Anm. Müller). В каждом конкретном случае практика часто поступает в данном отношении слишком ограниченно. Если обвиняемый требует при взаимном согласии с участвующими в деле адвокатами замены обязательного защитника и это не связано ни с задержкой процесса, ни с дополнительными государственными расходами, то необходимо выполнить просьбу обвиняемого (LG Köln StV 2001, 442). Если суд не выполняет предложение по освобождению от служебных обязанностей, а защитник затем объявляет, что не участвует далее в деле, то не существует достаточной защиты (BGH NJW 1993,340).

Очень проблематична возможность рассматривать в качестве «важного основания» **неспособность** лица, по мнению суда, выступать в качестве защитника. Поскольку даже в случаях обязательной защиты суду нельзя предоставить контроль за стратегией защиты (BGH StV 2000, 402 m. Anm. SteRn), то необходимо от этого отказаться. Судебная практика только в крайних случаях делает из этого правила исключение и считает возможным отказать в назначении обязательного защитника, если однозначно видно, что защитник не способен квалифицированно защищать подсудимого (BGH (H) MDR 1996, 120; KG NJW 1992, 41; StV 1993, 236; OLG NüRn berg StV 1995, 287; Hilgendorf, NStZ 1996, 4; Meyer-Goßner, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.627; abw. Beulke, S. 129; Barton, S.160, 218; Seier, Hirsch-FS, S.992). Даже если защитник **только недоволен**, т.е. если он серьезно и окончательно отказывает обвиняемому в предоставлении квалифицированной юридической помощи, то согласно судебной практике необходимо освободить его от выполнения служебных обязанностей защитника (OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 77).

Считается, что при определении «важного основания» в отказе в назначении обязательного защитника следовало бы руководствоваться положениями, регулирующими исключение защитника из процесса (§§ 138a ff УПК (dazu u. Rn 172; Roxin, § 19 Rn 51; Seier, Hirsch-FS, S.988; vgl auch Dencker, NJW 1979, 2176ff; Rieß, JR 1979, 37)). В последнее время судебная практика к защитнику по назначению также применяет положения §§ 138a ff УПК, но выборочно наряду с возможностью отказа согласно § 143 УПК по аналогии (BGHSt 42, 94, 95f m. zT krit. Anm. Weigend, NStZ 1997, 47; OLG Hamburg NStZ 1998, 586). Однако более правильным представляется применение положений §§ 138a ff УПК только к защитнику по выбору обвиняемого (ebenso BVerfGE 39, 238, 245).

б) Компетентен принимать решения по отмене (если в процессе появился защитник по выбору обвиняемого) или по отказу назначения обязательного защитника (по важному основанию) **председатель суда** (K /M-G, § 143 Rn 1). Решение возможно обжаловать согласно § 304 УПК (проблематично, см. Rn 168). Также защитник по назначению наделен правом обжалования, поскольку он самостоятельно выполняет общественные функции (sehr str., zust. zB HK-Julius, § 143 Rn 10; abl. K /M-G, § 143 Rn 7; OLG Frankfurt NStZ-RR 1996, 272: только в случаях произвола).

5. «Дополнительный защитник по назначению»

Согласно господствующей позиции отрицается необходимость отказа назначить обязательного защитника при вступлении в процесс защитника по выбору обвиняемого (§ 143 УПК) в случае, **когда защитник по выбору не предоставляет достаточной гарантии, что процесс может быть завершен** (BVerfGE 39, 246). В этом случае наряду с защитником по выбору действует также дополнительный защитник по назначению. В конкретном случае подобная схема устанавливается с самого начала председателем суда. Уголовно-процессуальный кодекс предусматривает одновременно обязательную защиту и защитника по выбору обвиняемого только при **неявке защитника по выбору обвиняемого** (§ 145 I 1 УПК). Тем не менее необходимо аналогично действовать при сложных, больших процессах (например, террористичес- **170**

ких актах), поскольку, прежде всего, в подобных процессах для подготовки к защите защитнику требуется много времени, и он может приостановить процесс в результате прекращения работы со своим клиентом. Поэтому суд вправе для обеспечения сохранности процесса наряду с защитником по выбору обвиняемого назначить также обязательного защитника (т.н. **защитник обеспечения или дополнительный защитник по назначению**) (BGHSt 15, 306, 309; OLG Karlsruhe StV 2001, 557; dazu Beulke, S.239ff; ders., JR 1982, 45ff; ders., StV 1990, 365; Knell-Saller, I., Der Sicherungsverteidiger, 1994; generel abl. hingegen Fezer, 4 Rn 43; Römer, ZRP 1977, 92ff). Наряду с защитником по выбору дополнительный защитник по назначению должен предотвращать крайние злоупотребления в отношении обвиняемого.

6. Момент назначения защитника

171 **До предъявления обвинения** защитник по назначению появляется в деле только **по требованию прокуратуры** и назначается председательствующим. Прокуратура должна потребовать назначение защитника, а также ей необходимо предвидеть случаи обязательной защиты (Einzelheiten s. § 141 III УПК und Beulke, Jugendverteidigung, S.187). При решении данного вопроса на нее не возлагается всеобъемлющая судебная проверка оценки действий прокуратуры, поэтому не при каждом случае наличия подозрения в совершении особо тяжкого преступления необходимо назначать защитника (BGH NJW 2002, 1279). Если на стадии дознания ожидается допрос лица в качестве свидетеля, в котором обвиняемый не может принять участие, то возникает обязанность назначения обязательного защитника, чтобы посредством данного субъекта процесса гарантировать обвиняемому его право задавать вопросы (сравните § 141 III УПК, ст.6 IIId Европейской конвенции). Представляется малоубедительной позиция, в соответствии с которой при пренебрежении данной обязанностью не должен затрагиваться запрет на использование недопустимых доказательств (см. Rn 454ff), а полученные доказательства должны оцениваться особенно критично – это так называемое «решение оценки доказательств» (BGHSt 46, 93, 99 dazu Eisele, JA 2001, 100; Fezer, JZ 2001, 363; Eindriss, Riess-FS, S.72; Gless, NJW 2001, 3606; Hamm, Lüderssen-FS, S.717; Kunert, NStZ 2001, 127; Martin, JuS 2001, 194; Neuhaus, JuS 2002, 18; Schlothauer, StV 2001, 127; Widmaier, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S.1043).

После направления обвинительного заключения председатель компетентного суда назначает подсудимому защитника, если у того еще не было защитника, сразу же, как только подсудимый согласно § 201 УПК **был вызван для дачи заявлений, связанных с ознакомлением с обвинительным заключением** (§ 141 I УПК). Если позднее выяснится, что защитник обвиняемому необходим, то его немедленно назначают (§ 141 II УПК).

Если выясняется необходимость защиты только во время судебного разбирательства, то судебное разбирательство должно проходить только после назначения обязательного защитника или, по крайней мере, необходимо повторить существенные моменты судебного разбирательства (в частности, допрос подсудимого, судебное следствие) (см. § 145 II УПК).

VII. Исключение защитника из процесса

172 Закон в §§ 138a ff УПК предусматривает возможность **исключения** защитника из процесса в ряде случаев, когда тот **злоупотребляет** своей **функцией содействия**.

Согласно § 138a I Nr3 УПК защитник должен быть исключен из участия в процессе, если существует серьезное подозрение, что он совершил деяние, которое в случае осуждения обвиняемого рассматривается как укрывательство преступника с целью воспрепятствования наказанию (при определенных обстоятельствах даже посредством собственно защиты). Сообвиняемый не может быть защитником другого обвиняемого. Несовместимость следует из правового положения защитника, и в данном случае не требуются исключения (BGH StV 1996, 469).

В § 138c УПК урегулирована **процедура исключения защитника из процесса**. По общему правилу, решение об исключении должен принимать **Верховный суд земли**, в исключительных случаях – Верховный суд ФРГ (сравните § 138c I УПК). В отношении права на возбуждение ходатайств сравните § 138c II УПК, отмена исключения защитника из процесса – § 138a III УПК.

VIII. Совместная защита

В соответствии с § 146 УПК в принципе защитнику запрещается представлять интересы нескольких обвиняемых (**запрет на совместную защиту**). Это позволяет предостеречь обвиняемого от опасности конфликта интересов со стороны защитника, поскольку в процессе в отношении нескольких участников часто возникают взаимоисключающие обязательства. Запрещена: 173

- совместная защита нескольких участников по **одному** уголовно наказуемому деянию в процессуальном смысле (§ 264 УПК), если только процессы проводятся **одновременно** (§ 146 S.1 УПК);
- совместная защита нескольких участников по **одному** деянию (§ 264 УПК), когда процессы **разделены**, но проводятся **параллельно** (§ 146 S.1 УПК), т.е. без проверки на наличие конкретного столкновения интересов (Beulke, NStZ 1985, 289ff; abw. BGHSt 27, 22);
- совместная защита нескольких подсудимых, которым вменяются **различные деяния** в процессуальном смысле и которые – всегда по каким-то основаниям – проходят **в одном** процессе (§ 146 S.2 УПК).

Однако разрешена **постепенная** защита (сначала одного, затем другого) нескольких участников по одному и тому же деянию в процессуальном смысле, например, если в первой инстанции он защищает одного соучастника, во второй – другого, но к этому моменту окончательно прекращены отношения защитника со своим первым клиентом (OLG Karlsruhe NStZ 1988, 567). Необходимо учитывать, что процессуально допустимую постепенную защиту следует квалифицировать как уголовно наказуемые действия адвоката, противоречащие его долгу, совершенные в ущерб интересам клиента (§ 356 УК), если совместная защита двух участников по одному и тому же делу вступает в противоречие с интересами одного из этих подзащитных (OLG Stuttgart NStZ 1990, 542 m. zust. Anm. Geppert).

Защитники своих сообвиняемых могут быть **членами одной коллегии адвокатов** (или ООО адвокатов), несмотря на существующее положение § 3 II устава для адвокатов, который распространяет на членов коллегии запрет на представление противоречащих интересов клиентов (abgedr. bei Feuerich /Braun, S.1249ff). Однако основания § 146 УПК не действуют (BVerfGE 43, 79ff; OLG Frankfurt NJW 1999, 1414; OLG Karlsruhe NStZ 1999, 212; missverständlich BVerfG NStZ 1998, 46 m. Anm. Lüderssen, StV 1998, 357; aA Eylmann, StraFo 1998, 145).

IX. Защита в уголовном процессе и укрывательство преступника с целью воспрепятствования наказанию

174 Защита в уголовном процессе – это часто очень осторожное балансирование между разрешенным и уголовно наказуемым деянием. Если защитник выступает особенно успешно, то он своими действиями может затруднить осуществление государственного требования наказания на продолжительный срок, а при определенных обстоятельствах сделать его невозможным. Тем не менее это является задачей защиты в уголовном процессе (Rn 147). До тех пор пока он пользуется **процессуально допустимыми средствами**, нельзя классифицировать его действия как **укрывательство преступника с целью воспрепятствования наказанию**. Здесь не присутствуют признаки состава преступления, предусмотренного § 258 УК (ebenso ua OLG Düsseldorf StV 1998, 65 und die hL; Einzelheiten bei Beulke, Strafbarkeit, Rn 1ff; für einen Rechtfertigungsgrund Müller, StV 1981, 95). **Недопустимая** защита в уголовном процессе может повлечь за собой наказание защитника в соответствии с § 258 УК, если вследствие его действий расстраивается наказание обвиняемого (его подзащитного), и также налицо оставшиеся признаки состава преступления, особенно умысел на совершение уголовно наказуемого деяния.

Из § 258 УК не следует, однако, что разрешено и что запрещено, когда есть действие, направленное на воспрепятствование наказанию. В большинстве случаев этот состав преступления отсылает нас к процессуальному праву, т.е. является «акцессорным» (BGHSt 38, 345, 347 m. Anm. Beulke, JR 1994, 116; Einzelheiten bei Beulke, S.98; ders., Strafbarkeit, Rn 3ff; s. auch Ignor, Schlüchter-FS, S.42; zweifelnd Danckert/Bertheau, Hanack-FS, S.31). Ссылка на процессуальное право не очень эффективна, поскольку там отсутствуют исчерпывающие положения о том, где заканчиваются полномочия защитника. Границы в большинстве случаев можно обнаружить только посредством общих размышлений о задачах и правовом статусе защитника (krit. Jahn, ZRP 1998, 103). Поэтому сегодня существует неясность по поводу правовой допустимости различных вариантов поведения.

175 Исходя из представленной здесь **ограничительной организационной теории** (см. Rn 150f), для защитника устанавливаются, прежде всего, следующие **границы**:

- все, что он говорит, должно соответствовать истинному положению вещей (**обязанность давать правдивые показания**); однако он не должен рассказывать все, что знает (Dahs, StraFo 2000, 181). Об обстоятельствах, могущих навредить его клиенту, он должен и может умолчать (dazu ausf. Bottke, ZStW 96 (1984), 726ff);
- ему **запрещается устранять доказательства и следы или их фальсифицировать** (RGSt 50, 346, 366; OLG Hamm DAR 1960, 19).

176 Исходя из этого, судебная практика и доктрина работают скорее с каталогом преступлений, нежели с общими критериями разграничения (übersicht bei LR-Lüderssen, § 138a Rn 35ff; Beulke, S.149ff; ders., Strafbarkeit, Rn 176ff; Hassemer, Beck'sches Formularbuch S.5; Meyer-Gossner, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.636; Müller-Dietz, Jura 1979, 242ff; Otto, Jura 1987, 329ff; Wolf, S.313; s. auch Paulus, NStZ 1992, 305 und Wohlers, StV 2001, 420).

Например, являются запрещенными:

- изобретение лживых показаний для подсудимого и дача лживого совета (BGHSt 2, 375, 378; BGH NStZ 1999, 188 m. Anm. Beulke, Roxin-FS, S.1174 u. Widmaier, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S.1051; OLG Frankfurt NStZ 1981, 144; Dahs, Rn 42; Salditt,

StV 1999, 61; neuerdings str.: abw. zB AK-SteRn , Vorbem. § 137 Rn 75; BeRn smann, StraFo 1999, 230; zT auch Fezer, Stree /Wessels-FS, S.682);
- склонение свидетеля к даче ложных показаний (BGHSt 31, 10, 12f);
- представление свидетеля, решившегося на лжеприсягу (BGHSt 29, 99, 107);
- ложь в судебном разбирательстве (OLG Frankfurt NStZ 1981, 144; str.).

Разрешено, например:

- изображение правовой ситуации;
- советовать обвиняемому молчать (BGH (H) MDR 1982, 970);
- давать совет, как соответственно представляемую версию совершенного деяния следует оценивать в правовом отношении;
- давать совет воспользоваться правом отказа от дачи показаний (BGHSt 10, 393, 394);
- требовать вынесения оправдательного приговора для считающего себя виновным подсудимого, если, по мнению защитника, в процессе не доказана его вина (RGSt 66, 316, 325);
- давать совет о соглашении на выплату денежного возмещения за причиненный нематериальный ущерб потерпевшему, чтобы побудить последнего дать смягчающие ответственность показания, а также когда защитник считает возможным, что смягчающее ответственность показание не соответствует действительному положению вещей (BGHSt 46, 53, 54 m. zust. Anm. Beulke, Roxin-FS, S.1176; Cramer /Papadopoulos, NStZ 2001, 148; Kudlich /Roy, JA 2001, 15; Martin, JuS 2000, 1124; Müller-Christmann, JuS 2001, 62 u. Widmaier, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S.1063; krit. Scheffler, JR 2001, 294).

Решение задачи 20. В соответствии с господствующей позицией В. как защитник (§ 137 УПК) **независим** от воли обвиняемой А. Поэтому ходатайство В. о допущении доказательств (vgl § 244 III, VI УПК) является допустимым, и он вправе это сделать вопреки пожеланиям А. Если на практике такие конфликты практически редко встречаются, то это связано с тем, что на защитника возложена обязанность построить доверительные отношения со своим подзащитным. Поэтому В. должен был сначала обсудить свои действия с А. Не достигнув взаимопонимания, следует помнить, что есть возможность прекращения отношений клиента со своим защитником (более подробно см. Rn 152). 177

Решение задачи 21. а) Защитник не должен говорить неправду (**запрет на ложь**), поэтому он не может утверждать, что А. сообщал ему, что не собирался присвоить себе книгу (спорно). 178

б) Защитник вправе сообщать не все, что знает; на него возложена **обязанность сохранения в тайне** всех обстоятельств, которые могли бы причинить вред подзащитному. Поэтому В. не должен сообщать суду признание А., даже несмотря на то, что при определенных обстоятельствах он может быть подвергнут ответственности за нарушение частных тайн (§ 203 УК).

в) Защитник **не должен придумывать** для обвиняемого **ложь** (спорно). В данном случае В. действует, нарушая свой долг, когда он советует А. сказать в суде, что студент впоследствии собирался вернуть книгу.

г) В. вправе объяснить А. отличия кражи от не уголовно наказуемого временного самовольного использования чужой вещи. Вовлечение защитника способствует законным образом устранению пробелов в **области права** у обвиняемого.

д) В данном случае В. может ходатайствовать о вынесении оправдательного приговора в отношении А., несмотря на свое знание об его умысле на присвоение. Согласно уголовно-процессуальному кодексу вынести обвинительный приговор возможно только в отношении лица, чья вина в инкриминируемом деянии **доказана** на стадии судебного разбирательства в законном порядке и с помощью законных средств (более подробно см. Rn 174 и последующие).

§ 10. Доказательства

Задача 22. а) Какие существуют виды доказательств?

б) Какие существуют разновидности процесса доказывания? Как установить в судебном разбирательстве применение при полицейском допросе запрещенных методов ведения допроса в соответствии с § 136a УПК?

Задача 23. А. предъявлено обвинение в краже, в совершении которой он участвовал вместе со своим братом Б. Сначала Б. выступал в качестве сообвиняемого, однако позже дело в отношении Б. было выделено в отдельное производство. Может ли суд в процессе против А. допросить Б. в качестве свидетеля?

Задача 24. А. и М. находятся под подозрением в совместном совершении кражи. Сначала в отношении них было возбуждено одно уголовное дело и осуществлялось расследование. Позже дело в отношении М. было выделено в отдельное производство, и М. был приговорен к наказанию в виде лишения свободы. В процессе против А. должна быть допрошена в качестве свидетеля Е., супруга М., о том, наблюдала ли она, как А. и М. совместно приобретали снаряжение для совершения кражи. Может ли Е. сослаться на право отказа свидетеля от дачи показаний?

I. Виды доказательств

179 Уголовно-процессуальное право признает в качестве доказательств:

– свидетельские показания,
– заключение эксперта,
– документы и
– вещественные доказательства.

Свидетельские показания и показания эксперта являются **личными** доказательствами, вещественные доказательства и документы относятся к вещественным доказательствам.

Никакое доказательство в собственном смысле не является **показанием подсудимого** или иных подсудимых (сравните дословный текст § 244 I УПК, в соответствии с которым исследование доказательств в суде проходит после допроса подсудимого). Поскольку показания подсудимого оцениваются судом согласно принципу

свободной оценки доказательств, то в этом отношении и говорят о **доказательстве в широком смысле**.

Иные виды доказательств не предусмотрены в УПК.

II. Строгий и свободный порядок представления доказательств

180

§§ 239 и последующие параграфы УПК исчерпывающе регулируют вид и способ, как, работая с упомянутыми выше видами доказательств, следует выяснять обстоятельства дела.

Так называемый **строгий порядок представления доказательств** можно охарактеризовать как выяснение обстоятельств дела в пределах судебного разбирательства с ограничением на законно допустимые доказательства в рамках формального процесса представления доказательств. Это относится только к **вопросам вины и правовых последствий**. При этом необходимо полностью убедить суд в отношении доказываемого факта (см. по исследованию доказательств в суде также Rn 402ff).

От этого нужно отличать **свободный порядок представления доказательств**. Он имеет значение для вопросов вины и правовых последствий вплоть до начала судебного разбирательства (пример: ведущий дознание прокурор звонит подруге обвиняемого, которая подтверждает его алиби) и, прежде всего, применительно к разъяснению **процессуальных вопросов**. Свободный порядок представления доказательств связан с положением о получении конкретного вида доказательств согласно §§ 239ff УПК. Это остается на должное усмотрение судьи, который сам хочет прийти к убеждению относительно оснований для проведения определенных процессуальных действий (BGHSl 16, 164, 166; 46, 349, 351). Однако в отдельных случаях это может быть спорно: идет ли речь при выяснении факта о процессуальном вопросе или о вопросе вины и вопросе уголовного права, например, при выяснении такого момента, как есть ли использование запрещенных методов ведения допроса согласно § 136a УПК (см. также Rn 130ff и 143). В то время как судебная практика и господствующая позиция в литературе исходят из процессуального вопроса, что необходимо применять правила свободного порядка представления доказательств (BGH, aaO; SK-Rogall, § 244 Rn 13), то меньшинство, учитывая значение данного сущностного положения для правового государства (Eisenberg, Rn 707; AK-Schöch, § 244 Rn 13), или из-за мнимого «значимого вдвойне» характера факта (OLG Hamm StV 1999, 360; LR-Hanach, § 136a Rn 68; s. auch Rn 296), предлагает использовать положения о строгом порядке представления доказательств.

III. Свидетельские показания (§§ 48ff УПК)

1. Понятие свидетеля

Свидетель (в смысле §§ 48ff УПК) – это лицо, которое должно давать показания о собственном **восприятии фактов** по уголовному делу, возбужденному не в отно- **181**

шении его (RGSt 52, 289). Каждый человек **способен к даче свидетельских показаний**, даже маленькие дети и душевнобольные.

Если гражданина необходимо только осмотреть, то он выступает в качестве объекта осмотра, а не свидетеля. Не имеет значения: может ли свидетель давать показания о ходе событий преступления или только о своих восприятиях, наблюдениях. Также является фактом то, что свидетель слышал от другого лица. В этом отношении речь идет о «**свидетеле понаслышке**» (см. Rn 422). Наблюдения об образе жизни лица относятся к восприятиям (т.н. **свидетели, дающие показания об образе жизни и поведении обвиняемого**). Однако такие факты не являются юридическими мнениями и оценками. Предметом свидетельских показаний служат такие выводы, которые каждому человеку представляются естественными и которые содействуют наряду с простыми восприятиями созданию картины происшествия, например, «был ли водитель во время быстрой езды мертвецки пьяным» (RGSt 37, 371).

2. Являются ли другие участники процесса свидетелями?

182 а) Если судья допрашивается по одному и тому же делу в качестве свидетеля, то следует его отвод согласно § 22 № 5 УПК.

С целью предотвращения злоупотреблений можно уже тогда отклонить ходатайство о допущении доказательства при допросе участвующего судьи, когда судья по долгу службы объяснит, что он не мог давать показания относительно доказываемого факта (BGHSt 7, 330, 331). Возникаемые в связи с осуществлением служебной деятельности в судебном разбирательстве и на протяжении всего процесса восприятия не влекут, однако, отвода согласно § 22 № 5 УПК (BGHSt 39, 239, 241; 44, 4, 9 m. Anm. Bottke, NStZ 1998, 526; BGH StV 2002, 294).

183 б) **Прокурор** по одному и тому же делу может выступать в качестве свидетеля. Однако вопрос о том, может ли он после этого участвовать далее в процессе и в каком объеме, – зависит от его свидетельских показаний. Если, например, он был допрошен по вопросам, значимым для доказывания преступления, то необходимо, чтобы другой государственный обвинитель дал оценку этим показаниям в своей заключительной речи (подробно см. в рубрике «Прокурор в качестве свидетеля», Rn 95).

184 в) **Защитник** также может быть свидетелем по одному и тому же делу (BGH NStZ 1997, 613). Отвод защитника невозможен, поскольку § 138a УПК исчерпывающе предусматривает основания для отвода, среди которых нет данного основания (см. Rn 172).

185 г) **Сообвиняемый** так же, как и сам обвиняемый, не может выступать в качестве свидетеля по делу, где он проходит в качестве обвиняемого.

Однако спорен момент: может ли сообвиняемый по делу превратиться в свидетеля, если дело в отношении его было **выделено в отдельное производство** или изначально его дело **рассматривалось в отдельном производстве**.

аа) Судебная практика и определенная часть мнений в научной литературе выступают за **формальное определение сообвиняемого**. Это зависит только от того, появляется ли сообвиняемый в том же самом процессе.

До тех пор пока уголовные процессы находятся в связи друг с другом (§§ 2, 3, 237 УПК), допрос сообвиняемого в качестве свидетеля всегда будет недопустимым (BGHSt 27, 139, 141). Однако это препятствие для появления нового свидетеля отпадает с разъединением дел в уголовном процессе (BGH StV 1984, 361; zust. zB SK-Rogall, Vor § 133 Rn 55; Geppert, Jura 1991, 85; Hellmann, IV § 3 Rn 20).

Другую дифференциацию предлагает судебная практика в случае временного выделения уголовных дел, которую осуществляют суды, чтобы сообвиняемый на время превратился в свидетеля:

- поскольку сообвиняемый, которого обвинили раньше, и временный свидетель причастны к обстоятельствам, не находящимся в связи с инкриминируемым ему деянием, то в данном случае допустим допрос (BGHSt 10, 8, 11; 38, 96, 98);
- или в совместно совершенных преступлениях сообвиняемый может не допрашиваться, даже несмотря на выделение уголовных дел в разные производства, поскольку в данном случае он выступал бы в качестве свидетеля в своем же процессе (BGHSt 24, 257; BGH StV 1984, 186).

бб) Другая часть авторов выступает за **материальный способ рассмотрения** и предлагает обращаться с каждым подозреваемым в процессуальном смысле без ссылки на его формальное положение в процессе в качестве обвиняемого. Поэтому он не мог бы выступать в качестве свидетеля (Prittwitz, C., Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, 1984, S. 139ff und wohl auch Roxin, § 26 Rn 5f).

вв) Заключение: позиция судебной практики не может быть убедительной, поскольку нельзя отдавать на усмотрение органов уголовного преследования решать, какие права принадлежат заинтересованному лицу. Однако материальное определение обвиняемого является несовместимым с §§ 55, 60 УПК, исходящими из существования свидетеля, который подозревается в совершении или совместном совершении преступления без того, чтобы одновременно не превратиться в обвиняемого. Поэтому представляется целесообразным предложить и следовать в дальнейшем **формально-материальной интерпретации** (Schlüchter, Rn 478ff; Lenckner, Peters-FS, S.333, 336; Lesch, JA 1995, 157), в соответствии с которой волеизъявление органа уголовного преследования начать дознание (=**формальный** элемент) считают моментом, с которого заинтересованное лицо может быть допрошено только в качестве сообвиняемого, а не в качестве свидетеля (см. Rn 111), независимо от формальной процессуальной роли заинтересованного лица (=**материальный** элемент). Однако сообвиняемый (ранний) может быть допрошен в качестве свидетеля, если в отношении его завершен процесс (особенно при вынесении приговора или окончательном прекращении процесса), поскольку теперь он уже потерял статус субъекта, требующего повышенной защиты своих прав (vert. zur Kombination von Zeugen- und Mitbeschuldigtenschutz s. Mitsch, Lenckner-FS, S.721).

д) **Потерпевший в качестве обвинителя в деле частного обвинения** не может выступать в качестве свидетеля.

е) **Частный обвинитель, поддерживающий обвинение совместно с прокурором в деле публичного обвинения**, может быть допрошенным в качестве свидетеля (§ 397 I 1 УПК), как и заявитель гражданского иска в уголовном процессе в соответствии с § 403ff УПК). **186**

ж) **Эксперт** также может выступать в качестве свидетеля (§ 74 I 2 УПК) (по разграничению см. Rn 197).

3. Обязанности свидетеля

187 а) Свидетель, вызванный в законном порядке, должен **появиться** у судьи (§§ 48, 51 УПК) и в прокуратуре (§ 161a I 1 УПК). В крайнем случае возможно установить административное взыскание и вынести постановление о доставлении свидетеля в государственные органы в принудительном порядке.

188 б) Далее свидетель обязан **давать показания** по предмету допроса.

При этом на него возлагается **обязанность по даче правдивых показаний**. В противном случае за дачу заведомо ложных показаний перед судьей свидетель привлекается к уголовной ответственности на основании §§ 153ff УПК и в других случаях на основании §§ 57 S.1, 66c I УПК.

В исключительных случаях при наличии права отказа от дачи показаний и обязанности отказаться от дачи показаний отпадает обязанность давать свидетельские показания (см. Rn 190f).

189 в) Кроме того, свидетель обязан давать показания **под присягой** (§ 59 УПК).

Однако закон в § 60 УПК предусматривает **запреты на принесение присяги**:

– если лицо **в силу возраста не может быть допущено к присяге**, т.е. лицо, не достигшее шестнадцатилетнего возраста, или лицо, непонимающее в силу недостаточной психической зрелости либо в силу психического или душевного расстройства смысла и значения клятвы (§ 60 № 1 УПК);

– если лицо **подозревается** в совершении преступления, заключающегося в том, что он оказывал пособничество, укрывал преступника с целью воспрепятствования наказанию или укрывал имущество, добытое преступным путем (BGH StV 1990, 484), либо если уже вынесен соответствующий приговор суда (§ 60 № 2 УПК).

По усмотрению суда можно **отказаться** от приведения к присяге, если:

– речь идет о **несовершеннолетних** в возрасте от 16 до 18 лет (§ 61 № 1 УПК);
– в отношении **потерпевшего** и его родственников, а также в отношении определенных родственников обвиняемого (§ 61 № 2 УПК);
– суд **не придает** показаниям **существенного значения** (§ 61 № 3 УПК);
– свидетель был уже осужден за **лжеприсягу** согласно §§ 154, 155 УК (§ 61 № 4 УПК);
– прокурор, защитник и подсудимый **отказываются** от приведения к присяге (§ 61 № 5 УПК); сегодня в практической деятельности это распространено; особенности по жалобе потерпевшего по делу частного обвинения (см. § 62 УПК).

Перечисленные в § 52 I УПК родственники обвиняемого вправе отказаться от дачи показаний под присягой (так называемое **право отказа от принесения присяги**). Это им также должно быть разъяснено (§ 63 УПК). Подробности относительно приведения к присяге см. Park, JuS 1998, 1039.

4. Ограничение обязанности по даче показаний судей и других должностных лиц

190 а) Судьи не могут давать показания о том, что происходит в совещательной комнате и о процессе голосования (§§ 43, 45 I 2 закона о судьях).

б) Судьи, должностные лица и иные служащие общественных служб в соответствии со своими служебными предписаниями нуждаются в получении **разреше-**

ния на дачу показаний, если они как свидетели должны давать показания об обстоятельствах, относящихся к служебной тайне (§ 54 I УПК).

§ 54 УПК предусматривает запрет на сбор доказательств. Если свидетель допрашивается и дает показания без необходимого разрешения, то его показания все-таки можно использовать в уголовном процессе доказывания. Отказ в разрешении на дачу показаний допустим только при наличии оснований, предусмотренных § 62 I закона о статусе федеральных служащих, § 39 III 1 закона о правовом положении чиновников, т.е. если дача показаний причиняет ущерб интересам федерации или земли, либо создает серьезную угрозу для выполнения общественных задач, либо значительно затруднена. Орган власти обязан учитывать также соответствующее значение установления судом истины и вес оправдательного приговора (BGHSt 32, 115, 124; BVerfGE 57, 250, 283ff). Если отказ рассматривается как ошибочный или недостаточно обоснованный, то суд должен сам содействовать получению разрешения на дачу показаний. Этого требует обязанность суда по установлению истины (BGHSt 33, 178, 180). При отказе от дачи показаний участники процесса (за исключением суда, прокуратуры и самих служащих) могут обжаловать это в административном порядке (BVerwGE 66, 39ff; Einzelheiten str.; s.u. Rn 328f, 428).

5. Право отказа от дачи свидетельских показаний

Правом отказа от дачи свидетельских показаний обладают **191**

а) близкие родственники обвиняемого, § 52 I УПК, т.е. помолвленные – невеста, жених.

Очень проблематичным является факт: могут ли лица, еще состоящие в браке, совершать помолвку (в смысле § 52 I УПК) с новым партнером. Преобладающая судебная практика отрицает это (BGH NStZ 1983, 564; BazObLG JR 1984, 125 – dagegen LG Heidelberg StV 1981, 616). Поскольку в данном случае все зависит только от психической конфликтной ситуации свидетеля, то не должна играть роль гражданско-правовая недействительность помолвки со стороны женатого человека, и в этом случае следует признать право отказа от дачи свидетельских показаний. На существующие в течение длительного времени незарегистрированные брачные отношения нужно также по аналогии применять это положение (ebenfalls sehr str., wie hier Hillenkamp, JuS 1997, 821, 830; guter Beispielsfall bei Hellmann, Fallsammlung, S.101);

– зарегистрированные супруги, а также супруги, уже не состоявшие в браке;
– родственники по прямой и по боковой линии до третьего поколения (§ 1589 ГК);
– состоящие в родстве по прямой и боковой линии до второго поколения (§ 1590 ГК).

Если в одном процессе фигурируют несколько **сообвиняемых** и есть свидетель, **192**
находящийся с одним из обвиняемых в родственных отношениях (согласно § 52 УПК), то он вправе отказаться от дачи показаний в отношении всех обвиняемых, поскольку обстоятельства дела, которые он должен рассказать, затрагивают также и его родственника (BGHSt 34, 215, 216). Свидетель может только единообразно давать показания, чтобы это унифицированно отразилось на его праве отказа от дачи свидетельских показаний. В дальнейшем существует опасность дачи ложных показаний, и это также касается «спокойствия в семье». Данные возражения относятся к случаю, когда дело в отношении родственника выделено в отдельное производство. Этого достаточно, когда дела были объединены в одно производство только временно (BGHSt 38, 96, 98). Прекращение процесса в отношении родственника согласно § 170 II УПК не приводит к отмене права отказа от дачи свидетель-

ских показаний (BGH NStZ 1998, 245; problematisch deshalb BGH NStZ 1998, 469 m. Bspr. Martin, JuS 1998, 1167 u. Radtke, NStZ 1999, 481).

В соответствии с ранней судебной практикой не существовало права отказа от дачи свидетельских показаний в том случае, когда родственник ко времени допроса в качестве свидетеля уже умер или когда в отношении его уже был завершен на законных основаниях уголовный процесс (BGHSt 34, 215, 216). Однако Верховный суд ФРГ иначе смотрит на данный вопрос. После **вступления в законную силу** оправдательного или обвинительного приговора в отношении сообвиняемого (и близких лиц) в значительной мере теряло бы смысл право отказа от дачи свидетельских показаний (BGHSt 38, 96, 101; BGH NJW 1993, 2326). Аналогично решается вопрос, когда умер «родственник сообвиняемого» (BGH NStZ 1992, 291; Spelthahn, J., Das Zeugnisverweigerungsrecht von Angehörigen eines Mitbeschuldigten, 1997, S.104; Schroeder /Meindl, Fall 6, S.74). Однако это решение не является правильным, поскольку интерес, связанный с защитой спокойствия внутри семьи, может быть так выражен, что при наличии определенных условий он будет преобладать над интересами по осуществлению расследования (wie hier Eisenberg, Rn 1251; SK-Rogall, Vor § 133 Rn 189).

193 Перед каждым допросом необходимо со стороны органов, осуществляющих уголовное преследование, проинформировать лиц, наделенных правом отказа от дачи свидетельских показаний, о соответствующем праве (§ 52 III УПК). Разъяснение нельзя поручать эксперту (BGH NJW 1996, 206 m. Anm. Wohlers, StV 1996, 192; BGH StV 1997, 231). Если право не было разъяснено, то доказательство, сформированное таким путем, является недопустимым (см. Rn 461).

194 б) Правом отказа от дачи свидетельских показаний наделены также лица, которые неизбежно обязаны сохранять в тайне информацию, ставшую им известной в результате осуществления их профессиональной деятельности (§ 53 УПК). Закон выделяет следующие группы профессий:

- священнослужители (§ 53 I 1 № 1 УПК);
- защитник (§ 53 I 1 № 2 УПК);
- адвокаты, налоговые консультанты, врачи, психотерапевты в сфере психологии (§ 53 I 1 № 3 УПК);
- работники консультаций для беременных (§ 53 I 1 № 3а УПК);
- консультант в сфере наркотических средств (§ 53 I 1 № 3б УПК);
- работники прессы и радио (§ 53 I 1 № 5 I УПК). Право отказа от дачи свидетельских показаний распространяется только на самостоятельно разыскиваемый материал, а также на профессиональную информацию (Einzelheiten s. § 53 I 2 u. 3 StPO sowie vert. Rotsch, F., Der Schutz der jouRn alistischen Recherche im Strafprozessrecht, 2000).

В соответствии с § 53а УПК правом отказа от дачи свидетельских показаний обладает также обслуживающий персонал носителей профессиональной тайны, таким образом, посредством допроса обслуживающего персонала нельзя обойти предусмотренного § 53 УПК права отказа от дачи свидетельских показаний. Основанием в данном случае выступает наличие непосредственной связи между деятельностью обслуживающего персонала и теми, кто является носителями профессиональной тайны.

Из всего этого следует, что право отказа от дачи свидетельских показаний может непосредственно возникать из конституции в отношении определенных групп профессий, которые

специально здесь не обозначены (BVerfG StV 1998, 355 m. Anm. Kühne). Это действует, например, в отношении практикующего психолога в центре для женщин, пострадавших в результате сексуальных домогательств (LG Freiburg NJW 1997, 813; krit. Baier, JR 1999, 495; Hecker, JR 1999, 428). Однако данное положение не применяется в отношении работников «приюта, куда можно анонимно отдать новорожденного» (LG Köln JR 2002, 171 m. zust. Anm. Neuheuser; однако это не совсем убедительно).

В соответствии с § 53 УПК не предусмотрена **обязанность разъяснения** данного права отказа от дачи свидетельских показаний. Дело врача и иных лиц решиться или нет давать показания после взвешивания разносторонних интересов. От этого следует отграничивать вопросы, касающиеся запрета на производство допроса и запрета на использование. Если свидетель без разрешения со стороны обвиняемого дает показания, нарушая свою обязанность по неразглашению тайны (§ 203 УК), то такие показания нельзя использовать в процессе, и доказательство, полученное таким образом, является недопустимым. Следует отказаться от иной позиции судебной практики (BGHSt 9, 59; ausf. u. Rn 462).

в) **Правом на отказ от дачи справки или предоставления информации** наделены свидетели по вопросам, ответ которых навлек бы на них самих либо на их близких лиц опасность из-за преследования преступления или нарушения общественного порядка (§ 55 I УПК). При правдивых показаниях и в отношении конкретных фактов должно следовать наличие находящегося на очень низком уровне начального подозрения в смысле § 152 II УПК (vgl BVerfG NJW 2002, 1411). Просто предположения и чисто теоретические возможности не достаточны (BGH NJW 1994, 2839). Свидетелю необходимо разъяснить его право на отказ от дачи справки или предоставления информации (§ 55 II УПК). Если такого разъяснения не было, то показание при всем том можно использовать, поскольку целью § 55 УПК является защита только свидетелей, а не подсудимого (Rechtskreistheorie, BGHSt GrS 11, 213, 218; dazu ausf. u. Rn 464). **195**

Не существует более права на отказ, если без сомнения исключена опасность преследования, например, когда налицо основания, исключающие ответственность, или основания, исключающие виновность, либо когда свидетель не может снова подвергнуться преследованию в результате приговора, вступившего в законную силу (BGH NJW 1999, 141; OLG Zweibrücken StV 2000, 606; K /M-G, § 55 Rn 8; s. dazu auch Dahs, NStZ 1999, 3868).

6. Порядок проведения допроса свидетеля

а) Перед допросом нужно предупредить свидетелей, что они должны говорить правду, и сослаться на то, что они должны давать свои показания под присягой, если законом не предусмотрены специальные и допустимые исключения. При этом им необходимо разъяснить значение клятвы, возможность выбора дачи показаний под присягой или без религиозного заверения, а также уголовно-правовые последствия ложного или неполного показания (§ 57 УПК). На стадии дознания свидетеля допрашивает прокурор, который также должен призвать свидетеля давать правдивые показания (§ 161a I 2 УПК). Однако он не уполномочен принимать клятву (§ 161a I 3 УПК). **196**

Если свидетелю не разъяснили положения в соответствии § 57 УПК, то это не влечет запрета на использование, поскольку в данном случае речь идет о норме, предусматривающей защиту только свидетеля. Однако если при данном упущении нарушается обязанность по установлению истины согласно § 244 II УПК, поскольку не исключается, что свидетель при соответствующем разъяснении рассказал бы о чем-то другом, то это может быть основани-

ем для пересмотра дела в кассационном порядке (wie hier KMR-Paulus, § 57 Rn 2, 8; abl. KK-Senge, § 57 Rn 7).

Так как принимаются во внимание право отказа от дачи свидетельских показаний и право отказа от дачи справки или предоставления информации, то на них также необходимо сослаться (§§ 52 III. 55 II УПК).

б) Свидетелей допрашивают порознь и в отсутствие недопрошенных свидетелей (§ 58 I УПК).

в) Сначала необходимо получить данные о личности свидетеля (§ 68 УПК, в частности: информацию о личности, возрасте, профессии, его месте жительства и отношении к обвиняемому или потерпевшему; применительно к ограничениям для тайного агента см. Rn 423ff).

г) Допрос свидетеля по существу дела подразделяется на два этапа:

– сначала необходимо побудить свидетеля к даче показаний по существу дела (§ 69 I УПК);
– для дальнейшего выяснения обстоятельств дела и исследования причин, как свидетель получил требуемую информацию, при необходимости следует задавать вопросы (§ 69 II УПК).

Положения § 136a УПК о запрещенных методах ведения допроса соответственно действуют также и в отношении допроса свидетеля (§ 69 III УПК).

Вопросы об обстоятельствах, которые могут повлечь позор свидетеля либо его близких или вторгаться в его личную сферу, следует задавать только в том случае, если это необходимо (§ 68a I УПК).

д) Каждого свидетеля следует привести к присяге, а также и к присяге, данной после дачи показания (§ 59 S.1 УПК). Принесение присяги возможно только в судебном разбирательстве, если ничто иное не определено (§ 59 S.2 УПК). На досудебных стадиях приведение к присяге возможно только при наличии определенных обстоятельств (§ 65 УПК), например, при опасности промедления.

Вопрос о приведении к присяге или отказу от нее решает только председательствующий; данные вопросы относятся к **компетенции суда по ведению дела в смысле** § 238 I УПК (BGHSt 1, 216). Вопрос о том, является ли распоряжение недопустимым, решает суд (§ 238 II УПК).

е) При отказе свидетеля от дачи показания или от клятвы можно применить принудительные меры: штраф, принудительный арест или арест свидетеля, отказывающегося выполнить процессуальную обязанность (§ 70 УПК).

ж) Согласно закону о возмещении ущерба свидетелям и экспертам свидетель получает компенсацию (§ 71 УПК).

7. Охрана свидетелей

196a На сегодняшний момент все больше ученых высказываются за то, что свидетель – это не только объект исследования доказательств, но также и субъект процесса. Его права, в частности, право на жизнь и физическую неприкосновенность (ст.2 II 1 Конституции), право на свободное проявление своей личности или право на информационное самоопределение (ст.2 I в сравнении со ст.1 I Конституции), – должны находиться под защитой государства (vgl auch SK-Rogall, Vor § 48 Rn 67ff). Наряду с конституционными обязательствами по защите существует также вытекаемая из §§ 223, 251 УПК **обязанность суда проявлять заботу о свидетелях**; судья, рассматривающий дело, обязан проверить: нужно ли в принципе требовать от свидетеля давать показания с учетом его личных интересов, связанных с явкой в судебное разбирательство (BGH NStZ 1984, 31; Franke, StraFo 2000, 298). К лицам, особо нуждающимся в защите, следует отнести такие категории:

- лица, которые должны считаться при выполнении свой обязанности в качестве свидетеля с посягательствами на свои правовые блага либо на ценности своих близких людей, например, тайный агент («**опасные свидетели**»);
- свидетели, ставшие жертвой сексуальных преступлений («**свидетель-потерпевший**»);
- **дети, выступающие в качестве свидетелей** в уголовных процессах по насильственным преступлениям и преступлениям против сексуального самоопределения, а также когда они не являются жертвами преступлений.

Уголовно-процессуальный закон не содержит раздел об охране свидетелей, однако в большинстве своем специальные положения вводились в отдельные разделы УПК с целью эффективной защиты свидетелей. Например, в соответствии с § 68 I 2, II УПК свидетелю разрешается не сообщать свое место жительства или (согласно § 68 III УПК) не проводить отождествление личности. При наличии оснований, предусмотренных § 247 УПК и §§ 171b, 172 закона о судоустройстве, подсудимый может быть удален от общественности. § 241a I УПК возлагает только на председателя допрос детей и несовершеннолетних свидетелей.

Закон об охране свидетелей от 30.04.1998 г. улучшил правовое положение свидетеля. Теперь допустимо использование видеотехники в качестве доказательства (и как возможность ведения допроса) (vgl §§ 58a, 168e, 247a, 255a StPO; Einzelheiten bei Beulke, ZStW 113 (2001), 709 und u. Rn 430ff). Кроме того, появились новые предписания, регулирующие положения свидетеля и потерпевшего. § 68b S.1 УПК предусматривает, что свидетелю на время проведения допроса может быть предоставлен **прокурор за счет государственных средств**, если свидетель на допросе не может сам пользоваться своими правами (например, правом на отказ от дачи свидетельских показаний) и если иным образом нельзя принять в расчет его защищаемые интересы (оговорка субсидиарности). В случаях, прямо предусмотренных в § 68b S.2 УПК, обязательно предоставление прокурора при прочих равных условиях, если свидетель или прокуратура ходатайствует об этом. § 68b УПК не распространяется на право свидетеля, следуемого из принципа корректного процесса, воспользоваться при допросе помощью поверенного лица, нанятого за счет собственных средств (BVerfGE 38, 105, 112; Seitz, JZ 1998, 309; K /M-G, Vor § 68b Rn 1). Поверенное лицо не обладает иными правами свидетеля (BVerfGE 38, 105, 116). Поэтому оно не наделено самостоятельным правом на подачу ходатайств, а также правом присутствовать во время проведения допроса. В соответствии с господствующим мнением оно не обладает правом ознакомления с материалами уголовного дела (K /M-G, Vor § 48 Rn 11; hiergegen mit beachtlichen Argumenten KK-Senge, § 68b Rn 9). В отношении потерпевшего следует учитывать еще особенные права потерпевшего (§§ 397a, 406f, 406g УПК; s.u. Rn 596, 602ff).

Более подробно см. ZSchG bei Riess, NJW 1998, 3240; Schlüchter /Greff, Kriminalistik 1998, 530; Diemer, NJW 1999, 1667; Griesbaum, NStZ 1998, 433. Zur Diskussion und zu weiteren Gesetzesprojekten zum Schutz insbes. gefährdeter Zeugen und Zeugen, die zugleich Verletzte der Straftat sind, BT-Drucks. 14 /4661; Weigend, Gutachten C zum 62. DJT 1998; Jung, GA 1998, 313; s. Auch Buggisch, W., Zeugenbedrohung und Zeugenschutz un Deutschland und den USA, 2001.

IV. Показания эксперта, §§ 72ff УПК

1. Общие положения

В отношении отдельных подлежащих доказыванию фактов **эксперт** обладает особыми знаниями, которые отсутствуют у судьи. Эти особые знания позволяют ему давать информацию о фактах или оценивать определенные обстоятельства дела. Этим полномочием эксперт отличается от **компетентного свидете-** **197**

ля. Под компетентным свидетелем понимают свидетеля, который может сообщить информацию о фактах или об условиях, восприятие которых требует наличия определенных знаний, однако у такого свидетеля отсутствует специальное поручение на проведение экспертизы, и согласно § 85 УПК применяются положения о таком виде доказательств, как показания свидетеля. В отличие от эксперта компетентный свидетель не заменим, поскольку только он может сообщить о своих собственных наблюдениях. **Например**, случайно присутствующий на месте происшествия врач в зале судебного разбирательства описывает количество полученных потерпевшим повреждений. Несмотря на особую компетентность, врач из-за отсутствия поручения на проведение экспертизы должен быть допрошен не в качестве эксперта, а в качестве свидетеля, § 85 УПК (vert. SK-Rogall, § 85 Rn 17ff).

198 Факты, положенные экспертом в обоснование экспертного заключения, называются **исходными фактами**. Поскольку речь в данном случае не идет о фактах, установленных судом, то следует их подразделить на две группы.

Сначала приводят факты, которые эксперт может распознать только в силу своей компетенции. Это так называемые **факты, полученные в результате исследования**, которые вводятся в судебное разбирательство в результате экспертного заключения. **Например**, заключение судебно-медицинского эксперта о результатах вскрытия трупа или заключение психиатра о нарушениях работы головного мозга подсудимого.

От них следует отличать факты, установленные экспертом, которые мог бы установить суд при наличии у судей соответствующих средств познания. Это так называемые **дополнительные факты**, которые не являются составной частью экспертного заключения и поэтому могут быть введены в процесс только в качестве свидетельских показаний. **Например**, во время психиатрического обследования восьмилетняя свидетельница сообщает о сексуальных домогательствах со стороны ее отца (BGH NStZ 1992, 295).

Поскольку данные факты очевидны, или суд иным образом убежден в соответствии этих фактов действительности, то не возникает особых проблем, и эксперт в своем заключении может исходить уже из них. По общему правилу эксперт должен быть допрошен в качестве свидетеля о дополнительных фактах. В отдельных случаях важно установить разграничение, когда, например, свидетель по сравнению с экспертом демонстрирует дополнительные факты, и позже эффективно пользуется своим правом отказа от дачи показаний. Тогда полученные таким образом показания эксперта не могут быть далее использованы (BGHSt 46, 189, 192; s. auch u. Rn 420a; vert. Toepel, S.374).

2. Назначение эксперта и руководство деятельностью эксперта

199 Поскольку эксперт в отдельных случаях должен компенсировать отсутствие специальных знаний у суда, то суд в соответствии с § 73 УПК по общему правилу поручает ему провести экспертизу. Поэтому эксперта называют также «**помощником суда**», однако эта формулировка страдает двусмысленностью, поскольку показания эксперта всегда являются одним из видов доказательств.

На **стадии дознания** назначить эксперта может **прокурор** (§§ 161a I 2, 73 УПК). Судья (или на стадии дознания прокурор), если ему покажется необходимым, может осуществлять руководство деятельностью эксперта (§ 78 УПК, grundlegend Zwiehoff, S.18ff).

Возможен **отвод** эксперта по тем же основаниям, что и отвод судьи (§ 74 I 1 УПК). Соответствующее применение находят также §§ 22 № 1-4, 24 УПК. Необходимо учитывать, что наличие предусмотренных в § 22 УПК обстоятельств, исключающих участие в производстве по уголовному делу эксперта, влекут только к отводу эксперта. Если состоялся отвод эксперта, то он теряет свою функцию в качестве эксперта. Однако его «латентное качество выступать в роли свидетеля» может быть возобновлено другими участниками процесса (например, судьями и прокурорами) (BGHSt 20, 222; Fezer, JR 1990, 397; SK-Rogall, § 85 Rn 33; abl. Eisenberg, Rn 1561f; Geppert, DAR 1980, 315, 320f).

По общему правилу назначение эксперта не обязательно, в большинстве случаев суд обладает **свободой действий при оценке**: располагает ли он сам достаточными специальными знаниями (например, в отношении достоверности свидетельских показаний). В некоторых исключительных случаях уголовно-процессуальное право предусматривает настоятельное участие эксперта (vgl nur §§ 87 I, 231a III 1, 246a, 415 II, V, 454 II УПК). Впрочем, в отдельных случаях, учитывая обязанность суда установить истину в соответствии с § 244 II УПК, это может вынудить суд требовать привлечения эксперта, например, при подозрении в значительных сексуальных аномалиях (BGHSt 23, 176, 188 (Fall Bartsch)) или для проверки на достоверность показаний ребенка, если обнаруживаются серьезные сомнения в правдивости показаний (BGH NStZ 2001, 105; Einzelheiten bei Detter, NStZ 1998, 57; s. auch Tondorf, Rn 48).

Какой эксперт является компетентным и какому эксперту поручить производство экспертизы – решает судья по собственному усмотрению. Таким образом, он может выбрать психиатра или психолога, когда необходимо оценить вменяемость подсудимого, не связанную с его болезненным состоянием (BGH NStZ 1990, 400), однако если обвиняемый страдает душевными заболеваниями, то судья должен поручить производство экспертизы только психиатру (BGH NJW 2002, 1813).

3. Проведение судебной экспертизы

На эксперта возложены те же самые обязательства, что и на свидетеля § (72 УПК), т.е. он должен явиться в суд и в прокуратуру, **провести экспертизу, которая соответствовала бы истине**, и при необходимости под присягой. Обязанность следовать назначению вообще существует только в исключительных случаях (§ 75 УПК). Впрочем, эксперт наделен аналогичным правом отказа от дачи свидетельских показаний, это – право на отказ от проведения экспертизы (§ 76StPO). **200**

Эксперт не может проводить собственный **допрос** обвиняемого или третьего лица, поскольку это является привилегией органов, осуществляющих уголовное преследование. Также данное правило относится к эксперту-психиатру, который не вправе допросить обвиняемого или свидетелей, вернее, он вправе только вести разговоры с ними в целях обнаружения каких-либо нарушений (str., wie hier K /M-G, § 80 Rn 2; aA Fincke, ZStW 86 (1974), 656, 664). **201**

Не точно определен объем **обязанностей эксперта по разъяснению** прав и обязанностей.

Как помощник суда эксперт должен указать **обвиняемому**, что тот не обязан принимать активное участие в беседах (разъяснение аналогичное § 136 УПК, iE ebenso Roxin, § 27 Rn 15). Однако в судебной практике это не всегда происходит (BGH JZ 1969, 437).

Лицам, наделенным правом отказа от дачи свидетельских показаний, должны быть даны разъяснения в отношении этого права, которое следует из § 81c III 2 HS 2 iVm § 52 III УПК; однако в соответствии с позицией судебной практики обязанность разъяснения его прав должно осуществлять то лицо, которое выносит постановление о проведении обследования (см. Rn 193).

Запрет на применение недопустимых методов ведения допроса (§ 136a УПК – s.o. Rn 193) должен соответственно действовать также и для эксперта (BGHSt 11, 211, 212; Dippel, K., Die Stellung des Sachverständigen im Strafprozess, 1986, S. 163ff; Hellmann, II § 5 Rn 50; Toepel, S. 391).

На стадии дознания экспертное заключение может быть проведено по постановлению судьи как устно, так и письменно (§ 82 УПК). В стадии судебного разбирательства заключение эксперта излагается **в устной форме**. Закон исчерпывающе определяет случаи, когда возможно оглашение заключения эксперта (§ 256 УПК).

4. Оценка экспертного заключения

202 Заключение эксперта должно быть оценено судьями на основе своего личного убеждения (§ 261 УПК; s. u. Rn 490ff). Не должно быть «автоматического» принятия выводов эксперта, суд обязан, прибегнув к помощи эксперта, компетентно разобраться в фактах и принять решение под **свою собственную ответственность** (BGHSt 7, 238, 239). В обосновании приговора нужно отразить существенные фактические данные экспертизы и выводы эксперта, когда это необходимо для понимания экспертного заключения и оценки его обоснованности (BGHSt 12, 311, 315; zu den Anforderungen an ein Glaubwürdigkeitsgutachten BGHSt 45, 165, 167 m. Anm. Müller, JZ 2000, 267; Jansen, StV 2000, 224).

V. Документы как вид доказательства, §§ 249ff УПК

203 **Документ в уголовно-процессуальном смысле** – это **официальная бумага с доступным для чтения смысловым содержанием** (SK-Schlüchter, § 249 Rn 9). В соответствии с этим не подпадают под данное понятие документа нечитаемые вещественные знаки, могущие служить в качестве доказательств, хотя они выступают в качестве документов в смысле § 267 УК. Понятие документа в уголовно-процессуальном смысле выходит за пределы уголовного материального права. **Исследование документа как вида доказательств происходит при оглашении смыслового содержания официальной бумаги (§ 249 УПК).** Однако если речь идет о **внешней форме** документа (официальной бумаги), то тогда его надо рассматривать в качестве **вещественного доказательства**, например, в случае сопоставления почерков в суде (BGH StV 1999, 359). Закон не содержит общих положений относительно того, в каких случаях документ в качестве доказательства является **допустимым** в процессе доказывания. Из этого следует, что документ **можно всегда рассматривать в качестве допустимого вида доказательства, если закон не запрещает этого категорически** (BGHSt 39, 305, 306). Например, §§ 251ff УПК ограничивают возможность привлечения пре-

жних (более ранних) протоколов допроса в судебном разбирательстве (см. также Rn 410 и последующие). **Объем и необходимость** привлечения документов как вида доказательств определяется обязанностью суда по установлению истины (§ 244 II УПК; BGH StV 2001, 548). **Как** следует ввести в процесс документы – это определяет § 249 I УПК, а именно по общему правилу посредством оглашения документа. Согласно исключительному положению § 249 II УПК, которое приобретает все большее практическое значение, можно отказаться от оглашения документа, если судьи и шеффены ознакомились с дословным текстом документа, и предоставлена такая же возможность другим участникам процесса (подробно см. Eisenberg, Rn 2003ff).

VI. Вещественные доказательства, §§ 86ff, 225 УПК

Вещественное доказательство – чувственное восприятие людей или предметов материального мира посредством органов чувств: слуха, зрения, вкуса, осязания и обоняния (BGHSt 18, 51, 53). Так, к судебному осмотру, например осмотру места преступления, относятся анализ орудия преступления или осмотр пленки. Также объектом может выступать человек, когда его необходимо осмотреть. В соответствии с господствующим мнением прослушивание записи также необходимо квалифицировать как доказательство, полученное в результате осмотра (BGHSt 14, 339). 204

Применительно к осмотру Уголовно-процессуальный кодекс содержит только немногочисленные особенные положения (vgl §§ 81a, 81c, 87ff УПК). Уголовный процесс ограничивается в основном формальными положениями (vgl §§ 86, 168, 249 УПК).

Осмотр допустим по **усмотрению** суда на любой стадии процесса. Принцип **непосредственности** исследования доказательств в этом отношении не действует. Особенно это учитывается, когда осмотр необходимо провести в труднодоступном месте (vgl K/M-G, § 86 Rn 4). Осмотр может проводиться по поручению или просьбе судьи (по понятию см. Rn 370), а также во время судебного разбирательства (RGSt 47, 100, 104). Однако участники процесса наделены правом присутствовать во время проведения процессуальных действий (§§ 168d, 225, 247 УПК). Ходатайства о допущении вещественных доказательств возможно отклонить при наличии достаточно простых оснований § 244 V УПК (см. также Rn 449) (подробно см. Eisenberg, Rn 2220ff; Geppert, Jura 1996, 307).

205 **Решение задачи 22. а)** В уголовном процессе существуют следующие виды доказательств:

– свидетельские показания, §§ 48ff УПК;
– заключение эксперта, §§ 72ff УПК;
– документы, §§ 249ff УПК;
– вещественные доказательства, особенно §§ 86ff УПК.

Показания обвиняемого являются доказательством в широком смысле этого слова.

б) При расследовании обстоятельств дела **в рамках судебного разбирательства выясняются вопросы вины и правовых последствий; это осуществляется по правилам строгого процесса представления доказательств.** В остальном действует свободный порядок представления доказательств, которому не знакома связь с законно допустимыми доказательствами в пределах формального порядка представления доказательств (vgl §§ 239ff УПК). Прежде всего, это действует применительно к выяснению процессуальных вопросов за пределами и в судебном разбирательстве. При выяснении запретов, предусмотренных § 136a УПК, согласно господствующему мнению речь идет об установлении процессуальной ошибки, которая подчиняется правилам свободного доказывания. Поэтому необходимо предоставить по усмотрению суду возможность убедиться, что применялись недопустимые методы ведения допроса. Возможно затребовать, например, письменную служебную от служащих полиции (подробно см. Rn 180).

206 **Решение задачи 23.** До выделения уголовного дела в отдельное производство Б., бесспорно, не мог быть допрошен в качестве свидетеля, поскольку **сообвиняемый** никогда не может быть свидетелем. После окончательного выделения уголовного дела в отдельное производство, по мнению судебной практики и части литературы, Б. теряет признаки сообвиняемого лица и превращается в свидетеля, которого теперь можно допросить в данном качестве – т. н. формальный способ рассмотрения. Однако в литературе представлена иная точка зрения, в соответствии с которой каждый подозреваемый может в принципе автоматически приобрести признаки обвиняемого лица, и соответственно тогда он уже не может выступать в качестве свидетеля – так называемый материальный подход. Более правильной представляется последняя позиция, поскольку подозреваемый превращается в обвиняемого посредством волеизъявления органов уголовного преследования – так называемый формально-материальный подход. Таким образом, исключается манипулируемая подмена ролей (сообвиняемый – свидетель). Поэтому Б. не может быть допрошен в качестве свидетеля (подробно см. Rn 185).

207 **Решение задачи 24.** Первоначально у Е. было **право отказа от дачи свидетельских показаний** согласно § 52 I УПК, поскольку речь шла о ее супруге, сообвиняемом М., т.е. ей была гарантирована защита внутрисемейного спокойствия в соответствии с § 52 I УПК. Данное право охватывает также показания относительно другого сообвиняемого, поскольку показание касается близкого лица. После выделения уголовного дела в отдельное производство также продолжало существовать право отказа от дачи свидетельских показаний.

Действует ли названное положение, когда процесс в отношении «близкого лица – сообвиняемого» **завершен и приговор вступил в законную силу?** Это проблематично. Согласно ранней судебной практике право отказа от дачи свидетельских показаний (§ 52 I УПК) затрагивает интересы по защите спокойствия в семье. В противоположность этому Верховный суд ФРГ теперь отрицает право отказа от дачи свидетельских показаний, поскольку сегодня он выше ценит интерес по осуществлению уголовного преследования в отношении «неблизкого лица – сообвиняемого» (подробно см. Rn 192).

§ 11. Заключение под стражу

Задача 25. А. находится под сильным подозрением в совершении злоупотребления полномочиями при отягчающих обстоятельствах (§§ 266 I, II iVm § 263 III УПК). На стадии дознания прокурор ходатайствует о заключении под стражу. С учетом того, что за исключением ожидаемого наказания в виде лишения свободы от 3 до 4 лет не существуют иных данных полагать, что А. скроется от органов уголовного преследования, компетентный судья сомневается в санкционировании взятия под стражу. Кто и как должен решать данный вопрос?

Задача 26. В 1960 г. стало известно, что А. – бургомистр небольшого городка – в 1942 г. в России будучи эссесовцем руководил массовым расстрелом военнопленных. Прокуратура ходатайствует о заключении под стражу А. Может ли быть вынесено постановление о заключении под стражу?

Задача 27. А. подозревается в совершении нескольких краж. Когда прокуратура предъявляет государственное обвинение, судья участкового суда санкционирует взятие под стражу, и тотчас же оно исполняется. Что может предпринять подсудимый А. в данном отношении?

I. Цели заключения под стражу

При ограничении свободы у еще не осужденного в законном порядке лица вступают в конфликт два основных положения нашего правопорядка: **право на свободу** заинтересованного лица, который должен признаваться невиновным до законного осуждения, и **необходимость эффективного уголовного судопроизводства** (обеспечить **присутствие** обвиняемого лица в зале судебного разбирательства, **надлежащее расследование обстоятельств дела и исполнение приговора**). Найти баланс между этими противоположными интересами возможно только ориентируясь на конституционные принципы, особенно, на принцип правового государства и следуемый из него принцип соразмерности. **208**

Более глубокое изучение проблематики, связанной с заключением под стражу, см. в Schlothauer /Weider, Untersuchungshaft, 3.A. 2001; übersicht über die aktuelle Rechtsprechung Paeffgen, NStZ 2001, 73; 2002, 79.

II. Материальные основания для вынесения постановления о заключении под стражу

Основанием для вынесения постановления о заключении под стражу, которое возможно на любой стадии уголовного процесса, является согласно § 112 I УПК: **209**

– наличие **сильного подозрения** и
– **основание для заключения под стражу**.

Кроме того, заключение под стражу **должно быть соизмеримо** со значением уголовного дела и ожидаемым наказанием (более углубленно Benfer, JuS 1983, 110; Hellmann, JuS 1999, 264).

1. Сильное подозрение, § 112 I 1 Alt.1 УПК

210 **Сильное подозрение** присутствует, если в результате расследования существует **высокая степень вероятности** того, что обвиняемый является преступником или участником уголовно наказуемого деяния (ср. K /M-G, § 112 Rn 5).

Поскольку основание применения заключения под стражу при определенных обстоятельствах уже учитывается на ранних стадиях уголовного процесса и это не позволяет надежно оценивать его на иных стадиях процесса, то в дальнейшем нельзя рассчитывать на вероятность осуждения в последующем. В большинстве случаев должно быть достаточно, что на основании прежних результатов расследования существует высокая вероятность, что преследуемое лицо **виновно** (BGH (Pf) NStZ 1981, 94; str.). Поэтому в отдельных случаях может и не быть достаточного подозрения в смысле § 170 I УПК (вероятность более позднего осуждения), однако необходимо наличие серьезного подозрения в смысле § 112 I 1 УПК. Но на момент вынесения обвинения существует серьезное подозрение в смысле § 112 I 1 УПК, которое всегда сильнее, нежели достаточное подозрение согласно § 170 I УПК (см. Rn 114).

Если существуют основания полагать, что кто-то совершил противоправное деяние в состоянии **невменяемости** или в состоянии ограниченной вменяемости (§§ 20, 21 УК), то его возможно временно поместить в психиатрическую больницу либо в лечебное заведение для алкоголиков или наркоманов (§ 126a УПК).

2. Основание для заключения под стражу, § 112 I 1 Alt.2 УПК

211 Для всех процессов учитываются следующие четыре **основания для заключения под стражу**:

- **лицо скрывается от органов уголовного преследования или существует опасность уклонения лица от уголовного преследования** (§ 112 II № 1, 2 УПК);
- **есть опасение сокрытия следов преступления** (§ 112 II № 3 УПК);
- **наличие подозрения в совершении особо тяжкого преступления** (§ 112 III УПК);
- **есть опасность повторения совершения преступления** (§ 112a УПК).

Специальное основание предусмотрено для ускоренного процесса:

- опасность неявки (§ 127b II УПК).

а) Лицо скрывается от органов уголовного преследования или существует опасность уклонения лица от уголовного преследования

212 Одним из оснований заключения под стражу является тот факт, что **лицо скрывается от органов уголовного преследования**, когда на основе определенных фактов устанавливается, что обвиняемый скрывается от органов уголовного преследования или место пребывания обвиняемого неизвестно (§ 112 II № 1 УПК).

Опасность уклонения лица как основание для заключения под стражу будет в том случае, если на основании определенных фактов с учетом оценки конкретных обстоятельств дела существует опасность, что обвиняемый уклонится от уголовного процесса (§ 112 II № 2 УПК). Следует обратить внимание на дословный текст закона, запрещающий устанавливать сокрытие лица или опасность сокрытия из простых предположений, чаще всего, необходимы **определенные** (специальные) **факты**, логически доказывающие такую опасность.

В каждом конкретном случае судья должен **комплексно взвешивать основные моменты**: наряду с тяжестью обвинения и размером конкретно ожидаемого наказания все другие моменты, например, известны ли обвиняемому и в каком объеме доказательства, отягчающие его вину. Он также должен учитывать личность обвиняемого, его личные отношения (прошлое, семейные связи и т.д.) (OLG Düsseldorf StV 1994, 85 und 86 m. Anm. Seebode; OLG Köln StV 2000, 628). При отсутствии эмпирически доказанной взаимосвязи с ожидаемым наказанием и сокрытием подозреваемого **нельзя обосновывать** его заключение под стражу. К сожалению, по существующей практике многие следственные судьи связывают производство данной меры только с ожидаемым **долгосрочным лишением свободы** (например, на четыре года) (OLG Hamm StV 2001, 115; problematisch OLG Koblenz bei Paeffgen, NStZ 2002, 79; vgl auch Fröhlich, NStZ 1999, 331; Hohmann, StV 2000, 152). Ожидание, что обвиняемый скроется от уголовного преследования, должно быть более вероятным, чем то, что он не уклонится от него (K/M-G, § 112 Rn 17; strenger SK-Paeffgen, § 112 Rn 24 (hochgradig wahrscheinlich)). Опасность уклонения лица от уголовного преследования подтверждается во многих случаях вынесения постановления о заключении под стражу (это составляет 90 % от всех иных оснований для заключения под стражу) (Schöch, Lackner-FS, S.1007).

б) Опасность сокрытия следов преступления

Согласно § 112 II № 3 УПК существует **опасность сокрытия следов преступления**, если на основе определенных фактов в поведении обвиняемого обосновывается серьезное подозрение, что он 213

– уничтожит, изменит или сфальсифицирует доказательства, либо
– нечестным образом повлияет на сообвиняемого, свидетеля или эксперта, либо
– повлияет на других лиц, которые станут действовать таким же образом,

и если поэтому возникает опасность затруднения установления истины по делу (s. nur LG Hamburg, StV 2000, 373 m. Anm. Meyer).

в) Наличие подозрения в совершении особо тяжкого преступления, § 112 III УПК

В соответствии с **дословным текстом** § 112 III УПК можно назначить такую меру, как заключение под стражу даже **при отсутствии** оснований, предусмотренных § 112 II УПК (т.е. если обвиняемый не должен скрыться от органов уголовного преследования, или если нет такой опасности, или не существует опасности сокрытия следов преступления). Допустимо заключить обвиняемого под стражу, если в отношении его существует серьезное подозрение в совершении преступления, входящего в **каталог преступлений** § 112 III УПК (например, убийство, убийство при отягчающих обстоятельствах). 214

В политико-правовом отношении § 112 III УПК является достаточно рискованным. Получается, что не требуется наличие конкретных оснований для заключения под стражу, и допустимо проводить эту меру также тогда, когда обвиняемый серьезно подозревается в совершении преступления, с другой стороны, это не угрожает осуществлению уголовного преследования или исполнению наказания, и в принципе не затрагивает требования осуществления эффективного уголовного судопроизводства. К счастью, Конституционный суд ФРГ (BVerfGE 19, 342, 350) **истолковал** норму **в соответствии с Конституцией** и принял соответствующее решение. Заключать под стражу согласно буквальному толкованию § 112 III УПК возможно только при наличии серьезного подозрения в совершении преступления, предусмотренного § 112 III УПК, и при нали-

чии основания взятия под стражу: опасности уклонения лица от уголовного преследования и опасности сокрытия следов преступления. В этих случаях Конституционный суд ФРГ не предъявляет таких высоких требований, как в § 112 II УПК к установлению оснований для заключения под стражу. Поэтому конкретные факты должны устанавливаться не в силу необходимости обоснования опасности уклонения лица от уголовного преследования или опасности сокрытия следов преступления, а считается достаточным, если **по конкретным обстоятельствам дела не следует исключать эти опасности**, или если надо опасаться, что обвиняемый снова совершит похожее уголовно наказуемое деяние (LG Kiel StV 2001, 687; K/M-G, § 112 Rn 38; KMR-Wankel, § 112 Rn 23). Однако если в конкретном случае лицо ранее не стремилось к уклонению от уголовного преследования, несмотря на подозрение в совершении особо тяжкого преступления, то можно санкционировать постановление о заключении лица под стражу согласно § 116 УПК (OLG Frankfurt, StV 2000, 374 (Fall Wiemar)).

г) Опасность повторения совершения преступления, § 112a УПК

215 Для определенной, строго ограниченной сферы в отношении § 112a УПК существует дополнительное основание для заключения под стражу – **опасность повторения совершения преступления** (§ 112a УПК).

д) Заключение под стражу на стадии судебного разбирательства, § 127b УПК

Если в ускоренном процессе (см. Rn 530ff) ожидается проведение судебного разбирательства в течение недели после задержания лица и если на основе конкретных фактов нужно опасаться неявки задержанного в случае его освобождения в зал судебного заседания, то возможно взять лицо под стражу согласно § 127b II УПК и без наличия оснований для заключения под стражу (а – г) (dazu krit. LR-Hilger, § 127b Rn 7; HK-Lemke, § 127b Rn 4; Grasberger, GA 1998, 530; Hellmann, NJW 1997, 2145; Herzog, StV 1997, 215; Meyer-Gossner, ZRP 2000, 348; Stintzing/Hecker, NStZ 1997, 569; positiv Fülber, Th., Die Hauptverhandlungshaft, 2000, S.140).

3. Принцип соразмерности

216 В соответствии с § 112 I 2 УПК в принципе нельзя принимать решение о заключении под стражу, если оно **несоразмерно** значению дела и ожидаемому наказанию или иной мере взамен наказания. Однако соблюдение принципа соразмерности **не предусматривает позитивного основания** для применения такой меры, как заключение под стражу. Скорее несоразмерность содержит основание, исключающее взятие под стражу. Несоразмерность как таковая значима только тогда, когда она положительно установлена, но не имеет большого значения, и когда наличие соразмерности представляется проблематичным. § 113 УПК применительно к области незначительной преступности содержит законную конкретизацию принципа соразмерности.

4. Преступления, преследуемые по частному обвинению

217 Является достаточно спорным заключение под стражу лица по **преступлениям, преследуемым по частному обвинению**. Приводятся веские аргументы, свидетельствующие о недопустимости вынесения постановления о заключении под стражу, так как нельзя лишить свободы обвиняемого, если нет никакого общественного интереса по осуществлению уголовного преследования (ebenso OLG Karlsruhe GA 1974, 221).

5. Преступления, преследуемые в уголовном порядке только по жалобе потерпевшего

Если по преступлениям, **преследуемым в уголовном порядке только по жалобе потерпевшего**, выносят постановление о заключении под стражу без наличия до этого момента жалобы со стороны потерпевшего, то сразу же необходимо проинформировать лицо, имеющее право подать такую жалобу, о постановлении о заключении под стражу. Прежде всего, оно должно быть уведомлено о том, что постановление будет отменено, если уполномоченное на то лицо в срок, определенный судьей, подаст жалобу. Срок не может превышать одну неделю. Если в течение этого срока со стороны потерпевшего не поступит соответствующая жалоба, то тогда необходимо отменить постановление о заключении лица под стражу (§ 130 УПК). 218

III. Вынесение постановления о заключении лица под стражу и его исполнение

1. Постановление в письменной форме о заключении лица под стражу

В соответствии с § 114 УПК **постановление о заключении под стражу выносится в письменной форме**. В постановлении о заключении обвиняемого под стражу необходимо указать состав инкриминируемого уголовно наказуемого деяния, основание взятия под стражу и, по общему правилу, факты, свидетельствующие о наличии сильного подозрения и основания для заключения под стражу (§ 114 II УПК). 219

2. Компетентность вынесения постановления о заключении лица под стражу

Постановление о заключении под стражу может быть вынесено в принципе только **судьей** (ст. 104 II 1 Основного закона). 220

а) **До предъявления государственного обвинения** постановление выносит **судья участкового суда**, к подсудности которого это относится, или на участке которого было задержано лицо, **по требованию прокуратуры** (§ 125 I УПК с последующими подробностями). Судья участкового суда именуется **следственным судьей**.

б) **После предъявления государственного обвинения** компетентен выносить данное постановление **суд, рассматривающий дело по существу**, а когда подана кассационная жалоба, то – суд, где обжалуется приговор (§ 125 II УПК). В случаях, не терпящих отлагательства, может санкционировать вынесение постановления о заключении под стражу один председатель суда (§ 125 II 2 УПК). После предъявления обвинения уже не требуется ходатайство со стороны прокуратуры.

в) В отношении **других решений** (освобождение из-под стражи, освобождение из-под стражи по состоянию здоровья и т.д.) компетентен в большей мере тот судья, который санкционировал заключение лица под стражу, а после предъявления обвинения, по общему правилу, суд, рассматривающий дело по существу (подробно см. § 126 УПК).

г) Согласно § 457 УПК в исполнительном производстве санкционировать постановление о взятии под стражу лица вправе прокуратура.

3. Взятие лица под стражу

221 Постановление о взятии под стражу приводится в исполнение **заключением** обвиняемого лица под стражу. Заключение **под стражу** происходит с помощью так называемого **задержания**. Согласно § 115 УПК обвиняемого после задержания **нужно незамедлительно доставить компетентному судье**. Доставление лица к компетентному судье, который санкционировал вынесение постановления о заключении под стражу (§ 126 I УПК), должно состояться (самое позднее) в день задержания (§ 115 II УПК, ст. 104 III Основного закона). Если обвиняемый не может быть доставлен компетентному судье не позднее дня задержания (например, из-за большой отдаленности), то согласно §§ 115, 115a УПК его необходимо доставить к судье ближайшего участкового суда.

4. Дальнейшая деятельность судьи, занимающегося проверкой законности содержания под стражей

222 В соответствии с § 114b I УПК судья должен распорядиться об **уведомлении родственника или доверенного лица обвиняемого**.

Согласно § 115 II УПК судья должен незамедлительно допросить обвиняемого после его доставки по существу обвинения, самое позднее он может сделать это на следующий день.

Затем судья должен **решить дальнейшую судьбу постановления о заключении лица под стражу**. Существуют следующие возможности:

- оставить в силе постановление о заключении лица под стражу. В соответствии с § 115 IV УПК в этом случае обвиняемому необходимо разъяснить соответствующие средства правовой защиты (см. также Rn 223);
- отмена постановления о заключении лица под стражу (§ 120 УПК; см. также Rn 225);
- отсрочка исполнения постановления о заключении лица под стражу (§ 116 УПК; см. также Rn 228).

IV. Средства правовой защиты постановления о заключении лица под стражу

223 Задержанный вправе использовать следующие средства правовой защиты с целью достижения отмены постановления о заключении лица под стражу или освобождения от заключения: **обжалование заключения лица под стражу** (§§ 304ff УПК) или **ходатайство о проверке судом обоснованности содержания обвиняемого под стражей** (§ 117 I УПК) (zur übersicht: Haft, JA 1991, 85ff).

1. Обжалование заключения лица под стражу, § 304 I УПК

Процедура подачи жалобы относительно заключения лица под стражу подчиняется общим правилам подачи **жалобы**, предусмотренной §§ 304ff УПК (сравните Rn 577ff). Судья может отклонить жалобу или представить ее на рассмотрение **суду второй инстанции (результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях)**. Согласно § 310 УПК допустимо дальнейшее обжалование решения вышестоящего суда.

В соответствии с § 117 II 1 УПК обжалование недопустимо наряду с ходатайством о проверке судом обоснованности содержания обвиняемого под стражей (см. Rn 224). Этот **вспомогательный характер обжалования заключения лица под стражу** действует также тогда, когда заявлено ходатайство о проверке судом обоснованности содержания под стражей только после подачи жалобы. Однако допустимо обжаловать решение, принятое судом по проверке обоснованности содержания лица под стражей, § 117 II 2 УПК.

2. Ходатайство о проверке судом обоснованности содержания лица под стражей, § 117 I УПК

224 До тех пор пока обвиняемый находится под стражей, он в любое время вправе заявлять ходатайства о судебной проверке с целью отмены постановления о заключении лица под стражу или с целью отсрочки его исполнения в соответствии с § 116 УПК (§ 117 I УПК, так называемое **ходатайство о проверке судом обоснованности содержания обвиняемого под стражей**). В соответствии с § 118 I УПК данные вопросы по ходатайству обвиняемого или по усмотрению суда решаются в форме устного разбирательства. Если срок заключения под стражей составляет три месяца и обвиняемый в течение всего срока не заявляет ходатайство о проверке судом обоснованности его содержания под стражей или не обжалует соответствующее постановление, то по долгу службы суд проверяется обоснованность содержания обвиняемого под стражей за исключением случая, когда у обвиняемого есть защитник (§ 117 V УПК).

Вопрос о ходатайстве с целью проверки в соответствии с § 117 I УПК решает **судья, занимающийся проверкой законности содержания под стражей** (§ 126 УПК). **Ходатайство о проверке обоснованности не включает результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях**. Обвиняемый в любое время может заявить ходатайство или повторить попытку. Однако обвиняемый не может всякий раз требовать устного разбирательства по ходатайству (сравните § 118 III УПК).

В соответствии с § 121 УПК **по истечении шестимесячного срока содержания под стражей Верховный суд земли** проверяет возможность продления содержания под стражей (также Rn 227). Проверка обоснованности содержания обвиняемого под стражей осуществляется по долгу службы при вынесении постановления о принятии судом дела к своему производству (§ 207 IV УПК) и при вынесении приговора (§ 268b УПК).

V. Отмена постановления о заключении лица под стражу

225 Компетенция по отмене постановления о заключении под стражу определяется согласно § 126 УПК.

1. Отмена постановления о заключении лица под стражу, § 120 I УПК

226 В соответствии с § 120 I 1 УПК необходимо отменить постановление о заключении лица под стражу, если **не существует более оснований** взятия под стражу или продление срока содержания под стражей нецелесообразно.

Закон предусматривает отмену постановления в случаях, когда обвиняемого **оправдывают**, или **отменено определение о предании его суду**, или процесс не просто временно **прекращен** (сравните § 120 I 2 УПК). Вступление в законную силу оправдательного приговора – не обязательное условие отмены постановления о заключении под стражу (§ 120 II УПК).

2. Отмена постановления о заключении лица под стражу, § 120 III УПК

Постановление о заключении лица под стражу должно быть также отменено согласно § 120 III 1 УПК, если **прокуратура ходатайствует об этом до** предъявления государственного обвинения. Такое правовое регулирование соответствует общим требованиям процесса, поскольку до предъявления государственного обвинения постановление о заключении под стражу может быть принято только по требованию прокуратуры (см. также Rn 220). Поскольку принятие решения суда должно основываться на чисто формальных основаниях, то согласно § 120 III 2 УПК прокуратура может одновременно с ходатайством об отмене данного постановления освободить обвиняемого.

3. Отмена постановления о заключении лица под стражу, § 121 УПК

227 В соответствии с § 121 II УПК постановление о заключении под стражу также необходимо отменить, если срок содержания лица под стражей по одному и тому же уголовно наказуемому деянию составляет уже **шесть месяцев** и не существует никаких законных исключений из этого правила. Закон предусматривает такие **исключения**:

- объявлен приговор, по которому назначено наказание в виде лишения свободы или мер исправления и безопасности, связанных с лишением свободы (§ 121 I 1.Alt. УПК);
- **особые трудности** или **особый объем расследования**, или **иные важные основания** не позволяют постановить приговор, и продление срока содержания под стражей является оправданным (§ 121 I 2.Alt. УПК).

Подпадает ли конкретный случай под исключительный – решает, как правило, **Верховный суд земли** (§ 122 УПК). Если он признает обстоятельство исключительным, то тогда продлевает срок содержания лица под стражей; в противном случае отменяет постановление о заключении обвиняемого под стражу.

При толковании § 121 I УПК большую роль играет, прежде всего, конституционное право на свободу личности (ст. 2 II 2 Основного закона). Право обвиняемого на свободу должно противопоставляться требованию государства на полное расследование преступления и быстрое наказание преступника (BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49). С увеличивающимся сроком содержания лица под стражей приобретает все большее значение право на свободу. Поэтому конституционное право обусловливает ограничительную интерпретацию § 121 I УПК (BVerfG NJW 2002, 207).

Здесь возможно указать только несколько позиций (более подробно см. K/M-G, § 121 Rn 17ff):

Согласно § 121 I УПК **тяжесть** инкриминируемого обвиняемому **деяния** не имеет значения (OLG Düsseldorf StV 1991, 308; OLG Köln NJW 1973, 1009f).

Не допустимо задерживать лицо под стражей с целью выяснения серьезного подозрения в отношении других уголовно наказуемых деяний, которые до сих пор еще не образуют предмет постановления о заключении лица под стражу (BVerfG NStZ 2002, 100).

В качестве важного основания для содержания под стражей лица свыше шести месяцев принимается во внимание **загруженность суда или прокуратуры**, но только тогда, когда она была только **кратковременной**, непредвиденной и неизбежной (BVerfG StV 1999, 328; BGHSt 38, 43, 45; OLG Düsseldorf StV 2001, 695; OLG Celle StV 2002, 150; Einzelheiten s. KMR-Müller, § 121 Rn 6; Riess, StraFo 1999, 397).

VI. Отсрочка исполнения постановления о заключении лица под стражу, § 116 УПК

Судья должен приостановить исполнение постановления о заключении лица под стражу из-за опасности его сокрытия, если менее радикальные меры (например, указания, **обеспечение**) способны выполнить достижение цели заключения под стражу (§ 116 I 1 УПК). **228**

В отношении отсрочки исполнения постановления в случае опасности сокрытия следов преступления, опасности повторения, а также из-за тяжести преступления см. § 116 II, III УПК; BVerfGE 19, 342ff.

VII. Исполнение постановления о заключении лица под стражу

Отсутствует исчерпывающее законодательное регулирование **исполнения** заключения под стражу. В § 119 УПК отражены только некоторые немногие моменты. Оставшиеся проблемы разрешаются путем **общей оговорки** (§§ 119 III, IV УПК). Специальные положения закреплены в совокупности норм уголовного и уголовно-процессуального права по делам несовершеннолетних (§ 93 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних) и в так называемом законе о запрещении контактов (§§ 31ff вводного закона к закону о судоустройстве). В остальных случаях действует унифицированное в землях федерации принятое положение об отбывании заключения под стражей. Однако эта служебная инструкция обязательна только для чиновника, руководящего исполнением наказания, но не для судьи, занимающегося проверкой законности содержания под стражей. Однако сейчас разрабатывается федеральный закон о содержании лиц под стражей (s. BR-Drucks. 249/99 u. Paeffgen/Seebode, ZRP 1999, 524). **229**

Таблицу средств правовой защиты в связи с исполнением заключения лица под стражу и наказанием в виде лишения свободы можно найти в Schaffstein/Beulke, Anhang.

Решение задачи 25. На стадии предварительного расследования (до предъявления государственного обвинения) выносить **постановление о заключении лица под стражу** компетентен **следственный судья** при участковом суде (§ 125 I УПК). При решении вопроса о возможности санкционирования заключения под стражу необходимо руководствоваться § 112 УПК и последующими. Также должно быть **серьезное подозрение и основание для заключения лица под стражу**. В данном случае надо исходить из сильного подозрения (высокая степень вероятности совершения уголовно наказуемого деяния). В качестве основания для заключения под стражу следует учитывать только опасность сокрытия лица (§ 112 II № 2 УПК). Она может быть обоснована только ожидаемым высоким наказанием (от трех до четырех лет). На практике в большинстве случаев это признается достаточным, и не требует изучения иных обстоятельств. Однако, представляется, данная позиция недостаточно последовательна, поскольку закон требует всегда **взвешивать** **230**

и анализировать все обстоятельства дела. Поэтому нельзя выносить постановление о заключении лица под стражу с подобным обоснованием (подробно см. Rn 212).

231 **Решение задачи 26.** При постановлении о заключении лица под стражу учитывается только § 112 III УПК (**особо тяжкие преступления**), поскольку нет фактов, свидетельствующих об опасности уклонения лица или сокрытия следов преступления. Сильное подозрение существует в отношении §§ 211 /212 УК. Учитывая инкриминируемое А. преступление, представляется, что выполняются требования § 112 III УПК. Однако судья, занимающийся проверкой законности содержания под стражей, не может санкционировать взятие под стражу, так как в данном случае ввиду конкретных обстоятельств необходимо исключить уклонение А. от органов уголовного преследования (**соответствующее Конституции толкование** § 112 III УПК – BVerfGE 19, 342, 350) (подробно см. Rn 214).

232 **Решение задачи 27.** А. вправе согласно § 304 I УПК подать **жалобу** в суд земли, вышестоящий компетентный суд (§ 73 закона о судоустройстве). Если это не принесет желаемого результата, то в соответствии с § 310 I УПК возможно дальнейшее обжалование. А. согласно § 117 I УПК вправе ходатайствовать также **о проверке судом обоснованности содержания под стражей.** В соответствии с § 126 II 1 УПК вопрос о проверке обоснованности содержания под стражей решает сам судья, а жалобу рассматривает суд земли (результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях). Если А. избирает проверку судом обоснованности содержания под стражей, то обжалование является недопустимым (§ 117 II 1 УПК) (подробно см. Rn 223f).

§ 12. Прочие важные меры принуждения (посягательства на конституционные права)

Задача 28. а) Назовите самые важные меры принуждения в уголовном процессе. Где они урегулированы?

б) Непосредственно после того, как А. в оживленной пешеходной зоне услышал призывы «На помощь! Грабят!» – и оттуда мимо него быстро прошел Б. с сумкой, то А. предположил, что Б. – преступник, и задержал его. В действительности Б. никакого отношения к нападению не имел, а являлся частным курьером, поэтому и спешил. Наказуемо ли поведение А.?

в) На самом деле Б. – преступник и оборонялся при задержании, которое провел А. В качестве последнего средства с целью воспрепятствования бегству Б. А. наносит ему удар кулаком, в результате чего Б. в бессознательном состоянии опускается на землю. Наказуемо ли поведение А.?

Задача 29. А. подозревается в торговле наркотиками. Задерживающий его полицейский П. наблюдал, как А. что-то проглотил. Поскольку полицейский предполагал, что речь шла о порции наркотика, упакованного в пластиковый пакет, то П. настаивал, чтобы А. принял неопасное для здоровья средство, вызывающее рвоту. Когда А. отказался это сделать, то П. с врачом ввели данное средство в организм при помощи желудочного зонда. Фактически это способствовало обнаружению пакетика с наркотическим содержанием внутри. Правомерно ли поведение органов уголовного преследования?

Задача 30. Расследование полиции указывает на неизвестного водителя автомобиля «порше» из Мюнхена как на предполагаемое лицо, совершившее изнасилование с последую-

щим убийством жертвы. Полиция «просит» примерно 750 мужчин, владельцев автомобилей марки «порше» с мюнхенскими номерами, сдать в «добровольном порядке» анализ крови с тем, чтобы провести сравнительный анализ ДНК со спермой, которая была обнаружена у жертвы. Полиция грозит, что в случае отказа в принудительном порядке возьмет кровь на анализ согласно § 81a УПК. Когда А. отказался добровольно сдать анализ крови, то у него в принудительном порядке взяли на анализ кровь и провели молекулярно-генетическое исследование. Правомерно ли подобное поведение?

Задача 31. а) У обвиняемого была конфискована переписка с его защитником. Законно ли это мероприятие?

б) Как следует оценивать законность мероприятия, если существует подозрение, что защитник виновен в укрывательстве обвиняемого с целью воспрепятствования наказанию?

Задача 32. В отношении Е., который находится под стражей, осуществляется дознание, поскольку его подозревают в совершении многочисленных краж со взломом. Комиссар К. посещает родителей Е., чтобы поговорить с ними на данную тему. Когда родители начинают странно реагировать, то у К. появляется идея провести обыск в комнате Е. с целью обнаружения украденной добычи. Однако родители не согласны и запирают эту комнату. К. при помощи своих служащих взламывает дверь и проводит обыск в комнате. Правомерно ли данное поведение?

1. Обзор

Следует отнести наряду с заключением под стражу (§§ 112ff УПК и Rn 208ff) к наиболее важным мерам принуждения также: 233

- длительное наблюдение (§ 163f УПК);
- кратковременное задержание (§§ 127, 127b УПК);
- помещение обвиняемого для наблюдения в психиатрическую больницу (§ 81 УПК);
- телесное освидетельствование, взятие пробы крови (§ 81a УПК);
- анализ ДНК, §§ 81e-f УПК; установление личности по ДНК и сохранение идентифицированных образцов ДНК, § 81g УПК, §§ 2, 3 закона об установлении личности по анализу ДНК;
- фотографирование и снятие отпечатков пальцев (§ 81b УПК);
- освидетельствование других лиц (§ 81c УПК);
- обеспечение сохранности (выемка) (§§ 94ff УПК);
- контроль над телекоммуникациями (§ 100a УПК);
- обыск (§§ 102ff УПК);
- установление личности (§§ 163b, 163c УПК);
- объявление в розыск (§§ 131ff УПК);
- контрольные пункты на улицах (§ 111 УПК);
- всеобщая полицейско-розыскная проверка (§ 163d УПК);
- систематический розыск преступников при помощи электронной системы обработки данных (§§ 98a, 98b УПК);
- использование технических средств (§§ 100c, 100d УПК) (например, фотографирование, киносъемка, пленка, прослушивающие устройства);
- внедрение тайного агента (§§ 110a ff УПК).

Допустимо накопление различных мер принуждения, которые прежде всего рассматриваются как ограничения прав, для них необходима дополнительная оценка, с точки зрения принципа соразмерности, действующего для всех мер принуждения. Поэтому в конкретном

случае достаточно проблематичным является «тотальный контроль» (BGHSt 46, 266, 277; SK-Wolter, § 163f Rn 4; dazu Steinmetz, NStZ 2001, 344). По обзору см. BeRn smann /Jansen, StV 1998, 217ff и Malek /Wohlers, Rn 11ff.

II. Длительное наблюдение, § 163f УПК

233a Если есть достаточные фактические данные полагать, что было совершено преступление, имеющее большое значение, то необходимо вынести постановление о производстве длительного планомерного наблюдения за обвиняемым, которое должно продолжаться беспрерывно более 24 часов или более двух дней (т. н. **длительное наблюдение**, ср. § 163f I 1 УПК). Производство других мероприятий, ограничивающих в меньшей мере права и свободы заинтересованных лиц, в значительной степени неэффективно (условие субсидиарности). Согласно § 163f III УПК прокуратура, а при опасности в промедлении ее помощники уполномочены выносить постановление на производство данного мероприятия. Длительное наблюдение должно назначаться максимально на срок до одного месяца (§ 163f IV 1 УПК). Для продления мероприятия необходимо новое постановление, вынесенное судьей (§ 163f IV 2 УПК, § 163f I 3 УПК), предусматривает более высокие требования для осуществления длительного наблюдения за **третьими лицами**. В соответствии с Art.40 SDü возможно осуществлять также наблюдение за пределами одного государства, но в **территориальных пределах Шенгенского соглашения**.

Краткосрочное наблюдение за обвиняемым вследствие незначительной интенсивности вмешательства в основные права охватывается общим правилом расследования, закрепленного в §§ 161 I, 163 I УПК (см. Rn 104).

III. Кратковременное задержание, §§ 127, 127b УПК

234 Для случая, когда нельзя ожидать вынесения постановления о заключении лица под стражу, § 127 УПК закрепляет право на **кратковременное задержание**. Данное положение приобретает значение как основание, исключающее ответственность по преступлениям, связанным с задержанием (§§ 223, 239, 240 УК).

1. Право каждого на задержание (§ 127 I 1 УПК)

Если кто-либо застигнут на месте совершения преступления или преследуется, или подозревается в побеге, или не может немедленно удостоверить свою личность, то **любой гражданин** (любой гражданин и любое должностное лицо) вправе его задержать без предписания судьи (§ 127 I 1 УПК).

а) Основания для такого задержания:

235 aa) Преступник должен быть «**застигнут на месте совершения преступления или преследоваться**».

Преступление в смысле § 127 I 1 УПК – уголовно наказуемое деяние (а также уголовно наказуемое покушение), но не нарушение общественного порядка. Отсутствие жалобы потерпевшего с целью возбудить уголовное дело не препятствует кратковременному задержанию (§ 127 III 1 УПК).

На месте совершения преступления застигнут тот, кто находится при осуществлении состава преступления или непосредственно после этого на месте преступления или в непосредственной близости от него. Преследуется с места совершения преступления лицо, когда оно уже

удалилось с места преступления, и преследование лица начинается безотлагательно на основе конкретных, указывающих на это лицо данных (например, следов преступления).

Возникает вопрос: предусматривает ли § 127 I 1 УПК, что преступление **действительно** (по меньшей мере, выполнена объективная и субъективная сторона и противоправно) **совершено** (OLG Hamm NJW 1977, 590, 591; K/M-G, § 127 Rn 4; Kühl, § 9 Rn 86; Rüping, Rn 244; Volk, § 10 Rn 67; einschr. Lesch, 4/46) или достаточно, чтобы четко узнаваемые объективные факты свидетельствовали о наличии **сильного подозрения в совершении преступления** (BGH NJW 1981, 745, 746; OLG Hamm NStZ 1998, 370; AG Grevenbroich NJW 2002, 1060 m. Anm. Martin, JuS 2002, 619; SK-Paeffgen, § 127 Rn 10; Hellmann, II § 4 Rn 65; Roxin, § 31 Rn 4; Fincke, GA 1971, 41; Kargl, NStZ 2000, 8). Для второй точки зрения приводятся следующие аргументы, что право на задержание служит не собственно интересам частного лица, а связано с общественным интересом на осуществление уголовного преследования. Поскольку частное лицо при задержании выполняет общественную задачу, то было бы несправедливым возлагать на него риск невиновной ошибки (Roxin, aaO).

Однако **следует отказаться** от данной позиции, поскольку она лишает невиновно задержанное лицо права на необходимую оборону в отношении посягательства на его свободу. Риск для задерживающего лица в случае невиновной ошибки ограничивается также требованием действительно совершенного преступления. До тех пор, пока объективные обстоятельства свидетельствуют о наличии подозрения в совершении преступления, задерживающий находится неизбежно в неведении о наличии фактических оснований для ситуации, исключающей ответственность (**ошибка в разрешении определения состава преступления – Erlaubnistatbestandsirrtum**). Поэтому у лица отсутствует умысел на виновное причинение, и его нельзя наказать согласно §§ 239, 240 УК (сравните Wessels/Beulke AT, Rn 478f). Но при причинении телесных повреждений с целью задержания остается риск привлечения к уголовной ответственности за неумышленное преступление (§ 229 УК). Но в большинстве случаев здесь могло бы отсутствовать нарушение обязанности проявлять осмотрительность. Как правило, более строгая ответственность определяется квалифицированно: кто не уверен, что было действительно совершено преступление, тот должен предоставить задержание органам власти (по общей проблематике см. Hillenkamp, AT, Problem 8, S.49).

бб) Далее необходимо наличие **основания для задержания**, т.е. должно быть подозрение в намерении скрыться либо невозможность немедленно удостоверить свою личность. **236**

Подозрение в намерении скрыться присутствует, если на основании очевидного поведения преступника можно благоразумно исходить из того, что он может уклониться от уголовного процесса, если его не задержать сейчас же. Не рассматривается в качестве необходимости ситуация, когда существует **опасность побега в** смысле § 112 II № 2 УПК (как основание для заключения под стражу), поскольку определить это нельзя, исходя из § 127 УПК, в котором указано, что многое зависит от быстроты действий задерживающих (BGH <D> MDR 1970, 197; LR-Hilger, § 127 Rn 21).

Сослаться на такое основание для задержания, как установление личности, может только частное лицо; должностные лица должны поступать согласно § 163b I УПК, § 127 I 2 УПК (ср. Rn 259). Данное основание для задержания отпадает, если заинтересовавшее лицо может предъявить документ, удостоверяющий его личность.

б) Объем права на задержание

§ 127 I УПК предоставляет право на задержание и вместе с тем содержит, исходя из дословного текста параграфа, оправдание и необходимость лишения свободы. **237**

§ 127 УПК предполагает также **применение физической силы**, если она соразмерна и необходима для задержания, как, например, крепко схватить или прижать к земле (BGHSt 45, 378, 381 м. Anm. Baier, JA 2000, 630; BöRn er, GA 2002, 276; Martin, JuS 2000, 717; Mitsch, JuS 2000, 848; s. auch Schröder, Jura 1999, 10), но удушье опасно для жизни (BGHSt 45, 378, 381). Возможно использование оружия в целях задержания, но оно не основывается на § 127 I УПК (за исключением предупредительных выстрелов).

Предполагая серьезное вмешательство в свободу передвижения подозреваемого, § 127 I УПК одновременно предусматривает и изъятие вещей для установления личности или для предотвращения бегства (более мягкие средства по сравнению с посягательством на личную свободу лица) (KK-Boujong, § 127 Rn 29).

2. Право прокуратуры и полиции на задержание, § 127 II УПК

238 Прокуратура и **все** служащие полиции могут основываться при использовании своего права на задержание при опасности в промедлении не только на § 127 I УПК, но также и на § 127 II УПК. Это является необходимым, чтобы существовали **основания для вынесения постановления о заключении лица под стражу** (сильное подозрение, основание для взятия под стражу) или основания для помещения лица в соответствующее учреждение. Опасность в промедлении возникает тогда, когда ожидание судебного постановления об аресте или помещении лица в соответствующее учреждение ставит под угрозу задержание (K/M-G, § 127 Rn 19). Если при полицейском задержании возникает необходимость использовать оружие, то при определении допустимости его использования необходимо руководствоваться полицейскими законами земель (BGH JR 2000, 297 м. Anm. Ingelfinger).

3. Право прокуратуры и полиции на задержание, § 127b I УПК

Прокуратура и полиция наделены правом на задержание даже тогда, когда отсутствуют основания § 127 I и § 127 II УПК, но вероятно незамедлительное решение в **ускоренном производстве**, и существует опасность, что подсудимый не явится на судебное разбирательство (§ 127b I УПК). В связи с задержанием можно вынести постановление о т. н. **заключении под стражу на время судебного разбирательства** (§ 127b II УПК; см. также Rn 215).

4. Доставка к судье

239 После задержания необходимо в каждом случае задержанного незамедлительно доставить к судье, если прежде не последовало его освобождение (§ 128 I 1 УПК). Если судья считает задержание неоправданным, то он предписывает отпустить задержанного, в противном случае выносит постановление об аресте (§ 128 II УПК). В данной конструкции основой следственного ареста выступает постановление судьи об аресте.

IV. Помещение обвиняемого для наблюдения в психиатрическую больницу, § 81 УПК

240 Для подготовки экспертизы о психическом состоянии обвиняемого суд может после заслушивания эксперта и защитника постановить поместить обвиняемого в **об-**

щественную психиатрическую больницу и там его **наблюдать** (§ 81 I УПК). Помещение в психиатрическую больницу не может превышать в общей сложности шести месяцев (§ 81 V УПК). Учитывая степень посягательства, большое значение имеет соблюдение принципа соразмерности (BVerfG NJW 2002, 283). Поэтому, в частности, помещение в подобное заведение недопустимо, если обвиняемый отказывается от обязательного успешного сотрудничества с экспертом-психиатром для запланированного экспертом обследования.

Экспертиза должна служить разъяснению **вменяемости** или **способности участвовать в разбирательстве дела**, либо, если речь идет о несовершеннолетнем или о лице в возрасте от 18 лет до 21 года, его степени зрелости (§ 73 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних). Недопустимо помещение лица в подобное учреждение для проверки на достоверность (BGH JR 1955, 472). § 81 УПК содержит оправдание лишения свободы в результате помещения обвиняемого в психиатрическую больницу и наблюдения за ним. Поэтому при проведении дальнейших обследований, необходимых для дачи экспертного заключения, необходимо руководствоваться § 81a УПК (Kühne, Rn 236).

V. Телесное освидетельствование, взятие пробы крови, § 81a УПК

Телесное освидетельствование обвиняемого может быть предписано для установления фактов, имеющих значение для процесса. С этой целью применяется взятие пробы крови и дугие физические вмешательства, которые осуществляются врачом в соответствии с медицинскими правилами для целей исследования, допускаются и без согласия обвиняемого, если это не представляет опасности для его здоровья, § 81a I УПК. **241**

В конкретном случае может быть не ясно, что следует проводить: исследование в смысле § 81a УПК или обыск согласно § 102 УПК (см. Rn 256). Если необходимо установить **свойства организма** или его отдельных компонентов (например, крови, желудочного сока), то это – исследование. Если нужно найти **на теле** или на доступных открытых естественным образом частях тела (например, рот, влагалище, анальное отверстие) предметы, то это – обыск (см. LR-Dahs, § 81a Rn 16; anders Rüping, Rn 261). Если идет поиск предметов **в теле** (например, проглоченные доказательства), то присутствует как минимум исследование в смысле § 81a УПК, когда необходимо обратиться к врачебной помощи (Geppert, JK 1997, StPO § 81 a/2).

Постановление на производство данного мероприятия выносит судья, но при угрозе успеху расследования путем задержки постановление уполномочены выносить прокуратура и ее помощники (§ 152 закона о судоустройстве) (§ 81a II УПК).

Если обвиняемый отказывается не только от обследования, а даже от посещения врача, то он может быть в принудительном порядке доставлен к врачу или в больницу (OLG Dresden NJW 2001, 3643; s. auch Rogall, JuS 1992, 551, 554).

Аналогичное правило действует и в отношении § 81a УПК, и в отношении всех иных принудительных средств: для обвиняемого **не существует обязанности активно содействовать** органам уголовного преследования, на него возлагается обязанность **претерпевать** проводимые в отношении него мероприятия (aA Lesch, 4/ Rn 66ff). Например, он не обязан подвергаться тесту на содержание в организме алкоголя (дышать в колбу) (Schöch, BA 1997, 169), однако он должен в принудительном порядке претерпеть взятие пробы крови. Также он не обязан принимать средство, вызывающее рвоту. Но в случае отказа подобное средство может быть

введено врачом при помощи желудочного зонда; это возможно, поскольку не представляет опасности для здоровья обвиняемого. В конкретном случае может быть признано недопустимым введение подобным образом в организм средства, вызывающего рвоту, из-за соображения уважения человеческого достоинства (например, публичное введение в организм вещества) или вследствие принципа соразмерности (в частности, доказательство мелкого правонарушения) (im Ergebnis ebenso OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; Fahl, JuS 2001, 47; Lesch, 4/68 (при особом решении проблемы использования); Rogall, NStZ 1998, 66; KG JR 2001, 163 m. abl. Anm. Hackethal; dazu abl. auch Zaczyk, StV 2002, 122; für generelle Unzulässigkeit OLG Frankfurt NJW 1997, 1647 m. Anm. Weßlau, StV 1997, 341; dazu auch BVerfG StV 2000, 1 m. Anm. Naucke; Schaefer, NJW 1997, 2437).

VI. Анализ ДНК (§§ 81e-f УПК); установление личности по ДНК и сохранение идентифицированных образцов ДНК (§ 81g УПК, §§ 2, 3 закона об установлении личности по анализу ДНК)

242 Длительное время было спорно: распространяется ли действие § 81a УПК на т. н. **анализ гена** («генетический отпечаток пальца»). Вместе с тем можно получить относительно надежное доказательство, что волосы, сперма, свойство кожи и т.д. принадлежат преступнику. Судебная практика (BGHSt 37, 157; 38, 320; BVerfG NJW 1996, 771 и 1587) и господствующая позиция в литературе при анализе § 81a УПК до сих пор учитывали как соображения конституционно-правового, так и уголовно-процессуального характера. Однако с принятием новых §§ 81e-f УПК пришлось считаться с тем, что сегодня принципиально допустимо проводить анализ ДНК (vert. Eisenberg, Rn 1687a ff; Senge, NJW 1997, 2409). Однако необходимо указать: судья должен всегда помнить, что анализ ДНК содержит только статистическую вероятность факта, значение которого не следует переоценивать по сравнению с другими доказательствами по делу (BGHSt 38, 320ff m. zust. Anm. v. Hippel, JR 1993, 124).

Проблематично, законно ли правовое регулирование «**массовых, коллективных тестов**», где необходим большой круг людей, предоставляющих свою кровь на анализ. Добровольные тесты всегда являются допустимыми. Нельзя исходить непосредственно из добровольности, когда органы уголовного преследования в качестве замены обещают принудительное вмешательство. На практике в случае отказа заинтересованного лица с ним обращаются как с обвиняемым и осуществляют взятие пробы крови согласно § 81a УПК. Наличие неконкретизированного подозрения в отношении определенного лица не позволяет рассматривать его в качестве обвиняемого, он может приобрести этот статус не только посредством отказа от взятия пробы крови (BVerfG NJW 1996, 3071; Benfer NStZ 1997, 397; ders., StV 1999, 402; Rogall, NStZ 1997, 400). Тем не менее такой «информационный» генетический анализ является вынужденным, поскольку § 81e I 2 УПК допускает также исследовать анализ крови, который брали у третьего лица, не являющегося обвиняемым (§ 81c II УПК; dazu u. Rn 244). При этом заинтересованное лицо не может сослаться на правовые соображения § 55 УПК (нет содействия к самообвинению, см. Rn 195) (K/M-G, § 81c Rn 21). Из правовых соображений круг лиц должен быть

конкретным (generell abl. Graalmann-Scheerer, ZRP 2002, 72; Satzger, JZ 2001, 639; waRn end auch SK-Rogall, § 81c Rn 15).

В противовес §§ 81e, f УПК, которые закрепляют анализ ДНК в процессе в качестве источника познания, § 81g УПК предусматривает возможность взятия на анализ образцов тела обвиняемого в совершении преступления, поскольку эти образцы имеют большое значение для идентификации личности в **будущих, других процессах** (в настоящем процессе это не рассматривается как источник познания) для составления **идентифицированного образца ДНК**. Основанием выступает **негативный прогноз**, что существует опасность повторения совершения преступления, имеющего большое значение. Посягательство рассматривается в виде исключения. Однако принцип соразмерности исключает такое вмешательство, когда речь идет об ожидаемых в будущем преступлениях, где преступник в соответствии с общепринятой практикой во время совершения преступления не оставляет следов, которые возможно проанализировать (OLG Jena NJW 1999, 3571; KK-Senge, § 81g Rn 4; vert. Senge, NJW 1999, 253; Eisenberg, Meyer-Goßner-FS, 294, 302f).

В отношении уже законно осужденных (§ 81g I УПК) – за рамками действующего процесса – § 2 закона об установлении личности по анализу ДНК (abgedr. im Schönfelder als Fn zu § 81g УПК) предусматривает при наличии негативного прогноза допустимым взятие образцов ткани и их молекулярно-генетическое исследование в целях будущего установления идентичности. При каких основаниях можно установить негативный прогноз в рамках т. н. «старых ситуаций», – еще точно не выяснено, и проблематично, действует ли масштаб условного осуждения в соответствии с § 56 УК (bejahend LG Waldshut-Tiengen StV 1999, 365; LG Zweibrücken StV 2000, 304; abl. OLG Karlsruhe StV 2002, 60; Einzelheiten bei SK-Rogall, § 81g Rn 15) или следует отдать предпочтение ориентации на § 112a УПК или на §§ 62ff УК, на меры по улучшению и безопасности (dazu Neubacher /Walther, StV 2001, 584). Конституционный суд ФРГ считал § 81g I УПК и § 2 закона об установлении личности по анализу ДНК непротиворечащим Конституции ФРГ, в частности, конституционному праву на информационное самоопределение, но предъявил высокие требования к обоснованию затрат, а также к негативному прогнозу (BVerfGE 103, 21, 35ff, insbes. 37; vgl auch VerfG des Landes Brandenburg StV 2002, 57; vert. Krause, Rieß-FS, S.261; Rackow, P., Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme, 2001).

Таким образом, с апреля 1998 г. установленные идентифицированные образцы ДНК хранятся в учрежденном центральном Федеральном банке данных ДНК в Федеральном управлении уголовной полиции (правовое регулирование: § 8 VI №1 в сравнении с § 2 IV BKAG, а также § 3 закона об установлении личности по анализу ДНК).

VII. Фотографирование и снятие отпечатков пальцев, § 81b УПК

При необходимости в целях производства по уголовному делу или с целью опознания могут производиться **фотографирование обвиняемого, снятие отпечатков пальцев** независимо от его желания, а также измерения и иные подобные действия (§ 81b УПК). 243

Эта норма занимает промежуточное значение, поскольку, с одной стороны, она преследует репрессивную цель – осуществление процесса (1. Alt.), с другой – служит превентивной цели – опознание (2. Alt.). Вследствие этого по-разному закреплена правовая защита (см. также Rn 328).

§ 81b УПК содержит, также как и § 81a УПК, правовое основание для применения непосредственного принуждения в целях осуществления мероприятий, связанных с опознанием лица, так что § 81b УПК, например, разрешает для проведения очной ставки принудительные изменения, связанные с волосами и бородой (согласно BVerfGE 47, 239f § 81a предоставляет соответствующее правовое основание; gänzlich abl. Fezer, 6 Rn 19).

VIII. Освидетельствование других лиц, § 81c УПК

244 1. Другие лица могут быть подвергнуты освидетельствованию без их согласия, как и обвиняемые, согласно § 81c I УПК только при наличии следующих оснований и в определенном объеме:

они должны рассматриваться в качестве **свидетелей (свидетельский принцип)**.

При этом достаточно получить от них показание, что они ничего не наблюдали (пример: жертва в бессознательном положении). Но также и лица, которые не в состоянии дать показания, как например, младенцы, согласно §§ 81c III 2, 81c I УПК, могут быть подвергнуты освидетельствованию без их согласия или без согласия их законного представителя, если только их рассматривать в качестве свидетелей, могущих дать показания по делу (KK-Senge, § 81c Rn 1).

Однако свидетели, которые согласно § 52 УПК (не §§ 53, 53a, 55 УПК; K /M-G, § 81c Rn 23) вправе отказаться от дачи показаний, наделены также корреспондирующим правом отказаться от освидетельствования (§ 81c III 1 УПК), которое им необходимо разъяснить (§ 81c III 2 i V m § 52 III 1 УПК) независимо от того: было ли разъяснено им право отказа от дачи свидетельских показаний согласно § 52 III 1 УПК (BGH NStZ 1996, 275 m. Anm. Dölling, NStZ 1997, 77).

Освидетельствование может служить только обнаружению **на теле** свидетеля **следов** уголовно наказуемого деяния и последствий преступления (**принцип обнаружения следов**).

Следы – это изменения на теле, позволяющие сделать выводы о преступнике и об осуществлении преступления. Под последствиями уголовно наказуемого деяния нужно понимать все вызванные совершением преступления изменения на теле, которые не позволяют сделать необходимые выводы (LR-Dahs, § 81c Rn 14f).

Как следует из формулировки § 81c I УПК, свидетели могут быть подвергнуты освидетельствованию только в целях установления истины, когда необходимо выяснить: имеются ли **на их теле** определенные следы и последствия уголовно наказуемого деяния. Освидетельствование потенциальных свидетелей ограничивается только поверхностью тела и доступными естественным образом частями тела. § 81c I УПК **не предусматривает права на физическое вмешательство**. Например, нельзя в принудительном порядке сделать свидетелю рентгеноскопию (KK-Senge, § 81c Rn 4).

2. Без соблюдения данных принципов в отношении других лиц без их согласия допустимо проводить освидетельствование, а также **брать пробы крови** для установления истины согласно § 81c II УПК.

IX. Обеспечение сохранности предметов и имущества, выемка, §§ 94ff, 111bff УПК

1. Систематизация

Уголовно-процессуальный кодекс знает две сферы применения обеспечения сохранности, которые, однако, различаются по своим целям: 245

- с помощью **обеспечения сохранности доказательств** (§§ 94ff УПК) необходимо предотвратить потерю доказательств и обезопасить осуществление процесса;
- обеспечение сохранности предметов и имущества (§§ 111b ff УПК) направлено на то, чтобы по возможности гарантировать в приговоре соблюдение всех правовых предписаний §§ 73, 74 УК;
- определенная специфика действует в отношении обеспечения сохранности (немецких) водительских прав (§ 94 III УПК). Хотя речь идет о том, что документ необходимо изъять, чтобы гарантировать в последующем его конфискацию согласно § 69 III 2 УК. Однако нужно руководствоваться положениями, регулирующими выемку предметов (§§ 94ff УПК), а не §§ 111b ff УПК (подробно см. Rn 250). Это исключение обосновывается тем, что при изъятии водительских прав речь идет о фактической безопасности документа и это не связано, как в §§ 111b ff УПК, с предотвращением правовых последствий (Roxin, § 34 Rn 2).

2. Обеспечение сохранности доказательств посредством выемки, §§ 94ff УПК

а) Если предмет находится во владении у лица, который готов выдать его **добровольно**, то для обеспечения сохранности этого предмета достаточно его **изъятия**, этот акт вправе осуществить любые служащие органов уголовного преследования (§ 94 I УПК). 246

б) Если владелец вещи добровольно отказывается выдать предмет, то производится **формальная выемка** (§ 94 II УПК), т.е. предмет изымается на основании специального постановления и проведения прочих мероприятий, как то: опечатывание, ограждение или запрет на вхождение в помещение или на земельный участок. Возможно также изъять документы, принадлежащие организациям (BGHSt 38, 237, 239; OLG Jena NJW 2001, 1290; abl. SK-Rudolphi, § 96 Rn 8). 247

Постановление о проведении формальной выемки выносит судья, а при опасности в промедлении – прокурор или его помощники, § 98 I 1 УПК (относительно компетенции судьи см. Rn 258). С учетом особой защиты свободы печати (ст.5 I ОЗ) для производства выемки в помещениях редакции согласно § 98 I 2 УПК всегда необходимо получать согласие судьи.

в) Если попытка изъять необходимые предметы оказалась безуспешной, поскольку предмет не был обнаружен и владелец вещи не предъявил и не выдал ее, то в отношении такого лица возможно применить административные и принудительные меры согласно § 95 УПК. Но обвиняемого нельзя принудить выдать спрятанные им доказательства (nemo tenetur se ipsum accusare).

г) С каждой выемкой предмета, поступающего на государственное попечение, возникает публично-правовое отношение хранения, нарушение которого охватывается действием § 133 УК. Одновременно составляется опись, защита которой предусмотрена § 136 УК, поскольку была проведена формальная выемка.

а) Запрет на производство выемки

248 аа) Запрет на производство выемки существует в отношении документов и других письменных материалов, находящихся в служебном распоряжении, если высшая служебная инстанция заявила, что разглашение содержания этих документов и письменных материалов способно причинить ущерб федерации или одной из немецких земель (§ 96 УПК, т. н. **заявление на запрет**). В отличие от административного (сравните с BVerfGE 101, 106 sowie § 99 II положения об административных судах) в уголовном процессе невозможно преодоление этого заявления на запрет в результате предоставления суду засекреченных документов для сохранения их в тайне без того, чтобы заинтересованное лицо не могло ознакомиться с материалами дела (BGH NJW 2000, 1661).

бб) § 97 УПК предусматривает также другие **запреты на производство выемки**, которые исходят из **права на отказ от дачи свидетельских показаний** в соответствии с §§ 52, 53, 53a УПК и из цели предотвращения обхода §§ 52ff УПК. Это обусловлено тем, что право отказа от дачи свидетельских показаний только тогда возможно эффективно защищать, когда даже суррогаты данного права не предусматривают вмешательство со стороны органов, осуществляющих уголовное преследование (OLG Celle NStZ 1989, 385). Не подлежат выемке:

- переписка обвиняемого с лицами, которые вправе отказаться от дачи свидетельских показаний согласно § 52, § 53 I № 1-3b УПК (например, священнослужитель, защитник, адвокат, врач) (§ 97 I № 1 УПК);
- соответствующие записки лиц, находящихся в доверительных отношениях согласно § 53 I № 1-3b УПК, а также предметы, на которые распространяется право отказа от дачи свидетельских показаний лиц, находящихся в доверительных отношениях (§ 97 I № 2, 3 УПК).

При нескольких сообвиняемых запрет на производство выемки нельзя обойти в результате принятия формального решения о выделении процесса, чтобы запрет на производство выемки не действовал в отношении отдельного сообвиняемого (BGHSt 43, 300, 304 m. Anm. Rudolphi, NStZ 1998, 472; s. auch Rn 185, 192).

Основанием для применения запрета на производство выемки является § 97 УПК: предмет на момент выемки **находится у лица, обладающего правом отказа от дачи свидетельских показаний**. Соответственно надо решать вопрос о переписке с **защитником**, которая находится в распоряжении обвиняемого (LG München NStZ 2001, 612). Исходя из дословного текста § 97 II 1 УПК выемка рассматривалась бы допустимой, однако на практике действует запрет на производство выемки в данном случае, поскольку § 97 II 1 УПК дополняется вступившим позже в законную силу § 148 УПК, этот параграф исчерпывающим образом регулирует вопрос свободного общения обвиняемого со своим защитником и предоставляет обвиняемому возможность неконтролируемого письменного и устного общения с защитником (см. Rn 155; более подробно Beulke, Lüderssen-FS, S.693 und Groß, StV 1996, 559).

249 Запрет на производство выемки отпадает, когда лицо, обладающее правом отказа от дачи свидетельских показаний, подозревается в **соучастии** или в **пособничестве, в укрывательстве преступника с целью воспрепятствования наказанию** или в **укрывательстве имущества, добытого преступным путем**, либо когда при выемке предметов речь идет о предметах, которые добыты в результате совершения уголовно наказуемого деяния, использовались или послужили объек-

том совершения преступления (sog. Producta et instrumenta sceleris), § 97 II 3 HS1 УПК. Считается, что нужно действовать аналогично, когда речь идет о защитнике в подобных ситуациях, предусмотренных § 97 II 3 HS1 УПК (BGH NJW 1982, 2508). Представляется, что от этого следует отказаться, поскольку § 148 УПК предусматривает исчерпывающее особое правовое регулирование (Beulke, S.210; s. auch Rn 154).

вв) Помимо непосредственно закрепленных в законе названных выше случаев запрет на производство выемки может следовать по **конституционно-правовым основаниям**. Сюда причисляют нарушения принципа соразмерности (Fezer, 7 Rn 32; LR-Schäfer, § 94 Rn 35), а также ситуации, где использование с целью доказывания нарушает ст. 1 и ст. 2 ОЗ, например, дневник с записями интимного характера (Roxin, § 34 Rn 14 mwN). Исходя из § 97 УПК по аналогии в сравнении со ст. 1 и ст. 2 I, 20 III ОЗ для безопасности эффективной защиты (сравните также ст.6 III Европейской конвенции) и для защиты от самооговора (nemo-tenetur-Grundsatz), выводится запрет на производство выемки в отношении таких документов, которые составляет сам обвиняемый для подготовки своей защиты в процессе, хотя эти документы не являются перепиской в смысле § 97 I № 1 УПК и не находятся во владении у обвиняемого (§ 97 II 1 УПК) (BGHSt 44, 46). Однако здесь возникает проблема: для того, чтобы узнать, подлежат ли эти доказательства использованию в процессе, нужно ознакомиться с содержанием (сравните Rn 454 и последующие). Поэтому не существует запрета на производство выемки, поскольку самостоятельно применяется запрет на использование их в процессе (so auch Satzger, JA 1999, 632).

б) Особые формы выемки

аа) Водительские права

Водительские права, подлежащие конфискации, могут быть изъяты также на основании §§ 94ff УПК, § 94 III УПК. Поскольку у судьи также существует возможность лишить водителя на определенное время его водительских прав (§ 111a УПК), то необходимо различать: **250**

Водительские права как **документ**, который может подлежать согласно § 94 III УПК **выемке**. В соответствии с § 98 I 1 УПК при опасности промедления вынести постановление о производстве выемки может прокуратура и ее помощники, например, когда существует опасность дальнейшей езды водителя, находящегося в состоянии алкогольного опьянения (BGHSt 22, 385ff).

Удостоверение водителя как **официальное правомочие** может быть **временно изъято** только **судьей** (§ 111a УПК); окончательное лишение водительских прав следует только по приговору на основании § 96 III 2 УК. Временное изъятие судьей водительского удостоверения рассматривается одновременно как постановление или как подтверждение **выемки** (§ 111a III УПК).

бб) Выемка почтовой корреспонденции

251 Согласно § 99 УПК при наличии определенных оснований разрешается выемка **писем, почтовых отправлений** и **телеграмм**, адресованных обвиняемому или исходящие от обвиняемого. Особые положения, регулирующие выемку почтовой корреспонденции, действуют только тогда, когда почтовая корреспонденция находится на почте, на телеграфе; в иных случаях при производстве выемки необходимо руководствоваться §§ 94ff УПК.

Вследствие важности конституционного права (ст. 10 ОЗ) постановление о производстве выемки почтовой корреспонденции выносит судья, но при опасности в промедлении таким правом наделена также прокуратура, но не ее помощники (§ 100 I УПК). **Вскрытие** изъятой переписки производит только судья. Однако при необходимости он может передать свое полномочие прокуратуре (§ 100 III УПК).

3. Обеспечение сохранности предметов и имущества

252 Предметы, подлежащие конфискации в соответствии с §§ 73, 74 УК, согласно §§ 111b ff УПК изымаются с целью обеспечения их сохранности.

X. Контроль за телекоммуникациями, §§ 100a f УПК

1. Систематизация

253 § 100a УПК предоставляет органам уголовного преследования право осуществлять **контроль за телекоммуникациями и запись** и оправдывает вмешательство в защищенную ст. 10 ОЗ частную сферу не только обвиняемого, но также непричастных лиц, например, его собеседников. В дальнейшем возможно установить наблюдение за третьими лицами, о которых на основании определенных фактов известно, что они общаются с обвиняемым, или передают для него информацию, или что обвиняемый использует их соединения (§ 100a S.2 УПК). Сфера применения § 100a УПК распространяется не только на обычные формы телефонных переговоров и на телетайпы, но также охватывает любой вид передачи информации (BGH NStZ 1997, 247 m. Anm. Kudlich, JuS 1998, 209). Поэтому согласно § 100a УПК StPO можно осуществлять контроль и за электронной почтой, за сохраненными данными, поступившими в почтовый электронный ящик (LG Mannheim StV 2002, 242 m. –anm. Jäger). Действие этой статьи распространяется также и на электронные письма, которые находятся в памяти провайдера. Если же электронные письма уже находятся у носителя данных получателя, то сам носитель информации – а не сами данные – может быть изъят на основании УПК (LG Hanau NJW 1999, 3647; weiterführend Kudlich, JA 2000, 227; Vassilaki, JR 2000, 446; Weßlau, ZStW 113 (2001), 681; guter Beispielsfall bei Keiser, JA 2001, 662). Статья также охватывает полное прослушивание сотовых телефонов (BGH StV 2001, 214 m. krit. Anm. BeRn smann, NStZ 2002, 103 und Küdlich, JuS 2001, 1165). По расследованиям в Интернете см. Zöller, GA 2000, 563; Paeffgen, Roxin-FS, S.1299, 1314ff.

2. Основания § 100a УПК

254 а) Вопрос о наблюдении за телекоммуникациями будет рассматриваться только в том случае, если установление обстоятельств дела либо выяснение места нахождения обвиняемого другим способом невыполнимо или существенно затруднено, т.е. действует **принцип субсидиарности**, § 100a S.1 УПК.

б) Наблюдение за телекоммуникациями осуществляется только при наличии подозрения в совершении **преступлений, исчерпывающий перечень** которых отражен в § 100a УПК (например, убийство при отягчающих обстоятельствах, убийство, грабеж).

Личные данные, полученные при прослушивании телефонных переговоров относительно другого преступления обвиняемого или иного лица (**случайные находки**), могут быть использованы только в том случае, когда уголовно наказуемые деяния входят в каталог преступлений, зафиксированный в § 100a УПК, § 100b V УПК, см. также Rn 475.

в) Невозможно прослушивать разговоры иного лица, если иное лицо – **защитник** обвиняемого. Иначе не могла бы быть реализована правовая гарантия, содержащаяся в § 148 УПК о свободном устном общении защитника со своим подзащитным (BGHSt 33, 347, 349). Наблюдение нельзя вести и тогда, когда защитник подозревается в соучастии преступления, входящего в каталог, поскольку правовая гарантия § 148 УПК должна действовать до тех пор, пока защитник согласно § 138a I № 1 УПК не будет исключен из процесса (Beulke, Jura 1986, 646; K /M-G, § 100a Rn 13 mwN; aA BGHSt 33, 347, 349).

г) Если один из пользователей связи разрешает служащему полиции подслушивать его телефонные разговоры без ведома другого пользователя, то в данном случае отсутствует наблюдение за телекоммуникациями в смысле § 100a ff УПК, поскольку не действует тайна связи (BGHSt 39, 335, 339f mit im Ergebnis zust. Anm. Welp, NStZ 1994, 294; s. auch u. Rn 481g).

д) Постановление о производстве наблюдения выносит судья, а при опасности в промедлении также прокуратура. Однако предписание прокуратуры не имеет силы, если оно в течение трех дней не будет подтверждено судьей, § 100b I 3 УПК. О наблюдении необходимо в последующем сообщить участвующим в деле лицам, § 101 I УПК.

3. Информация о телекоммуникационных соединениях

254a В определенных случаях владельцы телекоммуникаций должны выдавать органам уголовного преследования информацию о том, кто, с кем, как долго вел переговоры, т.е., в частности, телефонные номера, место, откуда был сделан звонок, время (подробно см. §§ 100g ff УПК).

XI. Обыск, §§ 102ff УПК

1. Цель и объект обыска

255 Обыск – это поиск людей, доказательств, а также предметов, которые подлежат изъятию. Объектом обыска могут выступать квартиры, другие помещения (в том числе обыск в квартире), движимые вещи, а также сами люди. В зависимости от

лица, в отношении которого осуществляется обыск (**подозреваемое** или **другие лица**), для правомерности проведения обыска выделяют специальные требования (zum überblick Sommermeyer, Jura 1992, 449).

а) Обыск у подозреваемого лица, § 102 УПК

256 У лиц, подозреваемых в совершении уголовно наказуемого деяния, или у соучастника может быть произведен обыск жилища или других помещений, а также личный обыск и обыск принадлежащих им вещей как с целью задержания лица, так и в случае, если имеются основания полагать, что обыск приведет к обнаружению доказательств по делу (§ 102 УПК). Только невозможно провести обыск с целью выяснения.

В рамках § 102 УПК обыскивать можно квартиру и другие помещения, которые фактически занимает подозреваемый, а также места, где находятся принадлежащие ему вещи (vgl SK-Rudolphi, § 102 Rn 10). Допустим личный обыск. Личный обыск – поиск **на теле** включая естественным образом открытые части тела, или на одежде подозреваемого. § 102 УПК разрешает применение принуждения для того, чтобы те или иные участки тела были доступны для обыска (например, принудительное открытие рта) (OLG Celle NStZ 1998, 87; abw. SK-Rogall, § 81a Rn 25). Поиск в организме рассматривается уже как телесное освидетельствование, и его производство осуществляется согласно УПК (сравните Rn 241).

б) Обыск у других лиц, § 103 УПК

257 В отличие от обыска подозреваемого обыск у других лиц ограничивается в данном случае целью проведения обыска. Обыск у других лиц допускается только для задержания обвиняемого или обнаружения следов уголовно наказуемого деяния либо для выемки **определенных** предметов, только когда имеются факты о том, что разыскиваемое лицо, следы или вещи находятся в подлежащем обыску помещении (§ 103 I 1 УПК).

В то время как для § 102 УПК достаточно **предположения**, что обыск приведет к обнаружению желаемых предметов или лица, то в рамках § 103 I 1 УПК необходимо наличие **конкретных фактов** для принятия решения о производстве обыска. Общего предположения, что можно обнаружить значимые доказательства, в данном случае не достаточно (BGH StV 2002, 62).

§ 103 УПК специально разрешает обыск помещений. Поэтому проблематично, возможно ли в рамках § 103 УПК провести личный обыск. Это может следовать из § 81c УПК, поскольку если § 81c УПК разрешает более глубокое вмешательство при проведении физического освидетельствования в отношении других лиц, то является также допустимым менее глубокое аналогичное вмешательство (K /M-G, § 103 Rn 3).

2. Проведение обыска

258 Постановление на производство обыска может быть выдано только судьей, но при опасности в промедлении это может сделать прокуратура и ее помощники (§ 105 I УПК). Учитывая, что ст. 13 II ОЗ предписывает получение судебной санкции на производство обыска, то для обоснования опасности в промедлении Конституционный суд ФРГ предъявляет **повышенные требования**. Поэтому чистые спекуляции, гипотетические соображения, предположения, основанные лишь на криминалистическом будничном опыте, не являются достаточным основанием для обоснования ситуации опасности в промедлении

(BVerfGE 103, 142, 155; zust. Gusy, StV 2002, 153; Amelung, NStZ 2001, 337; Amelung /Wirth, StV 2002, 161; Lepsius, Jura 2002, 259; Müller-Christmann, JuS 2002, 63; Ostendorf /Brüning, JuS 2001, 1063). Из обоснования должно быть ясно, почему следователь предпринял попытку обратиться к следственному судье для получения необходимой санкции. Вместе с тем у судов возникает корреспондирующая конституционно-правовая обязанность гарантировать доступ для получения санкции, например, посредством работы следственного судьи, действующего в чрезвычайных, срочных случаях (dazu Bittmann, wistra 2001, 456). Кроме того, Конституционный суд ФРГ, исходя из требования эффективной правовой защиты, признает необходимым, что при опасности промедления должностное лицо, которое действовало в соответствии с необходимостью, излагает и документирует основания этих действий. Цель судебного санкционирования влияет также на период, в течение которого разрешено производство обыска; как долго постановление на производство обыска предусматривает совершение конкретных мероприятий, зависит от конкретной ситуации, где необходимо принимать во внимание вид подозрения, сложность расследования. Постановление на производство обыска теряет свою законную силу через полгода, и проведенный с таким нарушением обыск является противоправным (BVerfGE 96, 44, 52ff).

а) Определенность постановления о производстве обыска

С учетом важного посягательства на ст. 13 ОЗ при проведении обыска на судью возлагается обязанность при помощи соответствующей формулировки постановления по возможности гарантировать, чтобы посягательство на конституционное право было ограниченным, соразмерным и контролируемым. Обвинение в совершении преступления должно быть конкретизированным и основываться на фактических данных, доказательствах, которые имеют значение для обыска; по возможности необходимо описать помещение, в котором будут проводиться конкретные мероприятия (vgl zB BVerGE 42, 212, 220; 96, 44, 51; BVerfGE NStZ 2000, 601 m. zust. Anm. Park; BGH NStZ 2000, 154; BVerfG NStZ 1998, 366; krit. Schoreit, NStZ 1999, 173).

б) Запрет использования при нарушении §105 I 1 УПК

Используются ли доказательства, полученные при обыске в квартире без судебного разрешения, в процессе, когда очевидно не было опасности в промедлении, – это очень проблематичный момент. Господствующее мнение настаивает на возможности использования в процессе полученных таким образом доказательств (BGH NStZ 1989, 375 m. weitgehend zust. Anm. Roxin; Lesch, 4 /107). Однако согласно § 105 I 1 УПК сначала нужна судебная проверка, а потом уже проведение обыска, поэтому представляется необходимым утвердить запрет на использование подобных доказательств в процессе в очевидных случаях (LG Darmstadt StV 1993, 573; AG Braunschweig StV 2001, 393; Fezer, Rieß-FS, S.93; s. auch Beulke, ZStW 103 (1991), 673; Wecker, G., Beweisverwertungsverbote als Folge rechtswidriger Hausdurchsuchungen, 2001, S.189).

в) Запреты на производство обыска

Положения об обыске не содержат таких соответствующих норм, как § 97 УПК или §§ 52ff УПК (см. Rn 248). Поэтому возможно провести обыск в отношении лиц, обладающих правом отказа от дачи свидетельских показаний. Однако в рамках проведения обыска на предметы, не подлежащие выемке, распространяется запрет на производство выемки § 97 УПК, так что обыск очевидных предметов является недопустимым (KMR-Müller, § 103 Rn 3).

г) Случайные находки

Если в ходе обыска обнаружены предметы, которые не имеют отношения к расследованию данного дела, но указывают на совершение **другого уголовно наказуемого деяния**, то они согласно § 108 УПК должны быть изъяты. Но § 108 УПК не может действовать, когда существует запрет на производство выемки в отношении обнаруженных вещей. Также § 108 УПК мало подходит, когда должностные лица целенаправленно ищут предметы, чтобы затем лишить их характера «**случайной находки**» (vert. Wolter, in: Rudolphi-Symp, S.49ff).

XII. Установление личности, §§ 163b, 163c УПК

259 В целях уголовного преследования согласно §§ 163b, 163c УПК прокуратура и служащие полиции вправе принять меры для **установления личности** подозреваемого и неподозреваемого лица. При этом существуют различные требования к допустимости проводимых мероприятий, которые зависят от того, идет ли речь о подозреваемом или о другом лице.

XIII. Объявление в розыск, §§ 131ff УПК

259a § 131 УПК разрешает объявить в розыск обвиняемого с целью его задержания. При совершении преступлений, имеющих большое значение, возможно согласно § 131 III УПК объявить **розыск с участием общественности** (например, через телевидение и Интернет; dazu Pätzel, DriZ 2001, 24, 31). § 131a УПК регулирует объявление в розыск обвиняемого лица или свидетеля с целью установления его пребывания; § 131b УПК разрешает объявить в розыск аналогичных лиц путем распространения их изображений (zur gesamten Regelung aus verfassungsrechtlicher Sicht krit. Ranft, StV 2002, 38).

XIV. Контрольные пункты на улицах, § 111 УПК

260 При наличии подозрения в совершении определенного тяжкого преступления на улицах, площадях и в других общественно доступных местах могут создаваться **контрольные пункты**, если достоверные факты, указывающие на то, что эта мера будет направлена на задержание виновного или обеспечение сохранности соответствующих доказательств (§ 111 I 1 УПК). Если установлены контрольные пункты, то каждый, кто оказался на месте, обязан удостоверить свою личность и представить имеющиеся вещи для обыска (§ 111 I 2 УПК).

§ 111 УПК позволяет, таким образом, при помощи всеобщей проверки контролировать все, что происходит в общественных местах, и мы это связываем с понятием «полицейская облава». Однако уголовно-процессуальный кодекс не содержит нормы, которая специально бы уполномочивала должностных лиц на производство «полицейской облавы» (Einzelheiten bei Kühne, Rn 275f).

XV. Всеобщая полицейско-розыскная проверка, § 163d УПК

261 В рамках погранично-полицейского контроля или на контрольных пунктах в общественных местах согласно § 111 УПК поступающие данные о лицах, которые соответствуют поисковым критериям (например, мужчина, блондин, рост 180 см) без подозрения их в совершении преступления, возможно согласно § 163d УПК ввести в ЭВМ и сохранить. Затем провести **компьютерную обработку данных и сравнить** их с прежними данными, которые хранятся в органах, осуществляющих уголовное преследование. С помощью таких действий можно выбрать подозреваемого из круга других, неподозреваемых лиц.

XVI. Систематический розыск преступников при помощи электронной системы обработки данных, §§ 98a, 98b УПК

262 1. В результате принятия в 1992 г. закона по борьбе с организованной преступностью и преступлениями в сфере незаконного оборота наркотических средств (überblick hierzu bei Hilger, NStZ 1992, 457) в уголовно-процессуальном кодексе появились новые параграфы (§§ 98a, 98b УПК), которые предусматривают специальное правовое основание для **систематического розыска преступников при помощи электронной системы обработки данных**. Систематический розыск преступников при помощи электронной системы обработки данных – это автоматизированное сравнение персональных данных, которые были собраны не в целях уголовного преследования, а для других целей, и сохранены в файлах в **других учреждениях**, а не в органах уголовного преследования. Итак, это автоматизированное сравнение персональных данных с помощью специфических криминалистических критериев проверки. Цель – обнаружить круг лиц, которые соответствуют «**типу подозреваемого лица**». При этом § 98a I 1 УПК проводит различие между отрицательным автоматизированным сравнением, где целью является исключение неподозреваемых лиц из сферы деятельности, и положительным сравнением, которое направлено на установление личности, соответствующей значимым для расследования признакам проверки. Автоматизированное сравнение персональных данных является типичной формой массовой обработки данных, где в контрольный процесс вовлекаются данные большого количества неподозреваемых лиц. § 98a УПК требует **наличия начального подозрения** в смысле § 152 II УПК в совершении особо тяжкого **преступления, предусмотренного каталогом** § 98a I 1 УПК (например, преступление против жизни и здоровья), для соблюдения конституционного права на информационное самоопределение (ср. BVerfGE 65, lff). Кроме того, § 98a I 2 УПК предусматривает **условие субсидиарности**, так что при каждом подобном сравнении персональных данных необходимо проверять: является ли «установление обстоятельств дела или выяснение места нахождения обвиняемого другим способом значительно менее успешным или существенно затрудненным». Наряду с этим действует общий принцип соразмерности, который приводит к тому, что данное мероприятие допустимо, несмотря на иные более обещающие успех, но связанные с большими нагрузками меры (BT-Drucks. 12 /989, S.37; weitere Einzelheiten bei Wittig, JuS 1997, 961).

Сохраняющее информацию учреждение (по § 98a II УПК) обязано отобрать необходимые данные и передать их органам уголовного преследования. Согласно §§ 98a V, 95 II УПК выдача данных, а также их поддержка может быть осуществлена в принудительном порядке. По окончании мероприятия данные необходимо уничтожить (§ 98b III 2 УПК) или возвратить носитель данных в учреждение, хранящее подобную информацию (§ 98b III 1 УПК).

2. В противоположность рассмотренному выше мероприятию § 98c УПК регулирует особое **сравнение** данных при помощи техники, но только тех данных, которые получили **сами органы уголовного преследования** во время производства следственных действий по УПК. Особых процессуально-правовых оснований для этого не существует.

XVII. Использование технических средств, §§ 100c, 100d УПК

1. Фотографии и видеозаписи (§ 100c I № 1a УПК)

263 а) **Фотографии** и **видеозаписи обвиняемого** (например, видеоконтроль за его входной дверью) могут производиться без его ведома, если установление обстоятельств дела или выяснение места нахождения обвиняемого другим способом было бы менее успешно или затруднено. Спор о том, можно ли, сославшись на данное положение, проводить длительное наблюдение, например, наблюдение с помощью видеокамеры в течение шести недель за входной дверью обвиняемого (so BGHSt 44, 13, 15 m. zust. Anm. Amelung, NStZ 1998, 631; Satzger, JA 1998, 539; Hentschel, Jura 2001, 472; krit. Hefendehl, StV 2000, 270; Rogall, JZ 1998, 796), был разрешен при принятии § 163f УПК (см. Rn 33a).

б) Если мероприятие направлено в отношении **других лиц**, то оно допустимо только тогда, когда установление обстоятельств дела или выяснение места нахождения обвиняемого другим способом было бы **значительно менее** успешно или **существенно** затруднено (§ 100c II 2 УПК). Если неизбежно затрагиваются интересы других лиц, то возможно на основании § 100c III УПК проводить данное мероприятие без дальнейших ограничений.

2. Прочие особые определенные технические средства, предназначенные для наблюдения (§ 100c I № 1b УПК)

264 а) **В отношении обвиняемого** в целях наблюдения возможно использовать прочие особенные технические средства для установления обстоятельств дела или выяснения места нахождения обвиняемого (например, **извещатель передвижения, радиопередатчик**, сателитовая система определения местоположения), **если предметом расследования является преступление, имеющее большое значение, и если установление обстоятельств дела или выяснение места нахождения обвиняемого другим способом было бы менее успешно или затруднено (§ 100c I № 1b УПК)** (grundlegend zur Observation mittels GPS BGHSt 46, 266; abl. BeRn smann, StV 2001, 382). Длительные наблюдения подпадают под дополнительные основания § 163 f УПК (см. Rn 233).

б) Если мероприятие производится в отношении **других (третьих) лиц**, особенно в отношении контактного с обвиняемым лица (например, родственники, друзья), то необходимо принимать во внимание основания § 100c II 3 УПК.

Если интересы других лиц **неизбежно** затрагиваются при проведении мероприятия, то оно всегда проводится, если только выполняются основания § 100c I УПК в отношении обвиняемого (§ 100c III УПК).

3. Прослушивание и запись конфиденциального слова, или «малое подслушивание» (§ 100c I № 2, 3 УПК)

а) «Малое подслушивание» (§ 100c I № 2 УПК)

Так называемое «малое подслушивание» урегулировано § 100c I № 2 УПК. Оно 265
распространяется, исходя из сравнения с № 3, только на конфиденциальное слово **за пределами жилища**. «Малое подслушивание» в отношении **обвиняемого** наряду с требованием условия субсидиарности (расследование другим способом невыполнимо или существенно затруднено) предполагает наличие определенных фактов, обосновывающих подозрение, что кто-то совершил преступление, предусмотренное **каталогом преступлений** в § 100a УПК (§ 100c I № 2 УПК). Вместе с тем правовое регулирование тесно связано с регулированием прослушивания телефонных переговоров в соответствии с § 100a УПК (см. Rn 254), так что толкование может следовать по тем же уже разработанным принципам (Hilger, NStZ 1992, 462).

Под «малое подслушивание» подпадает также прослушивание разговоров в комнате для посетителей в учреждении по отбыванию предварительного заключения (BGHSt 44, 138 (Fall Safwan Eid) m. Anm. Roxin, NStZ 1999, 150 u. Duttge, JZ 1999, 261), а также в автомобиле обвиняемого лица (BGH JR 1998, 162).

Исходя из дословного текста § 100c I № 2 УПК содержит конклюдентное полномочие на проведение подготовительных и сопроводительных мероприятий, которые, безусловно, типичным образом связаны с прослушиванием или вмешиваются только незначительно в правовой круг заинтересованного лица, например, открытие автомобиля для установления «жучка» (BGH JR 1998, 162 m. Anm. Heger; Gropp, JZ 1998, 501; Martensen, JuS 1999, 433; Schneider, NStZ 1999, 388; noch weitergehend Lesch, 4/116). Соответственно эти положения действуют также и при § 100c I № 3 УПК (см. Rn 266).

Для целенаправленного подслушивания **других лиц** действуют особые основания § 100c II 3 УПК. Если интересы другого лица неизбежно затрагиваются, то необходимо выполнить только незначительные основания в отношении обвиняемого (§ 100c I УПК), § 100c III УПК (для ограничения в соответствии с Конституцией применяется по аналогии § 97 УПК hingegen Duttge, JZ 1999, 264).

Для применения прослушивающих и записывающих на пленку устройств в смысле § 100c I № 2 УПК необходимо получить разрешение судьи, при опасности в промедлении достаточно также постановления о производстве данного мероприятия, вынесенного прокурором или его помощниками (§ 100d I 1 УПК).

Значительным является сформулированный в § 100d V 1 УПК **запрет на использование**: личная информация, которая была получена в результате подслушивания согласно § 100c I № 2 УПК, может быть использована **в другом уголовном процессе** в целях доказывания только в том случае, если при оценке получаются результаты, необходимые для расследования предусмотренного § 100a УПК пре-

ступления (перечень преступлений при прослушивании телефонных переговоров, см. Rn 254).

б) «Большое подслушивание» (§ 100c I № 3 УПК)

266 Так называемое «большое подслушивание» – прослушивание и запись разговоров **в жилище** (§ 100c I № 3 УПК). Полномочие на проведение подобного мероприятия следует из ст.13 III-VI ОЗ. Для прослушивания в жилище необходимо наличие специальных оснований, когда кто-либо подозревается в совершении особо тяжкого преступления, непосредственно предусмотренного в законе, например, убийство с отягчающими обстоятельствами, кража, совершенная бандой, разбой с отягчающими обстоятельствами.

К жилой сфере относят (наряду с жилищем в общепринятом значении) рабочие и служебные помещения (BGHSt 42, 372, 374), а также палисадники рядом с жилыми домами (BGH NStZ 1998, 157).

Учитывая серьезное вмешательство в частную сферу заинтересованного лица, законом предусматривают требования соразмерности, т.е. то, что при проведении аудионаблюдения за жилищем существуют конкретные данные, что в наблюдаемом помещении в период проведения мероприятия будут идти разговоры, имеющие значение для процесса, которые возможно использовать в других процессах (LG Bremen StV 1998, 525).

По общему правилу «большое подслушивание» осуществляется в жилище обвиняемого (§ 100c II 4 УПК), и только при наличии особых оснований допустимо также и в жилище других лиц (§ 100c II 5 УПК).

Согласно § 100d II УПК вопрос о проведении аудионаблюдения за жилищем решает **отделение суда земли, рассматривающее дела, связанные с преступлениями против охраны государства** (§ 74a закона о судоустройстве), а при опасности в промедлении – председательствующий. Данное следственное действие может быть назначено на срок не более чем на четыре недели, возможно также продление, § 100d IV УПК.

Для лиц, обладающих свидетельским иммунитетом в соответствии с § 53 УПК, действует абсолютный, а для лиц, перечисленных в §§ 52, 53a УПК, с учетом приниципа соразмерности действует в ограниченном объеме запрет на сбор доказательств и их использование в процессе (§ 100d III УПК). **Следующий запрет на использование в уголовном процессе доказательств** содержится в § 100d V 2 УПК. Он связан с различиями между «малым подслушиванием» и предусмотренным в § 100c I № 3 УПК каталогом преступлений.

Кроме того, следует учитывать, что во многих законах земель о деятельности полиции (ähnlich § 16 BKAG) существуют полномочия для проведения «большого подслушивания» в целях превенции. До тех пор пока не были выполнены требования, содержащиеся в нормах УПК на вмешательство в основные права, нельзя было использовать полученные ранее данные в уголовном процессе (Bockemühl, JA 1996, 695; krit. Krey, JR 1998, 1). Теперь эта возможность использования законодательно предусмотрена в § 100f II УПК (см. Rn 105). Также нужно учитывать то, что, по крайней мере, по мнению судебной практики допустимо рассматривать эти данные как повод для дальнейшего расследования (BGH StV 1996, 185 (Blockhüttenfall) m. abl. Anm. Köhler u. Welp, NStZ 1995, 602; krit. zu dieser FeRn wirkungsproblematik u. Rn 476, 482).

Vert. Eisenberg, Rn 2439ff; Krause, Hanack-FS, S.221; Meyer /Hetzer, NJW 1998, 1017, 1024; SK-Rudolphi /Wolter, § 100c Rn 10ff; zur Kritik Denninger, StV 1998, 401; Dittrich, NStZ 1998, 336; Momsen, ZRP 1998, 459; Mozek, M., Der «große Lauschangriff», 2001; Roxin, § 10 Rn 24a.

XVIII. Внедрение тайного агента, §§ 110a ff УПК

Тайные агенты – это служащие полиции, которые принимают участие в расследовании под чужим именем (легендой) в течение длительного времени (§ 110a II 1 УПК). **267**

Признак «длительность» позволяет разграничить тайного агента от т. н. «негласных служащих полиции, принимающих участие в расследовании» (NOEP), деятельность которых не регулируется §§ 110a ff УПК (см. Rn 424). При длительности речь идет не только о временном критерии. В большей мере это оценивается согласно соответствующему поручению на осуществление расследования. Но распространяется ли его действие за рамки отдельного, конкретно определенного следственного мероприятия с учетом всех обстоятельств дела, требуется ли заблуждение неопределенного количества лиц в отношении личности полицейского, необходима ли его защита и сохранение в тайне его имени для будущего (BGHSt 41, 64, 65 m. Anm. Beulke /Rogat, JR 1996, 520)?

Тайного агента возможно использовать для расследования дела только **в случаях, непосредственно предусмотренных в § 110a I УПК** (альтернативно), т.е.:

- когда существуют достаточные фактические данные, что было совершено преступление, имеющее большое значение и входящее в **каталог § 110a УПК**, расследование которого иным способом невыполнимо или существенно затруднено;
- для обнаружения **преступления**, если на основе определенных фактов существует опасность **повторения противоправного деяния** и если расследование другим способом невыполнимо или существенно затруднено;
- для раскрытия **преступления**, в силу особенного значения которого **осуществление иных мероприятий является бесперспективным**.

Решение о внедрении тайного агента принимает полиция, но необходимо получить согласие прокуратуры (§ 110b I УПК). Нужно согласие судьи для внедрения тайного агента, деятельность которого направлена в отношении конкретного обвиняемого, или когда тайный агент входит в жилище, в которое свободный доступ для всех лиц закрыт (§ 110b II УПК) (weiterführend BGHSt 42, 103, 105 m. krit. Anm. Weßlau, StV 1996, 579 u. BeRn smann, NStZ 1997, 250; Zaczyk, StV 1993, 490).

Тайные агенты даже при использовании своих легенд могут входить в жилище только с согласия законного владельца (§ 110c S.1 УПК). Здесь возникает проблема: может ли тайный агент для сохранения в силе своей легенды совершать т. н. **преступления, обусловленные окружающей обстановкой**. Поскольку в этом отношении § 110c S.3 УПК отсылает только к правам, предусмотренным УПК и «иными правовыми инструкциями», то получается, что тайному агенту не предоставлены никакие специальные привилегии (dazu Gropp, ZStW 105 (1993), 421; Hettinger, S.87; Lesch, StV 1993, 94ff; Nitz, JA 1999, 418; Ranft, Jura 1993, 450; Schwarzburg, NStZ 1995, 469; см. Rn 288).

По общей проблематике внедрения тайного агента см. Rn 423ff; по использованию информации, полученной тайным агентом, см. Rn 481a ff.

Решение задачи 28. а) Перечень мер принуждения см. Rn 233. **268**

б) А. можно привлечь к ответственности за незаконное лишение свободы (§ 239 УК) и за принуждение (§ 240 УК). Однако его действия возможно оправдать. Основанием, исключающим ответственность, выступает **право на задержание** согласно § 127 УПК (aA BGH

NJW 1981, 745 und die hL). A. не подлежит уголовной ответственности вследствие неизбежного заблуждения относительно наличия обстоятельств, исключающих ответственность, которое проявляется в его вине в виде умысла.

в) Основанием, исключающим ответственность за §§ 239, 240 УК, является право на задержание согласно § 127 I УПК. Но § 127 I распространяет свое действие на одновременное причинение вреда здоровью (§ 223 УК), поскольку охватывает только связанное с любым задержанием причинение легких телесных повреждений. Однако основанием, исключающим ответственность А., выступает **§ 32 УК**, поскольку на Б. была возложена обязанность претерпеть все неблагоприятные последствия, связанные с правомерным задержанием. Его защита рассматривается в качестве противоправного посягательства, которое А. не мог иным образом предотвратить (vgl OLG Düsseldorf NJW 1991, 2716). Подробно см. Rn 234ff.

269 **Решение задачи 29.** В данном случае речь идет о поиске предметов в организме, для чего необходимо врачебное содействие, следовательно, это нужно классифицировать как **телесное освидетельствование** в смысле § 81a УПК, а не обыск в смысле § 102 УПК. Введение медицинского препарата, вызывающего рвоту, не требует никакого активного действия со стороны А., которое он даже и не обязан осуществлять. В большинстве случаев на А. возлагается обязанность претерпевать неблагоприятные последствия проводимого мероприятия. Поскольку оно было осуществлено врачом и нет угрозы здоровью, то **§ 81a УПК** допускает подобное вмешательство, если только не нарушается **человеческое достоинство** или **принцип соразмерности**. Одно такое обстоятельство, как введение в организм рвотного средства, не является нарушением человеческого достоинства. Однако в данном случае, возможно, нарушен принцип соразмерности, поскольку мероприятие преследовало только одну цель: изобличить мелкого продавца наркотиками (подробно см. Rn 241).

270 **Решение задачи 30.** Вынесение постановления о взятии пробы крови на анализ в целях проведения **анализа ДНК** допустимо в отношении обвиняемого только на основании § 81a УПК в сравнении с § 81e I 1 УПК. При отсутствии конкретных фактических данных в виновности А. он не является обвиняемым и не приобретает этот статус в результате отказа от проведения данного мероприятия. В этом случае полиция ссылается на ошибочное правовое основание. При наличии оснований, предусмотренных § 81c II УПК, допустимо также взять пробу крови на анализ не только у обвиняемого, но также у иных лиц. Поскольку в случае с водителями «порше» в Мюнхене речь идет об обозримом количестве водителей данной марки машины, то является правомерным взять **анализ ДНК** в соответствии с §§ 81c II, 81e I 2 УПК (подробно см. Rn 242).

271 **Решение задачи 31.** а) Принципиально на всю переписку обвиняемого со своим защитником распространяется **запрет на производство выемки** (§§ 97 I №1, 53 I № 2 УПК). Эта задача примечательна тем, что к моменту изъятия переписка находилась не у защитника, лица, обладающего свидетельским иммунитетом. Исходя из буквального толкования § 97 II 1 УПК выемка допустима. Однако на практике здесь действует запрет на производство выемки, который следует из преимущественного применения § 148 УПК.

б) В принципе здесь также существует запрет на производство выемки согласно §§ 97 I № 1, 53 I № 2 УПК. Но положения § 97 II 3 УПК относительно ограничений на производство выемки не действуют, если лицо, обладающее свидетельским иммунитетом (в частности, защитник), подозревается в **укрывательстве преступника с целью воспрепятствования наказанию**. В данном случае существует подозрение в укрывательстве, поэтому

выемка допустима. Однако правильнее было бы применять запрет на производство выемки, поскольку § 148 I УПК содержит общее требование о свободном общении между защитником и его клиентом, а ограничение этого положения вступает в противоречие с § 148 II УПК (подробно см. Rn 248f).

Решение задачи 32. В соответствии с § 102 УПК возможно провести **обыск** у подозреваемого. Однако обыск в квартире подозреваемого в совершении преступления лица может проводиться как с целью задержания подозреваемого, так и тогда, когда следует предполагать, что производство данного мероприятия может привести к обнаружению доказательств. **Обыск в отношении третьих лиц** допустим только при наличии строгих оснований, предусмотренных в § 103 УПК. Здесь аналогичным образом интерпретируют жилище и иные помещения, как и в § 102 УПК. Это – все помещения, где находится подозреваемый независимо от того: является ли он владельцем или совладельцем, или проживает в квартире, собственниками которой являются его родители (BGH NStZ 1986, 84f). Согласно § 105 I УПК постановление о производстве обыска выносит по общему правилу судья, а при опасности в промедлении также прокуратура и ее помощники. В задаче постановление может вынести (конклюдентно) комиссар – помощник прокуратуры, поскольку, учитывая поведение родителей, можно обосновать опасность в промедлении. Значит, обыск был правомерным. При производстве обыска возможно также взломать дверь, поскольку он оправдывает применение непосредственно связанных с производством данного следственного действия принудительных мер (подробно см. Rn 255ff). 272

§ 13. Предпосылки процесса

Задача 33. а) Какие предпосылки процесса вы знаете?

б) Какое выносится решение, если существуют окончательные основания, препятствующие дальнейшему проведению процесса?

Задача 34. А предстал перед судом по обвинению в управлении дорожно-транспортным средством в нетрезвом состоянии (§ 316 УК). Однако не было вынесено постановление об открытии судебного разбирательства. Это обстоятельство было замечено только во время судебного следствия, и тогда судья вынес решение об открытии судебного разбирательства. А. отказывается от соблюдения срока между вручением повестки об открытии судебного разбирательства и судебным заседанием (§ 215 iVm § 217 III УПК). Может ли судья продолжать судебное разбирательство и вынести приговор по данному делу?

Задача 35. Полицейский П., тайный агент, в течение шести месяцев просит А. достать ему из-за рубежа кокаин. До этого А. ни разу не привлекался к уголовной ответственности. Сначала он отказывал П., но потом не смог противостоять просьбам тайного агента вследствие большого соблазна получить «невероятно большую прибыль». Возможно ли А. привлечь к уголовной ответственности за недозволенный импорт наркотических средств?

I. Общие положения

273 1. **Предпосылки процесса** или процессуальные предпосылки – это условия допустимости вынесения (**оправдательного или обвинительного**) приговора по делу. Преимущественно речь идет об условиях, наличие которых необходимо для дальнейшего развития процесса, т.н. **позитивные предпосылки процесса** (например, наличие жалобы потерпевшего по преступлению, преследуемому по данной жалобе). Наряду с этим существуют иные **обстоятельства, которые не должны присутствовать при дальнейшем развитии процесса** (в частности, нахождение дела в ином судопроизводстве). Такие условия часто обозначаются как обстоятельства, препятствующие дальнейшему ведению процесса (vert. Meyer-Goßner, Rieß-FS, S. 330; 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 809).

2. Сущность процессуальных предпосылок заключается в **возможности** дальнейшего развития всего процесса или его прекращения. При отсутствии позитивной процессуальной предпосылки или при наличии обстоятельства, препятствующего проведению процесса, нельзя вынести решение по существу дела. В большинстве случаев процесс следует прекратить иным способом – вынести судебное решение о прекращении процесса из-за отсутствия необходимых предпосылок для его ведения (см. Rn 290ff).

3. Наличие или отсутствие предпосылок процесса **следует проверять по общему правилу на каждой стадии процесса по долгу службы**, т.е. с момента возбуждения уголовного дела прокуратурой или полицией и до вынесения решения, вступившего в законную силу, об окончании процесса. Если, в частности, противоправное деяние было совершено ребенком, не достигшим возраста уголовной ответственности, то прокуратура в принципе не должна начинать дознание. При уже возбужденном уголовном деле необходимо его немедленно прекратить. Следует учитывать предпосылки процесса также в суде второй инстанции (исключение, в частности, § 16 УПК).

4. По общему правилу проверка процессуальных предпосылок происходит в **свободном порядке представления доказательств**, т.е. без связи с предусмотренными УПК доказательствами (BGHSt 46, 349, 351; см. Rn 180; krit. dazu Roxin, § 21 Rn 22).

5. Проблематичным является момент: в каком объеме следует применять **принцип «in dubio pro reo»** к предпосылкам процесса[4]. Если раньше считали невозможным реализацию данного принципа в этом отношении, то сегодня юридическая наука с полным основанием признает его применение, где принимаются во внимание особенности той или иной процессуальной предпосылки (BGHSt 46, 349, 352 m. Anm. Verrel, JR 2002, 212; KK-Tolksdorf, § 206a Rn 8).

Пример. При отсутствии точного определения времени совершения преступления затруднительно выяснить, подлежит ли лицо освобождению от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности.

В данном случае возникает спорная ситуация о наличии фактических оснований для обстоятельства, препятствующего ведению процесса (§ 78 УК). Руководствуясь соображениями охраны прав и неприкосновенности граждан, следует применить принцип «все сомнения толкуются в пользу обвиняемого». Необходимо прекратить процесс. Однако Верховный суд ФРГ предостерегает от шаблонного применения данного принципа при анализе других предпосылок процесса (BGHSt 18, 274, 277).

6. С предпосылками процесса не следует смешивать:

– **объективные условия наказуемости**, которые принадлежат материальному праву, и

[4] «In dubio pro reo» значит «все сомнения толкуются в пользу обвиняемого».

– основания процессуальных **действий**, которые касаются только допустимости или действительности отдельных процессуальных действий (см. Rn 296ff).

II. Самые важные предпосылки процесса

1. Сфера действия немецкой юрисдикции

Перечисленные в §§ 18 – 20 закона о судоустройстве лица, например, дипломаты, освобождены от сферы действия немецкой юрисдикции. В отношении них нельзя осуществлять уголовный процесс. Аналогично необходимо действовать, если согласно §§ 3ff УК не применяется немецкое уголовное право (BGHSt 34, 1, 3; OLG Saarbrücken NJW 1975, 506, 509). 274

2. Судебный порядок рассмотрения дела, § 13 закона о судоустройстве

Согласно § 13 закона о судоустройстве должен быть определен судебный порядок рассмотрения **уголовного дела**. В уголовном процессе возможно также рассмотреть нарушения общественного порядка, связанные с преступлением (§ 82 закона об административных правонарушениях). 275

3. Предметная и территориальная подсудность уголовных дел

Подробно см. Rn 36ff.

4. Возраст, с которого наступает уголовная ответственность

Согласно § 19 УК дети, не достигшие четырнадцатилетнего возраста, **невменяемы** и, соответственно, не подлежат уголовной ответственности. 276

5. Способность участвовать в разбирательстве дела

Способность участвовать в разбирательстве дела не соответствует гражданской процессуальной дееспособности и не предполагает наличие гражданско-правовой дееспособности (BGH NStZ 1983, 280). Ее определяют как **способность обвиняемого благоразумно защищать свои интересы в судебном разбирательстве и за его пределами, осуществлять защиту понятным и разумным способом, а также делать и принимать заявления в процессе** (BGHSt 41, 16, 18; krit. Rath, GA 1997, 214). В случае выявления уже на стадии дознания длительной недееспособности прокуратура может возбудить **производство о назначении мер безопасности и исправления** согласно §§ 413ff УПК. При обнаружении длительной недееспособности только после открытия судебного разбирательства процесс следует прекратить и при необходимости возбудить новое производство о назначении мер безопасности (BGHSt 46, 345 m. zust. Anm. Gössel, JR 2001, 521; str.). 277

6. Отсутствие иммунитета

278 Неприкосновенность депутатов от уголовного преследования распространяется в течение срока действия депутатского мандата. Это отражено в ст. 46 II и IV ОЗ для членов бундестага и в § 152a УПК, а также в соответствующих статьях конституций земель для членов земельных парламентов. Однако следует учитывать, что парламент, предоставляющий неприкосновенность своим членам, может дать согласие на осуществление уголовного преследования (ср. ст. 46 II ОЗ; LR-Beulke, § 152a Rn 4).

7. Отсутствие иного судопроизводства по делу

279 Дело не может одновременно находиться в нескольких судопроизводствах. **В каком судопроизводстве находится дело**, определяется **постановлением об открытии судебного разбирательства** (BGHSt 29, 341, 343; aA Roxin, § 38 Rn 9: получение обвинительного заключения), поскольку с этого момента государственное обвинение не может быть отозвано прокуратурой после начала судебного разбирательства, § 156 УПК.

8. Отсутствие противоречащего решения суда, вступившего в законную силу

280 Преступление в процессуальном смысле является неоконченным, если приговор по нему **не вступил в законную силу**, иначе это могло бы привести к запрету в ст. 103 III ОЗ двойного наказания за одно и то же преступление (**ne bis in idem** – невозможность повторного осуждения за одно и то же преступление). Действует **правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании** (например, §§ 153a I 5, 211 УПК).

Статья 103 III ОЗ защищает немецких граждан от осуществления над ними уголовного преследования **за рубежом**, но не от (повторного) наказания **внутри страны** (см. также § 153c I № 3 УПК). Однако в результате международного соглашения принцип невозможности повторного осуждения за одно и то же преступление действует только в виде исключения по отношению к приговорам и иным **судебным** решениям, которые были приняты в другом государстве. Например, для государств Шенгенского соглашения особое значение имеет ст. 54 договора о выполнении Шенгенского соглашения (BGBl II 1993, S.1013; dazu BGH NJW 1999, 1270 (Fall Transactie); BGHSt 45, 123 (Fall Lacour) m. Anm. Kühne, StV 1999, 480; vert. LR-Beulke, § 153c Rn 9; Hecker, StV 2001, 306; Radtke/Busch, EuGRZ 2000, 421; s. auch das Gesetz zu dem übereinkommen zwischen den Mitgliedsstaaten der EG über das Verbot der doppelten Strafverfolgung vom 11.9.1998, BGBl II S.2226; zur Gesamtproblematik Satzger, S. 685ff).

9. Неистечение сроков давности уголовного преследования

281 Истечение сроков давности уголовного преследования (§§ 78ff УК) является основанием, препятствующим ведению процесса (vgl S /S-Stree /SteRn berg-Lieben, Vorbem. § 78 Rn 3 mwN; s. auch Rn 9).

10. Нет прекращения производства по уголовному делу

282 Существует две формы прекращения производства по делу: **единичное прекращение** касается только одного определенного процесса; с точки зрения конституции, оно недопустимо.

Массовое прекращение уголовных дел – это предоставление **амнистии** в отношении неопределенного количества преступлений на основании соответствующего закона об амнистии. Амнистия является как материально-правовым основанием освобождения от наказания, так и обстоятельством, препятствующим ведению процесса (BGHSt 24, 262, 265; str.).

11. Жалоба потерпевшего с целью возбудить уголовное дело, полномочие для осуществления уголовного преследования, требование уголовного преследования (§§ 77ff УК)

В отношении некоторых составов преступлений наличие **жалобы потерпевшего**, специального полномочия или требования является необходимым основанием для осуществления уголовного преследования, в частности, в отношении §§ 247, 248a, 194 IV, 104a УК. 283

При наличии **особого общественного интереса** в осуществлении уголовного преследования не требуется наличия жалобы со стороны потерпевшего, а прокуратура обязана по долгу службы под свою личную ответственность расследовать преступление (в частности, при причинении вреда здоровью согласно §§ 223, 229 УК, ср. § 230 УК). Со своей стороны, суд не должен проверять наличие особого общественного интереса в осуществлении уголовного преследования (BGHSt 16, 225, 230; BayObLG NJW 1991, 1765; Tröndle /Fischer, § 230 Rn 4; sehr str. – aA ua LG München StV 1990, 400; Fezer, 1 Rn 67f; Kröpil, NJW 1992, 654).

Применительно к предпосылкам процесса при наличии общественного интереса по осуществлению уголовного преследования по преступлениям, преследуемым по частному обвинению (§ 376 УПК), см. Rn 591.

12. Наличие действительного постановления об открытии судебного разбирательства

При отсутствии письменного **постановления об открытии судебного разбирательства** или если в нем обнаружены грубые недостатки, постановление является недействительным, и это рассматривается обстоятельством, препятствующим ведению процесса. По общему правилу процесс следует прекратить. Однако остается спорным момент: возможно ли исправить процессуальную ошибку, устранить все недостатки и вынести постановление об открытии судебного разбирательства уже на судебной стадии. 284

а) Возможность вынесения постановления об открытии судебного разбирательства уже во время судебного разбирательства, поскольку раньше оно отсутствовало или в нем были обнаружены грубые недостатки

Если **до начала** судебного разбирательства обнаруживается отсутствие какого-либо документа (или грубая ошибка), то согласно распространенной позиции в литературе суд может дополнительно вынести затем решение об открытии судебного разбирательства (OLG Düsseldorf MDR 1970, 783). Но проблематичен следующий момент: возможно ли вынести постановление об открытии судебного разбирательства уже после его начала. Наличие противоположных мнений связано с неоднозначным пониманием защиты прав обвиняемого.

Верховный суд ФРГ и господствующая позиция в литературе допускают возможность принять данное постановление также уже и **во время судебного разбирательства** (BGHSt 29, 224, 228ff; Schroeder /Meindl, Fall 1, S.10; Pfeiffer, § 207 Rn 11; KMR-Seidl,

§ 203 Rn 9; offen LR-Rieß, § 207 Rn 45a). Однако это не действует для суда второй инстанции (BGHSt 33, 167, 168; OLG Zweibrücken StV 1998, 66; Naucke, JR 1986, 120).

Немногочисленные исследователи (SK-Paeffgen, § 207 Rn 27; Meyer-Goßner, JR 1981, 215; Ranft, Rn 1374) выступают за **невозможность вынесения решения об открытии судебного разбирательства уже после его начала**. В судебном разбирательстве речь идет о решении, в принятии которого также должны участвовать шеффены. Но они не участвуют в производстве по преданию обвиняемого суду при вынесении постановления об открытии судебного разбирательства. Когда господствующая позиция разрешает проблему, она исходит при вынесении данного постановления из приостановления судебного разбирательства и принятия решения без участия шеффенов (KMR-Seidl, § 207 Rn 25). Это является своеобразным обходом §§ 30 II, 76 I 2 закона о судоустройстве (s.o. Fall 9 mit Rn 62). Поэтому представляется более правильным прекратить производство по делу согласно § 260 III УПК посредством вынесения приговора (см. Rn 290). Поскольку речь идет об устранимом препятствии процесса, то в результате вынесения приговора правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании, не действует (см. Rn 503). Поэтому прокуратура вправе предъявить обвинение снова.

б) Устранение незначительных ошибок в постановлении об открытии судебного разбирательства

Несмотря на обнаружение в постановлении об открытии судебного разбирательства **незначительных** ошибок, оно является действительным и (сначала) обязательным. Ошибки возможно исправить уже в судебном разбирательстве (OLG Karlsruhe JR 1991, 37; s. auch Rn 362).

13. Наличие действительного обвинения

285 Согласно § 200 I УПК всегда должно быть **действительное обвинение**. Здесь необходимо также различать **недействительность и просто ошибочность**. При решении вопроса: присутствует ли в данном случае недействительность, – следует руководствоваться функциями обвинительного заключения:

– его **содержательная функция** определяет предмет процесса. Содержание обвинительного заключения – это результат требования невозможности повторного осуждения за одно и то же преступление (ст. 103 III ОЗ). **Остается неясным, к какому лицу и к какому конкретному обстоятельству дела относится обвинение, и насколько законным было бы соответствующее осуждение**, если существует **недействительное обвинение** (s. BGHSt 46, 130, 133 m. zust. Anm. Krack, JR 2001, 423; BGH GA 1980, 108f). В соответствии с господствующим правилом возможно **устранять** даже существенные **недостатки** в суде первой инстанции на стадии судебного разбирательства (K /M-G, § 200 Rn 26). Тем не менее от этого следует отказаться, так как в большинстве случаев должны действовать те же правила, что и при вынесении решения об открытии судебного разбирательства, т.е. отсутствует невосполнимая в последующем предпосылка для развития данного процесса (Geppert, NStZ 1996, 62; LR-Rieß, § 200 Rn 57a; SK-Paeffgen, § 200 Rn 29; Schäpe, M., Die Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschluß und ihre Heilung im späteren Verfahren, 1997, S.75f);

– **информационная функция** обвинительного заключения состоит в том, чтобы сообщить обвиняемому и суду необходимые для защиты и для дальнейшего развития про-

цесса знания о конкретном обвинении и о правовой оценке деяний подсудимого, которые сформулировала прокуратура в обвинительном заключении. Она гарантирует обвиняемому его право на судебное слушание (ст. 103 I ОЗ). Недостатки, связанные с информационной функцией (например, неполнота существенного результата расследования), **не приводят к недействительности** обвинения и не являются обстоятельством, препятствующим ведению процесса. В соответствии с господствующим мнением они могут быть устранены на стадии судебного разбирательства и по общему правилу в результате ссылки суда на § 265 УПК (BGHSt 40, 390, 392; KMR-Seidl, § 200 Rn 56; Kuckein, StraFo 1997, 33; abw. OLG Schleswig NStZ-RR 1996, 111 u. LG Dresden StV 1996, 203; s. auch Müller-Christmann, JuS 1996, 338; 1997, 158). Если суд замечает ошибку в производстве по преданию обвиняемого суду, то он обязан и вправе отказаться от вынесения постановления об открытии судебного разбирательства, если только прокуратура отказывается от устранения недостатков (LR-Rieß, § 200 Rn 59a; str.).

В § 200 1 УПК рассмотрены особые проблемы, возникающие в случае «продолжаемого преступления» при обвинении в совершении многих идентичных деяний, которые необходимо описать каждое в отдельности. В соответствии с новой судебной практикой, чтобы избежать пробелов в осуществлении уголовного преследования, содержательная функция обвинения в отношении серийных преступлений из сексуальной сферы уже тогда выполнена, когда в обвинительном заключении указывается потерпевший преступления, в общих чертах способ совершения, конкретное время и количество преступных деяний, образующих предмет обвинения (BGHSt 40,44, 46; BGH StV 1998,469; BGH NStZ 1999, 520; BGHSt 46, 130, 133 m. Anm. Krack, JR 2001, 423; OLG Hamm StraFo 2001, 92; OLG Hamm wistra 2001, 236; s. auch Rn 522). В свою очередь, большее значение в данных процессах приобретает **информационная функция**. Так, суд обязан разъяснить подсудимому и его защитнику (см. Rn 384), какую последовательность событий он собирается положить в основу дальнейшего процесса, сразу же, как только появилась возможность уточнения сначала не индивидуализированного отдельного деяния (BGHSt 44, 153, 156f; dazu Martin, JuS 1999, 506; BGH NJW 1999, 802; s. auch BGH StV 1998, 474 m. Anm. Hefendehl; zusammenfassend Altvater, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.495; Rohleder, Ch., Die Folgen des Wefgalls der fortgesetzten Tat bei sexuellem Mißbrauch, 2001).

14. Смерть подсудимого как обстоятельство, препятствующее ведению процесса

Общепризнано, что после смерти подсудимого нельзя вынести решение по суще- **286**
ству дела. Однако является спорным момент: заканчивается ли процесс таким образом сам по себе (so noch BGH NStZ 1983, 179) или необходимо вынести формальное решение о прекращении процесса (so die neuere Rspr BGHSt 45, 108, 110 m. Anm. Jahn /Becker, JA-R 2000, 115; Kühl, Meyer-Goßner-FS, S. 715).

15. Чрезмерно длинная продолжительность ведения процесса

Является проблематичной возможность рассмотрения в качестве **процессуально-** **287**
го препятствия чрезмерно длинной продолжительности ведения процесса (от возбуждения уголовного дела и до вступления приговора в законную силу) в особых случаях по вине органов юстиции. Верховный суд ФРГ в обычных случаях считает ненадлежащим полное прекращение процесса и в целях компенсации за чрезмерно длинную продолжительность процесса предлагает перевести данный вопрос в **плоскость назначения и определения меры и размера наказания** (подробно см. Rn 26).

16. Провокационные действия со стороны полицейского провокатора как препятствие для ведения процесса

288 В случаях, когда **полицейский провокатор (agent provocateur)** недопустимым способом в течение продолжительного времени воздействует на преступника, толкая его на совершение преступления, возникает вопрос: не **осуществляет** ли государство тем самым свое **право на наказание**, побуждая лицо совершить преступление. Осуждение могло бы классифицироваться в данном случае как обход запрета на нарушение своего предыдущего поведения, а также как несоответствие требованиям правового государства. Поэтому большинство склоняется к обоснованию обстоятельства, препятствующего ведению процесса (so z.B. Dencker, Dünnebier-FS, S. 447; Lüderssen, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 883; Wolfslast, G., Staatlicher Strafanspruch und Verwirkung, 1995, S. 216ff). Конституционный суд ФРГ (NJW 1995, 651) признает в исключительных случаях следуемое из ст. 1 I ОЗ и принципа правового государства препятствие для дальнейшего развития процесса. Представляется, что и Европейский суд по правам человека придерживается подобной позиции (EGMR StV 1999, 127 (Fall Texeira de Castro) m. Anm. Kempf u. Sommer, NStZ 1999, 48; dazu auch BayO-bLG JR 2000, 256 m. krit. Anm. Küpper; Kinzig, StV 1999, 288). Верховный суд ФРГ также в некоторых своих ранних решениях в подобных случаях признавал наличие обстоятельства, препятствующего проведению процесса (ua BGH NJW 1981, 1626).

Но с принятием принципиального решения Верховным судом ФРГ (BGHSt 32, 345ff) подверглись изменениям его прежние взгляды, сегодня он признает **полицейскую провокацию** только как **смягчающее вину обстоятельство** и рассматривает данную проблему только в плоскости назначения и определения меры и размера наказания (BGHSt 33, 283 f; BGH NStZ 1995, 506; zust. im Schrifttum z.B. K /M-G, Einl. Rn 148). Также более новая судебная практика Европейского суда по правам человека не смогла склонить Верховный суд ФРГ при противоречащем конвенции внедрении провокатора решать этот вопрос не в плоскости назначения меры и размера наказания (BGHSt 45, 321 m. krit. Anm. Endriß /Kinzig, NStZ 2000, 271; Kudlich, JuS 2000, 951; Roxin, JZ 2000, 369; Sinner /Kreuzer, StV 2000, 114; BGHSt 47, 44, 47; krit. auch Kutzner, StV 2002, 277; zust. jedoch Lesch, JR 2000, 434).

Для своего обоснования судебная практика приводит следующие аргументы:

Полицейский провокатор не имеет права распоряжаться охраняемыми государством ценностями.

Обстоятельствами, препятствующими ведению процесса, могут быть только такие однозначно обозначенные законодателем обстоятельства, от наличия которых должен зависеть весь дальнейший ход развития процесса. Но в случае с провокацией отсутствуют достаточные данные для четко выраженной воли законодателя.

Обстоятельство, препятствующее ведению процесса, должно основываться на фактах (четко определенных) (BGHSt 24, 239, 240) и не может устанавливаться только в результате общей оценки всего события преступления на основе судебного разбирательства. Иное мнение не позволяет достаточно четко выделить случаи сильного воздействия полицейского провокатора, которые могли бы восприниматься как обстоятельства, препятствующие ведению процесса.

Данные аргументы убеждают, что само использование провокатора как такового не является препятствием для проведения процесса. Однако отклонение процессуального препятствия, с другой стороны, не влечет за собой принудительного наказания подстрекаемого. По общему правилу провокация рассматривается только как

фактор, учитываемый при определении меры наказания, но в особых случаях она должна быть признана в пользу подстрекаемого (хотя законодательно это не отрегулировано) **обстоятельством, исключающим вину** (Beulke, StV 1990, 183; iE ebenso Roxin, § 10 Rn 28; Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Rechtspflege, 3.A. 2000, S. 224; SK-Rudolphi, § 110c Rn 11; SK-Paeffgen, Anhang zu § 206a Rn 28; Wolter, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 963, 980; Hellmann, II § 3 Rn 90).

По общей проблематике см. KöRn er, § 31 Rn 214ff.

17. Предполагаемая вероятность наступления смерти как препятствие для развития процесса

289 Конституционный суд Берлина в случае с Honecker запретил дальнейшее продолжение судебного разбирательства, поскольку подсудимый не дожил бы до завершения процесса (BerlVerfGH NJW 1993, 515, 517). Тем не менее такого основания, препятствующего ведению процесса, не существует, поскольку значимыми также являются интересы общества по расследованию (см. Fall 1 mit Rn 12; abw. Limbach, B., Der drohende Tod als StrafverfahrenshindeRn is, 1998). Конституционный суд Берлина не признал в качестве препятствия для развития процесса достаточно преклонный возраст подсудимого (без конкретного предположения о смерти) (JR 1994, 382). Однако если на основании плохого состояния здоровья подсудимого предполагается с большой вероятностью, граничащей с уверенностью, наступление его смерти в ходе процесса, то из ст.2 II 1 ОЗ следует обстоятельство, препятствующее ведению процесса (BVerfG NJW 2002, 51; Müller-Christmann, JuS 2002, 592).

18. Нарушение принципа соразмерности – обстоятельство, препятствующее проведению процесса

289a В случае шпионажа (§ 99 УК) для бывших граждан ГДР Конституционный суд ФРГ при наличии определенных оснований обосновал обстоятельство, препятствующее ведению процесса, из конституционного принципа соразмерности, который находит свое отражение в принципе правового государства (BVerfGE 92, 277). Однако от данного представления следует отказаться. Оно не согласуется с требованием, что просто необходимо считаться с наличием или отсутствием такого обстоятельства, препятствующего ведению процесса (см. Rn 288). В соответствии со свободным усмотрением судов возможно в отношении каждого прекратить процесс из-за «непомерно» несоразмерного уголовного преследования. Констатация судьями такого обстоятельства, препятствующего ведению процесса, была бы равносильна по своему эффекту амнистии или помилованию. Однако приведение амнистии как препятствия для дальнейшего осуществления процесса – это компетенция законодателя (s. die zutreffende Kritik von Lampe, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S.449; Schlüchter /Duttge, NStZ 1996, 457; Volk, NStZ 1995, 367; eher skeptisch auch BayObLG NJW 1996, 669 – zur Problematik der verfassungsrechtlich abgeleiteten VerfahrenshindeRn isse generell Hillenkamp, NJW 1989, 2841).

III. Последствия отсутствия процессуальных предпосылок

290 Последствия отсутствия процессуальных предпосылок, а также наличия обстоятельств, препятствующих ведению процесса, зависят от стадии, в которой находится расследование уголовного дела, а также от того, являются ли они окончательными или нет. Временными и соответственно устранимыми обстоятельствами, препятствующими ведению процесса, будут, в частности, иммунитет, при определенных обстоятельствах недееспособность и согласно господствующей позиции отсутствие законного постановления об открытии судебного разбирательства.

1. Дознание

При наличии **окончательного** препятствия процесса прокуратура согласно **§ 170 II УПК** прекращает процесс, если она узнала об этом обстоятельстве на стадии дознания. При наличии **временного** обстоятельства, препятствующего ведению процесса, она может временно приостановить процесс **по аналогии и в соответствии с § 205 УПК**, если это обстоятельство необходимо устранить.

2. Производство по преданию обвиняемого суду

291 **После предъявления государственного обвинения** (направления обвинительного заключения в суд) суд обязан принять решение об открытии судебного разбирательства (§ 199 УПК). При этом он по долгу службы должен проверить предпосылки процесса. При наличии **окончательного** обстоятельства, препятствующего ведению процесса, суд принимает решение о том, что **судебное разбирательство открыть нельзя** (§ 204 УПК), если прокуратура до сих пор еще не прекратила процесс согласно § 170 II УПК с учетом отзыва обвинения (§ 156 УПК). В случае временного препятствия суд может принять решение о временном приостановлении производства по делу на основании **§ 205 УПК непосредственно или по аналогии**. Существуют особенности для случаев неподсудности, ср. §§ 209, 209a УПК.

3. Судебное производство

292 В судебном производстве при **временных**, возможно устранимых препятствиях процесса рационально только отложение дела или перерыв (§ 228 УПК). Процесс также может быть временно приостановлен по аналогии с § 205 УПК.

При констатации **окончательного** процессуального препятствия решение следует принимать, руководствуясь тем, состоялось или нет судебное разбирательство.

До или за пределами судебного разбирательства дело нужно прекратить согласно **§ 206a УПК**.

Пример. Вынесено постановление об открытии судебного разбирательства. В процессе подготовки к судебному разбирательству председательствующий изучает дело и устанавливает, что дело не подлежит рассмотрению в связи с истечением сроков давности. В связи с этим председательствующий не может назначить дату судебного разбирательства и в большинстве случаев должен прекратить процесс на основании § 206a УПК.

По общему правилу во **время судебного разбирательства** дело следует прекратить в результате вынесения приговора согласно § 260 III УПК.

Исключение. Вместо прекращения дела необходимо вынести приговор по существу, когда уже установлено, что подсудимого следует оправдать из-за отсутствия доказательств совершения преступления, поскольку только таким образом с него однозначно снимается любое подозрение в совершении уголовно наказуемого деяния (BGHSt 46, 131, 136 (dort auch zu Ausnahmen); K /M-G, § 260 Rn 44f; weitergehend Krack, JR 2001, 424; SteRn berg-Lieben, ZStW 108 (1996), 721).

Также существуют особенности в отношении предметной и функциональной неподсудности (ср. только §§ 225a, 269, 270 УПК).

Решение задачи 33. а) Особо важными предпосылками процесса являются (см. Rn 274ff): **293**

- предметная и территориальная подсудность уголовных дел,
- возраст, с которого наступает уголовная ответственность,
- способность участвовать в разбирательстве дела,
- отсутствие иного судопроизводства по делу,
- отсутствие противоречащего решения суда, вступившего в законную силу,
- неистечение сроков давности уголовного преследования,
- действительная жалоба со стороны потерпевшего по преступлению, преследуемому по данной жалобе,
- действительное обвинение и постановление об открытии судебного разбирательства.

б) Правовые последствия наличия окончательного препятствия для развития процесса зависят от стадии процесса:

- на стадии **дознания** следует прекращение процесса согласно § 170 II УПК;
- в **производстве по преданию обвиняемого суду** прекращение дела происходит путем вынесения судом определения об отклонении открытия судебного разбирательства, § 204 УПК;
- в **судебном производстве** за пределами судебного разбирательства процесс прекращается согласно § 206a УПК, а в судебном разбирательстве по общему правилу на основании приговора согласно § 260 III УПК.

Подробно см. Rn 290ff.

Решение задачи 34. Первоначально отсутствовала такая предпосылка процесса, как наличие действительного постановления об открытии судебного разбирательства (§ 207 УПК). Однако Верховный суд ФРГ (BGHSt 29, 224 и на следующих страницах) допускает **принятие решения об открытии судебного разбирательства уже в суде первой инстанции**, так что судья по уголовным делам при отказе в соблюдении срока вызова (§ 217 УПК) может в принципе продолжать судебное разбирательство и вынести приговор. Даже если суд только в судебном разбирательстве принял подобное решение, у него сохраняется контрольная компетенция, и приговор о прекращении дела не может устранить недостатки судебного разбирательства. Интересы подсудимого соблюдаются, поскольку он ознакомился с обвинительным заключением. **294**

Однако это аргументы не убедительны, получается, что суд обязан выносить постановление об открытии судебного разбирательства, когда оно уже фактически начато (Roxin, § 40 Rn 13). Достигается защитная функция решения об открытии судебного разбирательства только когда существует возможность прекратить процесс. Поэтому представляется более правильной позиция, в соответствии с которой необходимо вынести решение о прекращении производства по делу (§ 260 III УПК). Прокуратура может снова предъявить обвинение. Подробно см. Rn 284.

295 **Решение задачи 35.** Только немногочисленные исследователи на нынешний день признают провокационные действия **полицейского агента основанием, препятствующим проведению процесса**. Господствующая позиция исходит из **возможности смягчения наказания**, поскольку обстоятельство, препятствующее ведению процесса, должно основываться на четко определяемых фактах и не может устанавливаться только в результате оценки общего хода развития ситуации. В крайних случаях следует также обдумать это как основание, устраняющее вину. Однако Верховный суд ФРГ рекомендуетвозможность прекращения процесса согласно § 153 II УПК только для крайних случаев. В рассматриваемом случае он признал только смягчение наказания, что представляется рискованным ввиду интенсивного воздействия П. Подробно см. Rn 288.

§ 14. Процессуальные действия

Задача 36. а) Участковый суд выносит в отношении А. судебное решение. После этого, но до официального вручения решения суда в канцелярию участкового суда поступает письменное заявление от А.: «Я уже сейчас подаю жалобу на данное решение суда для случая, когда это решение уже принято или еще должно быть принято». Позже, когда ему официально вручили решение суда, А. больше ничего не предпринимал, поскольку, по ему мнению, данное письмо уже само по себе содержало действенное возражение против решения суда. Прав ли он?

б) Как следует рассматривать ситуацию, если решение суда было принято позже?

Задача 37. А. предстал в участковом суде по обвинению в совершении кражи (§ 242 УК). Он отрицает свою вину. В заключительной речи он просит суд вынести оправдательный приговор и ходатайствует – на случай, если суд считает совершение преступления доказанным, – о допросе своего друга Ф., который мог бы предоставить ему алиби на время совершения преступления. Допустимо ли данное ходатайство?

I. Понятие

296 На сегодня невозможно достичь единообразного понимания термина «**процессуальное действие**». Согласно господствующей точке зрения под ним следует понимать **все процессуально значимые действия независимо от вида** (vgl BGHSt 26, 384, 386; K/M-G, Einl. Rn 95). Другие причисляют к процессуальным только такие действия, которые влекут в соответствии с волей человека правовые последствия в процессе (Roxin, § 22 Rn 1). Для разрешения конкретных правовых проблем эти различия не важны. Решающим в большинстве случаев являются общие основания действительности (ebenso Ranft, Rn 1322). Определенные процессуальные действия имеют также последствия материально-правового характера (например, правомерное содержание под стражей как обстоятельство, исключающее ответственность, для §§ 239, 240 УК). В данном случае вводится такое понятие, как «двухсторонне значимые» или «двухсторонне функциональные» процессуальные действия (Niese, Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen, 1950).

Учитывая монографию Goldschmidt, J., Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S.364ff, можно подразделить все процессуальные действия на **действия, побуждающие к совершению иных процессуальных действий**, при которых правовые последствия наступают не непосредственно, они должны побудить других к совершению определенных процессуальных действий (например, ходатайства о допущении доказательств), и на **действия, влекущие за собой непосредственно правовые последствия** (например, отказ от обжалования). Однако правовые последствия не связаны с этим разграничением (vgl LR-Rieß, Einl. Abschn. J Rn 13).

II. Основания действительности

1. Основания для субъекта процесса

а) Основанием для участия **обвиняемого** в совершении процессуальных действий является его **способность участвовать в разбирательстве дела**. Эта способность – не только основание для производства процессуального действия, но также и процессуальное основание (vlg Rn 277). **297**

б) В отличие от этого, неспособность субъектов процесса «по службе» (**судьи** или **прокурора**), исходя из соображений правовой безопасности, не приводит к недействительности процессуальных действий, которые ими проводились. В подобных случаях недействительность необходимо обосновывать, только если существует очевидное противоречие принципам правового государства (Schlüchter, Rn 137f).

2. Содержание процессуального действия

Исходя из специальных положений закона, к содержанию процессуальных действий следует предъявлять следующие требования: **298**

а) Процессуальное поведение должно обладать **заметным волеизъявлением**. Решающим выступает объективное волеизъявление, которое необходимо устанавливать при определенных условиях при помощи толкования (BGHSt 46, 131, 134). Так, в частности, в § 300 УПК это зависит не от ошибки в названии допустимого вида обжалования, а от того, чего собственно волеизъявляющий своим поведением в процессе добивается.

б) Из основания правовой безопасности процессуальные действия в принципе не должны зависеть от каких-либо оговорок (т. н. **свойство процессуальных действий, не допускающее оговорок**). Причина этого заключается в том, что общественно-правовой характер процесса требует однозначного волеизъявления и вместе с тем безопасного прохождения стадий процесса. Поэтому, например, обжалование не должно зависеть от каких-либо оговорок (BGHSt 5, 183, 184). Недопустимые оговорки приводят в принципе к недопустимости процессуальных действий (LR– Rieß, Einl. Abschn. J Rn 25). **299**

Однако необходимо учитывать, что из этого принципа существуют исключения, когда при волеизъявлении речь идет о **правовом условии** или о **внутренне присущем процессу условию**. Создаваемая внутренне процессуальным условием неопределенность совместима с интересами суда и подсудимого,

поскольку в ходе правового спора суд обязан выяснить: наступили ли законные условия (vgl zum Zivilrecht Musielak, Grundkurs ZPO, Rn 152). В судебной практике и в теории из этого основания допустимо т. н. **вспомогательное ходатайство о допущении доказательств**. В заключительной речи защитника или обвинителя заявляется ходатайство о допущении иных доказательств, и суд не должен в первую очередь решать дело в пользу заявленного ходатайства (например, оправдательный приговор). Поскольку со стороны суда в данных случаях нет никаких неясностей, то ничто не мешает сделать ходатайство зависимым от этого внутренне процессуального развития событий (BGHSt 32, 10, 13; BGH NStZ 1995, 98). Во избежание злоупотребления правом заявлять ходатайства о допущении доказательств необходимо, чтобы утверждения, следуемые из доказательств, относились по содержанию к решению, которое выносится также с учетом представленных ходатайств. В частности, заявление ходатайства о допросе свидетеля, подтверждающего алиби, можно ставить в зависимость от отклонения ходатайства о вынесении оправдательного приговора. Однако ходатайство о проведении допроса не должно ставиться в зависимость от отклонения ходатайства об условном осуждении (BGHSt 40, 287, 289; vert. Ingelfinger, R., Rechtsprobleme bedingter Beweisanträge im Strafprozeß, 2002; s. auch Rn 452).

3. Отмена процессуальных действий

300 Применительно к **отмене или не отмене** процессуальных действий в отдельных областях существуют специальные положения, или это решение следует из сущности рассматриваемого дела (подробно см. K /M-G, Einl. Rn 112ff):

- **приговоры и аналогичные им решения суда** (например, назначение штрафа) являются по общему правилу окончательными;
- **иные судебные решения** преимущественно не являются окончательными (ср. § 306 II УПК), за исключением тех, на которые по общему правилу возможно подать немедленную жалобу (ср. § 311 III УПК), а также за исключением постановления об открытии судебного разбирательства (LR-Rieß, § 207 Rn 36);
- иные **простые** процессуальные заявления в сомнительных ситуациях также являются неокончательными, например, ходатайство о назначении судебного разбирательства без соблюдения срока вызова согласно § 217 II УПК;
- иные **заявления в течение процесса и заявления, завершающие процесс**, являются в сомнительных ситуациях окончательными. Так, отказ от принесения жалобы считается окончательным (BGHSt 10, 245, 247); аналогичное правило действует и применительно к отказу от обжалования (BGHSt 45, 51, 53).

4. Отсутствие недостатка волеизъявления

301 В какой мере **недостатки волеизъявления** приводят к недействительности процессуальных действий – на этот вопрос нет пока однозначного ответа.

а) В литературе частично в случае обмана и угрозы признается недействительность процессуальных действий. Этот результат должен следовать из § 136a УПК, содержащего в данном отношении общие соображения правового характера (so Roxin, § 22 Rn 6). Однако Верховный суд ФРГ с полным основанием отказывается от дан-

ной позиции и, руководствуясь обеспечением правопорядка, исходит из принципа оставления без внимания недостатков волеизъявления. Судебная практика в конкретных случаях признает исключения из общего оставления без внимания пороков воли (BGHSt 45, 51, 53). Такие исключения особенно учитываются тогда, когда в конкретной ситуации требование справедливости занимает преимущественное положение по отношению к принципу обеспечения правопорядка (BGHSt 17, 14, 18; zT krit. SK-Frisch, § 302 Rn 25).

б) Прочие недостатки волеизъявления (**ошибки**) не оказывают никакого воздействия на действительность процессуальных действий. Положения ГК об оспаривании волеизъявлений (ср. §§ 119ff ГК) к процессуальным действиям не применимы (RGSt 57, 83). В частности, нельзя обжаловать отказ от принесения жалобы вследствие ошибки (BGH StV 1999, 411).

Поэтому **суд** не может отменять свои решения вне процессуального права и ссылаться на непосредственно или по умолчанию предусмотренные возможности исправления вследствие ошибок. Так, например, суд не может отменить постановление об открытии судебного разбирательства (§ 207 УПК) с таким обоснованием, что он заблуждался в степени подозрения (§ 203 УПК). Если наличие достаточного подозрения в результате нового знания позже не обосновывается, то необходимо подсудимого оправдать (OLG Frankfurt JR 1986, 470 m. Anm. Meyer-Goßner; SK-Frisch, Vor § 304 Rn 35; Rieß, Lüderssen-FS, S.749 – anders hingegen LG NüRn berg-Fürth NStZ 1983, 136; LG KaiserslauteRn StV 1999, 13; LG Konstanz JR 2000, 306 m. zust. Anm. Hecker; Ulsenheimer, NStZ 1984, 440).

Однако, исходя из анализа судебной практики, – в основном это затрагивает такую важную сферу, как отказ от обжалования (BGHSt 18, 257, 259; 19, 101, 103), – допускается недействительность процессуальных действий, которые основываются на пороках воли, поскольку суд нарушил свою **процессуальную обязанность заботиться** о правовом порядке. Эта обязанность, вытекающая из принципа «справедливого процесса», распространяется также и на то, чтобы предотвратить совершение процессуальных действий, находящихся под влиянием пороков воли (см. также Rn 383). Если суд в результате объективно неправильных, а иногда ошибочных заявлений спровоцировал несоответствующие реальной действительности представления у подсудимого, то процессуальное действие является недействительным (BGHSt 46, 257, 258 m. zust. Anm. Hamm, NStZ 2001, 494 und Müller-Christmann, JuS 2002, 65; BGH wistra 2002, 26).

5. Форма

Процессуальные действия могут быть проведены в форме действия и бездействия, **302**
в специальной или в конклюдентной форме. Процессуальные действия, осуществляемые в специальной форме, могут быть проведены устно, письменно или в протокольной форме. **Форма** их осуществления определяется в принципе соответствующими правовыми положениями.

При отсутствии специальных правовых положений процессуальные действия на стадии судебного разбирательства осуществляются **устно** (принцип устности судопроизводства), в других случаях необходима их **письменная форма**. В соответ-

ствии с § 184 закона о судоустройстве все действия должны быть произведены на немецком языке.

Если закон предусматривает **письменную форму**, то согласно § 126 I ГК не требуется собственноручное изложение материала (BVerfGE 15, 288, 291). Достаточно, если письменный документ, а также его содержание удостоверит лицо, дающее объяснения, разъяснения (BGHSt 2, 77, 78; BGH NJW 1984, 1974). По общему правилу письменной формой охватываются **телефаксы, телеписьма, телетайпы**, а также **телеграммы**. **Заявления по телефону не** выполняют требование письменности, даже если получатель оформил в письменном виде телефонный разговор (BGHSt 30, 64, 66 mwN). Телефонный отказ от обжалования недействителен (OLG Stuttgart NJW 1982, 1472).

III. Сроки

1. Понятия и общие положения

303 Под **датой** понимается **момент** начала процессуального действия (например, начала судебного разбирательства в соответствии с § 213 УПК). В качестве **срока** следует рассматривать временной промежуток, в течение которого определенное процессуальное действие должно быть проведено. Существуют законные сроки, а также сроки, устанавливаемые судьей. Течение сроков исчисляется по общему правилу в соответствии с §§ 42, 43 УПК.

2. Последствия просрочки

304 а) В случае **пропуска т. н. абсолютного предельного срока** соответствующее процессуальное действие не может быть проведено. Не предусмотрено в данном случае и восстановление пропущенного срока.

Важные примеры: пропуск срока подачи жалобы потерпевшим в соответствии с § 77b I 1 УК; пропуск срока на возражение по поводу функциональной неподсудности в соответствии с § 6a S. 3 УПК; пропуск срока на возражение по поводу территориальной неподсудности согласно § 16 S. 3 УПК.

б) Если речь идет о **продлении законных сроков** и не существует абсолютных предельных сроков, то при наличии определенных оснований допустимо их восстановление (см. 3). Процесс возобновляется на той стадии, в которой он находился бы, если бы срок не был пропущен. В случае решения по ходатайству о восстановлении в правах устанавливается такое правовое положение, которое существовало бы, если пропущенное процессуальное действие было бы своевременно проведено.

Важные примеры: пропуск срока подачи апелляционной жалобы (§ 314 I УПК); пропуск срока подачи ревизионной жалобы (§ 341 I УПК); пропуск срока принесения возражения на судебный приказ о наказании (§ 410 I 1 УПК).

Замечание. Возможно ходатайствовать о восстановлении также при пропуске соответствующего срока согласно § 45 I 1 УПК.

в) В случае пропуска судебных сроков (т.е. сроков, которые суд вправе установить на основе своего законного полномочия сам, ср. например, §§ 123 III, 201 I УПК) суд может, с одной стороны, продлить срок или предоставить новый. С другой стороны, принимается во внимание восстановление пропущенного срока (vgl K/M-G, Vor § 42 Rn 7, § 44 Rn 3).

3. Восстановление пропущенного срока, §§ 44ff УПК

Согласно § 44 S.1 УПК если кто-либо по уважительной причине пропустил срок, то по его ходатайству должно быть обеспечено восстановление пропущенного срока. На практике большое значение приобретают положения о **восстановлении пропущенного срока** (§§ 44-47 УПК), в частности, при пропуске срока обжалования (zur übersicht s. Saenger, JuS 1991, 842). **305**

а) Допустимость ходатайства

(1) В соответствии с § 45 II 2 в сравнении с § 45 I УПК в течение одной недели после устранения препятствий должно быть **произведено** невыполненное действие.

(2) **Ходатайство** о восстановлении пропущенного срока должно быть подано **в течение недели** (§ 45 I 1 УПК) после устранения препятствий в суд, для обращения в который необходимо было соблюсти срок, или в суд, который рассматривает ходатайство о востановлении пропущенного срока (ср. § 45 I 2 в сравнении с § 46 I УПК).

(3) **Основание задержки** должно быть достаточно правдоподобным. Собственное заявление заявителя достаточно только в исключительных случаях, когда нет иной возможности привести иные основания задержки (BVerfG NJW 1995, 2545; см. также BGH NStZ 1985, 493).

б) Обоснованность ходатайства

Согласно § 44 S.1 УПК материальным основанием для востановления пропущенного срока является тот факт, что кто-либо пропустил срок **по уважительной причине**. **306**

Задержки, связанные **с доставкой по почте**, не являются умышленными (BGH NJW 1978, 1488; BVerfGE 62, 334). Даже в напряженные для почты периоды (например, перед праздниками) гражданин может доверять регулярной доставке по почте (BVerfG NJW 1992, 1952); аналогично следует рассматривать и функционирование приемного аппарата при телефаксе (BVerfG NJW 1996, 2857).

Обвиняемому в принципе не вменяется вина **защитника** или его помощников в канцелярии (BGHSt 14, 306, 308; OLG Köln StraFo 2002, 17; s. auch BGH NJW 2002, 1436 m. Anm. Beulke /Angerer, NStZ 2002 (erscheint demnächst)). Однако существует исключение, когда обвиняемому была известна ненадежность защитника или он должен был считаться с несоблюдением срока со стороны защитника, и его следует обвинять вместе с защитником (BGH NStZ 1997, 560; BerlVerfGH JR 1999, 188). Другим участникам процесса, в частности, частному обвинителю, сообвинителю, а также заявителю в производстве по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств, – согласно господствующему мнению вменяется вина их представителей как их собственная (BGHSt 30, 309, 310). В качестве обоснования действует общий принцип процесса, закрепленный в § 85 II ГПК.

Не вменяется обвиняемому вина задействованных **частных лиц**, если он при их выборе и контроле проявил необходимую тщательность. Так, возможно восстановление пропущенного срока, если один из супругов неосознанно не сдержал слова и не обжаловал решение в отношении обвиняемого (OLG Zweibrücken StV 1992, 360).

307 **Решение задачи 36. а)** В соответствии с единогласным мнением обвиняемый может заявлять возражения (410 УПК) на судебное решение (§ 407 УПК) еще до его официального вручения. Возникает вопрос: является ли недействительным обжалование судебного решения на основе содержащегося в нем условия. В принципе считается, что процессуальные действия не могут быть связаны **оговорками**, поскольку это могло бы привести к недостаточному обеспечению прав и свобод граждан. Однако возникает иная ситуация, когда оговорка, по мнению суда, не может создать недостаточное обеспечение прав человека, поскольку она связана с известными для суда обстоятельствами (правовые или внутренне процессуальные условия). В данном случае суд самостоятельно выносит решение, т.е. речь идет о **внутренне присущем процессу условию**, которое по общему представлению является допустимым. Поэтому его возражение действительное.

б) Иначе следует оценивать ситуацию, когда в момент подачи жалобы судебное решение вовсе не было принято, поскольку нельзя обжаловать будущие решения. В этом случае если жалоба не приносится вновь в соответствующий срок, то принимаются во внимание правила **восстановления пропущенного срока**. Здесь виновность в смысле § 44 УПК следует не признать, в большинстве случаев обязанность судьи заботиться об осуществлении правосудия следует из обязанности судьи уведомить обвиняемого о недействительности заявленной жалобы.

Подробно см. Rn 299, 301.

308 **Решение задачи 37**. Ходатайство о привлечении новых доказательств (§ 244 III УПК) могло бы быть **косвенно недопустимым** и недействительным. Но в данном случае, по мнению суда, нет никакой опасности для нормального развития процесса, поскольку при осуждении А. речь идет о внутренне процессуальном этапе развития процесса, а именно о решении суда. Вследствие этого **косвенные ходатайства о привлечении новых доказательств** являются допустимыми и часто случаются на практике. Подробно см. Rn 299.

§ 15. Предварительное расследование в форме дознания[5]

Задача 38. а) Кто начинает предварительное расследование в форме дознания?

б) Каким образом заканчивается дознание?

Задача 39. В отношении А. осуществляется предварительное расследование в форме дознания по обвинению его в мошенничестве применительно к Б. Прокуратура вызывает на допрос Б. в качестве свидетеля. Когда Б. заявляет письменно, что он не заинтересован в возбуждении уголовного преследования, то прокурор С., опасаясь, что Б. не явится по повестке на допрос в качестве свидетеля, просит разрешение у следственного судьи на производство в отношении Б. судебного допроса. Следственный судья отказывает прокурору, ссылаясь на то, что прокурор мог бы сам с таким же успехом провести следственное действие. Возможно ли это?

Задача 40. В отношении А. возбуждается уголовное дело по подозрению в уклонении от наказания. В ходе дознания было вынесено постановление о производстве обыска в квартире, который затем был проведен. А. был возмущен тем, что отсутствовали основания

[5] По немецкому праву предварительное расследование осуществляется только в форме дознания.

для производства обыска. Как может А. проверить в судебном порядке правомерность вынесения постановления о производстве обыска, если обыск был санкционирован:

– следственным судьей,
– прокуратурой или ее помощниками?

I. Начало предварительного расследования в форме дознания

Уголовный процесс начинается с предварительного расследования в форме дознания под руководством прокуратуры. В соответствии с принципом монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления прокуратура обязана начать предварительное расследование, если уже есть достаточные фактические данные (§ 152 II УПК; подробно см. Rn 17, 79). По немецкому уголовно-процессуальному праву существуют две возможности начать дознание: **309**

1. Жалоба с целью возбуждения уголовного дела или заявление органам власти о готовящемся или совершенном преступлении

а) Согласно § 158 I УПК **каждый гражданин** может **заявить органам власти о готовящемся или совершенном преступлении** (у гражданина есть только право, а не обязанность делать подобные заявления). Однако в отношении готовящихся преступлений, закрепленных в § 138 УК, существует обязанность уведомления органов власти. Под **заявлением о готовящемся или совершенном преступлении органам власти** следует понимать сообщение органам, осуществляющим уголовное преследование, об обстоятельствах дела, которое, по мнению сообщающего, дает повод для начала уголовного преследования (K/M-G, § 158 Rn 2). Заявить возможно устно (в том числе и по телефону) или письменно в прокуратуру, полицию и в участковый суд (§ 158 I 1 УПК). Добросовестное заявление, которое позже не подтвердилось, не влечет за собой обязанности возмещения вреда или ущерба (BVerfGE 74, 257, 259; Fahl, JuS 1995, 1067).

б) В соответствии с § 158 I УПК любой гражданин может обратиться с **жалобой в широком смысле этого слова в компетентные органы власти с целью возбуждения уголовного дела**. Подобная **жалоба в широком смысле этого слова** означает сообщение заинтересованного лица о совершенном преступлении в компетентные органы с целью возбуждения уголовного дела[6]. Под **жалобой в узком смысле этого слова с целью возбудить уголовное дело** следует понимать заявление потерпевшего о возбуждении уголовного дела по преступлениям, преследуемым по его жалобе (§§ 77-77d УК)[7]. Иначе эту форму жалобы можно назвать **жалобой потер-**

[6] Жалоба в широком смысле этого слова с целью возбуждения уголовного дела отличается от заявления в компетентные органы тем, что в последнем случае гражданин только сообщает о преступлении и последующей обязанности участвовать в процессе у него нет.

[7] Жалоба в широком смысле этого слова с целью возбуждения уголовного дела отличается от жалобы в узком смысле слова тем, что в первом случае заявлять о преступлении может любое лицо, и его жалоба не является процессуальным основанием для начала уголовного преследования; подавать жалобу в узком смысле этого слова может только потерпевший, поскольку его жалоба является основанием для начала производства дознания в соответствии со всеми §§77 УК.

певшего. Жалоба потерпевшего может быть подана в письменной или протокольной форме в суд или в прокуратуру, а другому органу только в письменной форме (§ 158 II УПК). **Только жалоба потерпевшего** может рассматриваться в качестве процессуального основания для производства дознания по преступлениям, преследуемым по жалобе потерпевшего (vgl Rn 283). Необходимо четко **разграничивать** две формы жалоб с целью возбуждения уголовного дела. Необходимость разграничения жалобы в широком (требование уголовного преследования, исходящее от любого лица) и узком смысле этого слова (потерпевший в преступлениях, где уголовное преследование осуществляется по его жалобе, требует наказания преступника) следует из §§ 171 S.2, 172 I 1 УПК, которые исходят из того, что лицо, подающее жалобу, необязательно должно быть потерпевшим в смысле §§ 77ff УК (vgl Rn 345).

2. Начало производства дознания по долгу службы

310 В большинстве случаев, когда отсутствует заявление о преступлении органам власти или жалоба со стороны потерпевшего, органы, осуществляющие уголовное преследование, получают сведения, позволяющие начать подозревать в совершении преступления **при исполнении своих служебных обязанностей** (ср. § 160 I УПК «другим путем». В отношении преступлений, преследуемых по жалобе потерпевшего (§§ 77ff УК), возможно начать производство дознания по долгу службы и до получения жалобы со стороны потерпевшего.

При этом, с одной стороны, следует учитывать **непосредственное осуществление своих служебных обязанностей прокурором**.

С другой стороны, необходимо принимать во внимание также **служащих полиции**, на которых в соответствии с § 163 УПК возложена задача расследования преступлений по долгу службы и которые обязаны о своих наблюдениях незамедлительно сообщать прокурору (§ 163 II 1 УПК; более подробно о полиции как органе, осуществляющем уголовное преследование, см. Rn 101).

Кроме того, **следственный судья** (см. Rn 316) также может первым по долгу службы получить информацию о совершенном преступлении, например, при осуществлении судебного допроса свидетеля на стадии дознания. Однако затем осуществление уголовного преследования он передает прокуратуре (§ 167 УПК). Только в случаях, не терпящих отлагательства, он может выступать как представитель прокуратуры (т.е. действовать как **лицо, исполняющее фунции прокурора**) (§ 165 УПК).

При получении в частном порядке, не по долгу службы, сведений о совершенном преступлении обязанность осуществления уголовного преследования возникает только в отношении тяжкого и особо тяжкого преступления (см. Rn 91).

3. Начальное подозрение

311 Материальным основанием для производства предварительного расследования в форме дознания в отношении конкретного обвиняемого является наличие начального подозрения. **Начальное подозрение – это совокупность фактических данных, которые, учитывая криминалистический опыт, позволяют сделать вывод о возможном участии конкретного лица в уголовно наказуемом деянии**. Для констатации начального подозрения необходимы **конкретные факты** (ср. § 152 II УПК

«достаточные фактические данные»); только **одних предположений** для обоснования начального подозрения не достаточно. Вопрос о том: достаточны ли фактические данные, необходимые для констатации начального подозрения и соответственно для возбуждения уголовного дела, – решает сама прокуратура **по собственному усмотрению** (BGHSt 38, 214, 228). Однако право принимать подобное решение у прокуратуры ограничивается только тогда, когда «при полной оценке всех интересов функционально полноценного уголовного судопроизводства не представляется более понятным начинать производство дознания в отношении обвиняемого» (BGH StV 1988, 441; OLG Dresden StV 2001, 581 m. Anm. Thode).

Резюмируя вышесказанное, следует отметить, что начальное подозрение имеет следующие значения (Eisenberg /Conen, NJW 1998, 2241):
- наличие начального подозрения обуславливает появление в процессе обвиняемого (Rn 111), а также возникновение в связи с этим прав обвиняемого (Rn 120);
- разнообразные меры принуждения связаны с достижением начального подозрения, поскольку только при его наличии допустимо посягательство на основные права и свободы человека;
- на должностные лица, которые обязаны устанавливать начальное подозрение и которые неправильно его констатировали, могут быть возложены уголовно-правовые санкции (§ 258a УК – §§ 344, 164 УК);
- достижение начального подозрения является основанием для начала расследования, которое может иметь для обвиняемого фактические последствия в его социальной окружающей среде.

При установлении начального подозрения следует обязанность по принятию определенных мер. На практике в процессах, имеющих большой общественный резонанс, всегда встречается излюбленный вопрос о допустимости возбуждения уголовного дела (vgl K /M-G § 152 Rn 4a). Но подобное выяснение чуждо уголовно-процессуальному кодексу и должно применяться ограниченно только там, где достижение начального подозрения ни по правовым, ни по фактическим основаниям полностью невозможно. Основной случай применения: информационный опрос (см. Rn 113, 118, vert. LR-Beulke, § 152 Rn 33; s. auch Rn 104). На данном этапе посягательства в основные права и свободы человека недопустимы (Wölft, JuS 2001, 478).

Осуществлять дознание допустимо и в отношении **неопределенного круга лиц**. Совсем необязательно, чтобы начальное подозрение было направлено против конкретного лица (BGH NStZ-RR 2000, 52).

II. Осуществление дознания

Прокуратура осуществляет руководство дознанием и является в связи с этим «**госпожой дознания**». Для принятия решения о необходимости предъявления государственного обвинения она должна **исследовать обстоятельства дела** (§ 160 I УПК). При этом прокуратуре нужно исследовать не только обстоятельства, отягчающие вину обвиняемого, но также и обстоятельства, смягчающие его вину; кроме того, она несет ответственность за сбор доказательств на стадии предварительного расследования (§ 160 II УПК). **312**

1. Допрос обвиняемого, § 163a УПК

Обвиняемый должен быть допрошен самое позднее до окончания производства дознания, даже если только для того, чтобы завершить процесс (§ 163a I 1 УПК). В простых **313**

процессах достаточно предоставить обвиняемому возможность высказаться в письменной форме (§ 163 I 2 УПК). В любом случае необходимо уведомить обвиняемого как можно раньше о начале производства дознания в отношении него (Egon Müller, Koch-FS, 191). Если обвиняемый предоставляет сведения, которые могут впоследствии использоваться в качестве доказательств, смягчающих его вину или оправдывающих, то органы уголовного преследования обязаны собирать подобные доказательства при условии, что они имеют значение для уголовного дела (§ 163a II УПК). Вопрос о необходимости сбора доказательств прокуратура решает по собственному усмотрению. **Обвиняемый обязан явиться по повестке в прокуратуру** (§ 163a III 1 УПК). Он не должен давать показания, поскольку имеет право отказаться от дачи показаний и может сослаться на него (ср. §§ 163a III 2, 136 I 2 УПК). Подробно см. в Wagner, ZStW 109 (1997), 545).

2. Допрос свидетелей и эксперта, § 161a I, 73 УПК

314 **Свидетели и эксперты обязаны явиться по повестке в прокуратуру и дать показания** или соответственно предоставить экспертное заключение (§ 161a I УПК). Эксперты на стадии предварительного расследования выбираются прокурором (ср. § 161a I 2 УПК и § 73 УПК). Более подробно о свидетелях и экспертах см. Rn 179.

3. Производство расследования

315 **Разнообразные следственные действия** прокурор осуществляет, как правило, опосредованно через своих **помощников в лице сотрудников полиции** (§ 161 S.1 Alt.2 УПК, см. также Rn 101). Он может и сам лично проводить следственные действия (§ 161 S.1 Alt.1 УПК), однако чаще всего из-за отсутствия необходимого времени у него нет такой возможности.

4. Следственный судья на стадии дознания

316 Если прокуратура считает необходимым провести **судебное следственное действие**, то она заявляет ходатайство перед участковым районным судом в том округе, где следует осуществить данное следственное действие (§ 162 I 1 УПК). Решение данного вопроса относится к компетенции **следственного судьи** (ср. § 21e I S.1 закона о судоустройстве).

Следственный судья вовлекается в уголовный процесс на этой стадии в двух случаях: при вынесении постановления о применении мер принуждения и в случаях обеспечения доказательств.

а) Меры принуждения

В уголовно-процессуальном праве компетенция по вынесению постановлений о производстве некоторых следственных действий (особенно **мер принуждения**) от прокуратуры переходит к независимым судьям (подробно см. §§ 11, 12).

Внимание! Во многих случаях прокуратура и ее помощники часто все-таки обладают т. н. «срочной компетенцией» при опасности в промедлении (ср. только § 98 I УПК).

Уголовно-процессуальное право исчерпывающе регламентирует случаи, когда вовлечение в процесс следственного судьи является необходимым. Сюда же относятся немногочисленные случаи специального распределения на другие органы, вынося-

щие приговоры, как, например, в случаях «большого подслушивания» (см. Rn 266). Однако по общему правилу согласно §§ 160, 161 УПК прокуратура обладает основной компетенцией при решении вопроса о производстве следственных действий.

Самые важные меры принуждения, для производства которых необходимо по общему правилу получить **постановление** следственного судьи, это:

- выемка, §§ 94 II, 98 УПК;
- контроль за телекоммуникациями, §§ 100a, 100b УПК;
- «малое подслушивание», §§ 100c I № 2, 100d I УПК;
- обыск, §§ 102ff, 105 УПК;
- временное лишение водительских прав, § 111a УПК;
- предварительное заключение, §§ 112ff, 125 УПК.

Внимание! Использовать тайного агента в отношении конкретного обвиняемого или для входа в жилище возможно только с **согласия** судьи, более подробно см. § 110b УПК.

К судебной оговорке см.: Amelung, K., Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976; Nelles, U., Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der StPO, 1980.

б) Обеспечение доказательств

Прокуратура заинтересована как можно раньше задействовать следственного судью, **317**
с целью обеспечения **сохранности** собранных свидетельских доказательств. Это имеет особенно большое значение, когда допрошенные следственным судьей свидетель или обвиняемый позже на стадии судебного разбирательства отказались от своих прежних показаний.

Итак, существует возможность зачитать протокол допроса **подсудимого**, допрошенного следственным судьей, с целью исследования доказательств об обстоятельствах дела, § 254 УПК.

В определенных случаях возможно в суде зачитать протоколы допросов **свидетелей, экспертов и сообвиняемых**, допрошенных ранее следственным судьей, например, если нельзя требовать из-за большой удаленности обязательной личной явки свидетеля в зал судебного заседания (§ 251 I № 3 УПК).

Исходя из буквального толкования § 252 УПК, по общему правилу судебная практика распространяет на свидетелей, которые только на стадии судебного разбирательства решили воспользоваться согласно **§ 252 УПК правом отказа от дачи свидетельских показаний**, запрет на использование в суде их свидетельских показаний, полученных на стадии дознания полицией или прокуратурой, чтобы гарантировать им право отказа от дачи свидетельских показаний. В суде не могут быть допрошены т. н. свидетели по слухам в лице сотрудников прокуратуры или полиции, которые ранее во время производства дознания допрашивали данных лиц в качестве свидетелей, воспользовавшихся только на стадии судебного разбирательства своим правом отказа от дачи свидетельских показаний. Если же на стадии дознания допрос был произведен следственным судьей, то, напротив, в зале судебного разбирательства допустим допрос следственного судьи о фактах, полученных на проведенном им на стадии дознания допросе (более подробно см. Rn 418). Поэтому на практике родственники обвиняемого, которые готовы дать свидетельские показания, изобличающие виновного, сразу же допрашиваются не прокурором, а следственным судьей.

в) Компетенция судьи по проверке решений о производстве мер принуждения

В отношении мер принуждения, требующих вынесения судебного постановления, объем **318**
производимой **следственным судьей** проверки ограничен, например, при вынесении постановления о заключении лица под стражу. Если судья включается в уголовный процесс с целью надежнее обеспечить доказательства, когда прокуратура может это выполнить самостоятельно, то он не должен решать вопросы о необходимости, соразмерности

и целесообразности ходатайствуемого прокуратурой мероприятия, поскольку, несмотря на участие на стадии предварительного расследования следственного судьи, прокуратура остается все-таки «госпожой дознания» (KG JR 1965, 268). Следственный судья должен только проверить: является ли ходатайствуемое мероприятие по обстоятельствам конкретного дела законно допустимым (§ 162 III УПК). Поэтому следственный судья не может самостоятельно отказать, например, в ходатайствуемом перед ним допросе, поскольку прокуратура согласно §§ 161a II, 163a III УПК может сама провести допрос (LG Freiburg NStZ 1993, 146, 148; Geppert, DRiZ 1992, 407; abw. LG Köln NStZ 1989, 41). Возможность отказа существует при нарушении принципа пропорциональности (Rieß, NStZ 1991, 513, 516; Boetticher/Landau, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.559; problematisch OLG Düsseldorf NStZ 1990, 144; ausf. Nehm, Meyer-Goßner-FS, S.279).

III. Завершение дознания

319 Дознание заканчивается либо предъявлением государственного обвинения, либо прекращением процесса.

1. Предъявление государственного обвинения

В соответствии с принципом монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления прокуратура должна по общему правилу **предъявить государственное обвинение**, если расследование располагает достаточными на то основаниями (§ 170 I УПК). Такая ситуация возникает, когда уже существует необходимость принятия судом к своему рассмотрению дела, поступившего из прокуратуры. Основанием для этого является наличие **достаточного подозрения** (§ 203 УПК). Применительно к отдельным степеням подозрения в совершении преступления см. Schulz, L., Normiertes Mißtrauen, 1998 и Rn 114.

Предъявлению обвинения предшествует, как правило, **направление обвинительного заключения** в компетентный суд (§ 170 I УПК) или **ходатайство о вынесении наказания в порядке упрощенного судопроизводства** (§ 407 I 4 УПК).

Наряду с этим существуют еще и другие формы предъявления государственного обвинения, например, ходатайство на вынесение приговора в ускоренном процессе (§ 417 УПК), ходатайство на упрощенное производство по уголовным делам несовершеннолетних (§ 76 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних) или ходатайство на производство по делу невменяемого лица, совершившего преступное деяние согласно § 20 УК, особенно с целью помещения его в психиатрическую больницу (§ 413 УПК).

Если прокуратура решила предъявлять государственное обвинение, то она делает отметку в деле о завершении предварительного расследования в форме дознания (§ 169a УПК). **Отметка об окончании дознания** особенно значима, поскольку после этого прокурор должен сразу же заявить ходатайство о назначении обязательного защитника (§ 141 III 3 УПК), и во-вторых, необходимо обеспечить ему возможность в неограниченном объеме знакомиться с материалами уголовного дела (§ 147 II УПК; подробно см. Bohnert, J., Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts, 1992).

2. Прекращение процесса

Прекратить процесс возможно: **320**

а) В соответствии с § 170 II УПК из-за отсутствия необходимого подозрения в совершении преступления.

Если расследование не располагает достаточными основаниями для предъявления обвинения, т.е. если **не установлено достаточное подозрение** в смысле § 203 УПК, то процесс должен быть в соответствии с § 170 II УПК прекращен. **§ 170 II УПК** предусматривает **прекращение процесса**, учитывая **принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения в совершении преступления**.

Согласно § 170 II УПК процесс необходимо прекратить, если:

- конкретные обстоятельства дела не образуют состав уголовно наказуемого деяния в широком смысле этого слова (соответствие составу деяния, противоправность, вина и т.д.);
- не установлено достаточное подозрение в отношении конкретного обвиняемого (поскольку действует презумция невиновности, или поскольку нельзя доказать причастность обвиняемого к преступному деянию, или поскольку невозможно установить личность преступника) либо
- существуют обстоятельства, препятствующие проведению процесса, или если отсутствуют основания для дальнейшего развития процесса.

Прекращение процесса в соответствии с § 170 II УПК не влечет за собой последствие, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании. Поскольку отсутствует приговор, вступивший в законную силу, то процесс в любой момент по тем же правовым или фактическим обстоятельствам дела может быть возобновлен.

б) Согласно со всеми §§ 153 УПК из соображений целесообразности.

Если установлено достаточное подозрение, то по общему правилу необходимо предъявить государственное обвинение. Однако прокуратура может из **соображений целесообразности** также прекратить уголовный процесс (см. Rn 333).

IV. Обеспечение правовой защиты на стадии дознания

1. Обеспечение правовой защиты по отношению к мероприятиям, непосредственно влияющим на ход развития процесса на стадии дознания

У обвиняемого **нет возможностей правовой защиты** в отношении действий прокуратуры, связанных с **началом, развитием и окончанием предварительного расследования**, которое по немецкому уголовно-процессуальному праву происходит только в форме дознания (hM; vgl nur K/M-G, § 23 вводного закона к закону о судоустройстве Rn 9; Kissel, § 23 вводного закона к закону о судоустройстве Rn 40). Обосновывается это тем, что данные мероприятия рассматриваются как т. н. «**процессуальные действия**», в отношении которых уголовно-процессуальный кодекс не предусматривает правовой защиты и которые не являются актами управления в области юстиции в смысле § 23 вводного закона к закону о судоустройстве. Это соответствует правовому положению решений, предшествующих окончательному вынесению приговора и которые в **231**

соответствии с § 305 УПК также не подлежат обжалованию. Можно также рассматривать начало предварительного расследования как вмешательство в основные права и свободы человека; статья 19 IV ОЗ гарантирует не «немедленную», а только правовую защиту «в течение определенного времени», когда обвиняемый в ходе процесса может использовать различные средства обжалования судебного решения до окончательного вынесения приговора (BVerfG NStZ 1985, 228; OLG Karlsruhe NStZ 1998, 315; abw. Heinrich, NStZ 1996, 110; Beckemper, NStZ 1999, 221; Eisenberg/Conen, NJW 1998, 2241, 2247; Nagel, StV 2001, 185; Füßer/Viertel, NStZ 1999, 116).

Итак, например, нельзя обжаловать возбуждение уголовного дела или дальнейшее развитие производства дознания (OLG Karlsruhe NStZ 1982, 434 m. Anm. Rieß); затянувшееся развитие уголовного дела на стадии дознания (OLG Hamm NStZ 1983, 38); отказ в оглашении фактов, обосновывающих подозрение в совершении преступления (BVerfG NStZ 1984, 228), и отказ со стороны прокуратуры в одобрении прекращения процесса в соответствии с § 153ff УПК (OLG Hamm NStZ 1985, 472). Кроме того, неоспорим выбор экспертов, произведенный прокуратурой (OLG Schleswig StV 2000, 543 m. abl. Anm. Wagner).

2. Обеспечение правовой защиты при применении мер принуждения на стадии производства дознания

322 В отношении мер принуждения, применяемых на стадии дознания, существуют различные средства правовой защиты. Так, применительно к некоторым мерам принуждения действуют особые специальные правила, например, для «большого подслушивания» (§ 100d VI УПК; vgl auch Rn 266). Положения, касающиеся правовых средств, до сегодняшнего времени в соответствии с господствующей позицией в литературе и судебной практике достаточно запутанные, что неоднократно уже критиковалось (vgl Rn 322; Bachmann, G., Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1993; ders., NJW 1999, 2414 mwN). Конституционный суд ФРГ осудил, что существующее правовое положение представляется неясным, поскольку средства правовой защиты в отношении мер принуждения на стадии предварительного расследования находятся в запутанном, несистематизированном состоянии и используются специальными судами не единообразно (BVerfGE 96, 44ff). Последнее согласно статье 19 IV ОЗ подпадает под обязанность наиболее эффективного судебного контроля за уголовно-процессуальными посягательствами (**эффективная правовая защита**). Это предостережение попало на плодородную почву в судебной практике, и сейчас добиваются прозрачности и ясности, чтобы можно было говорить в действительности об упрощении системы правовой защиты (vert. Amelung, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 911; Gusy, StV 2002, 157; Krach, Jura, 2001, 737).

а) Реализация правовой защиты до начала или в течение осуществления мер принуждения

Здесь необходимо различать, кто выносит постановление на производство мероприятия:

аа) Постановление выносит прокуратура или ее помощники, либо полиция

323 В отношении **собственно постановлений о производстве мероприятий**, которые выносят прокуратура или ее помощники, а также полиция в пределах своей компетенции, а также в случаях, не терпящих отлагательств, уголовно-процессуальный кодекс только в некоторых случаях специально предоставляет возможность обращения в суд, например, §§ 98 II 2, 161a III 1 УПК. Однако уже в течение длительного времени призна-

но, что, исходя из гарантии правовой защиты статьи 19 IV ОЗ, все, а не только выносимые судьей постановления о производстве мер принуждения должны подпадать под судебный контроль. Поскольку уголовно-процессуальный кодекс в отношении некоторых мер принуждения не предусматривает обращение в суд, то необходимо применять **по аналогии § 98 II 2 УПК** (OLG Oldenburg NStZ 1990, 504 m. zust. Anm Katholnigg; OLG Braunschweig NStZ 1991, 551; Fezer, Rieß-FS, S. 93). На стадии дознания следственный судья компетентен принимать подобные решения. Как правило, это судья участкового суда (§ 21e I 1 закона о судоустройстве; vgl Rn 316). В отношении отказа в ходатайстве возможно подать **жалобу** в суд земли в соответствии с § 304 УПК (vgl K/M-G, § 98 Rn 31; Hellmann, II § 4 Rn 16; подробности по жалобе см. Rn 577).

Если заинтересованное лицо выступает против **вида и способа осуществления мероприятия**, то также применяется по аналогии § 98 II 2 УПК, поскольку при осуществлении контроля за вынесением постановления судья может регулировать также условия его исполнения (BGHSt 28, 206, 209; OLG Karlsruhe NStZ 1995, 48).

бб) Постановление выносит судья

На постановления о производстве мер принуждения, выносимых судьей (на стадии предварительного расследования **следственным судьей**), по общему правилу возможно подать жалобу согласно § 304 УПК. Это правило действует, если судебные постановления содержат также предписания для исполнения мер принуждения. 324

В случаях, когда заинтересованное лицо выступает против **вида и способа осуществления мероприятия**, на производство которого было вынесено постановление судьей или прокурором (либо полицией), согласно прежней господствующей позиции заинтересованное лицо могло обратиться в соответствии с §§ 23 вводного закона к закону о судоустройстве в Верховный суд земли. Однако более правильной представляется иная позиция, которая уже была ранее представлена в этой книге (3. A. Rn 326), и в соответствии с ней здесь необходимо применять по аналогии § 98 II 2 УПК (BVerfG NJW 2002, 1410). Обосновывается данная позиция с учетом основных соображений, выступающих против несистематизированности судебного порядка рассмотрения дел (dazu Laser, NStZ 2001, 124; Rn 325a).

б) Мера принуждения уже осуществлена

В большинстве случаев меры принуждения, проводимые без знания заинтересованных лиц, осуществляются сразу же после вынесения судьей постановления об их производстве, чтобы предотвратить обжалование в суд до начала ее осуществления. Особое значение для заинтересованного лица имеет вопрос: может ли он затем проверить в судебном порядке правомерность проведенного мероприятия. В данном случае также необходимо различать, кто выносил постановление о производстве мероприятия: 325

аа) Постановление о производстве меры принуждения было вынесено прокуратурой, ее помощниками или полицией

Поскольку в соответствии со статьей 19 IV ОЗ прокуратура и полиция являются органами «государственной власти», то в отношении их распоряжений, а также по окончании мероприятий должна быть предоставлена правовая защита. 325a

Если заинтересованное лицо выступает против **постановления как такового**, то применяется по аналогии § 98 II 2 УПК (st. Rspr seit BGHSt 28, 57, 58).

Однако если оно хочет принять меры против **вида и способа осуществления мероприятия**, то должен применяться также § 98 II 2 УПК (по аналогии) (BGHSt 44, 265, 270 in Aufgabe der früheren Rspr).

Необходимо устранить «разобщенность судебного порядка рассмотрения дел», которая до сегодняшнего времени представлена судебной практикой, поскольку применительно к виду и способу осуществления мероприятия следует применять §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве (компетенция Верховного суда земли) по завершению производимого мероприятия (BVerfG NStZ 1998, 92; BGHSt 37, 79, 82). Исходя из толкования § 98 II 2 УПК в соответствии с Конституцией и учитывая ст. 19 IV ОЗ, Верховный суд ФРГ требует наиболее эффективного судебного контроля за уголовно-процессуальными вмешательствами в основные права и свободы человека. Недавно введенный § 100d VI УПК (использование технических средств) свидетельствует, что законодатель предусматривает более эффективную унифицированную правовую защиту в отношении контроля над видом и способом осуществления мероприятия, санкционируемого судьей (BGHSt 44, 265, 270). Вместе с тем Верховный суд ФРГ с полным основанием противится попыткам обойти несистематизированную правовую защиту посредством унифицированного применения §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве. Законодатель предусматривает §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве не для осуществления дополнительной перепроверки мероприятий (so aber Dörr, NJW 1984, 2258ff); скорее всего, он собирался лишить господствующей деятельности основной оговорки § 40 положения об административных судах только некоторые сферы и направить дела в суды, предметная подсудность которых более соответствует иным судам (BVerwGE 47,255, 259). Однако в отличие от системы правовой защиты, предусмотренной УПК, §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве должны применяться только дополнительно, ср. § 23 III вводного закона к закону о судоустройстве. Таким образом, единственным убедительным доводом является единообразное применение § 98 II 2 УПК (so auch Bachmann, G., Probleme des Rechtsschutzes gegen Grundrechtseingriffe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 1993; Eisele, StV 1999, 298; KK-Nack, § 98 Rn 27; Müller-Christmann, JuS 2000, 167; Murmann /Grassmann, S.10; Radtke, JR 1999, 436).

бб) Постановление, санкционируемое судьей

326 **В отношении постановлений, санкционируемых судьей**, разрешается по общему правилу использовать такое средство правовой защиты, как подача жалобы в соответствии с **§ 304 УПК**.

В отличие от этого согласно прежней господствующей позиции какая-либо правовая защита в отношении постановлений, санкционируемых судьей, должна быть отклонена, если санкционируемая судьей мера принуждения уже осуществлена, поскольку это мероприятие рассматривается уже как «процессуально устаревшее». Это следует из систематики уголовно-процессуального кодекса, которому чужда (последующая) констатация противозаконности уже осуществленного мероприятия. Нормы § 113 I 4 положения об административных судах и § 28 I 4 вводного закона к закону о судоустройстве не содержали общих правовых соображений (BGHSt 28, 57, 58; 37, 79, 84). Непринятие жалобы на уже осуществленную согласно постановлению меру принуждения не вступает в противоречие с конституцией, поскольку ст. 19 IV ОЗ не гарантирует правовую защиту от судебной практики (BVerfGE 49, 329, 340). Тем не менее это решение не учитывало бы в достаточной мере интерес обвиняемого на реабилитацию. Поэтому существует возможность подачи последующей жалобы согласно § 304 УПК (so jetzt auch BVerfGE 96, 27, 41 m. Anm. Amelung, JR 1997, 384 u. Fezer, JZ 1997, 1062; BVerfG NJW 1998, 2131; dazu Achenbach, JuS 2000, 27; 1999, 273; Roxin, StV 1997, 654).

326a Если заинтересованное лицо выступает против **способа и вида осуществления** санкционируемого судьей и проводимого или проведенного прокуратурой (или полицией) мероприятия, то следует применять **по аналогии § 98 II 2 УПК** (Bachmann, NJW 1999, 2415; Fezer, NStZ 1999, 151; Eisele, StV 1999, 298).

В соответствии с ранее господствующей в литературе и судебной практике позиции согласно §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве был предусмотрен судебный порядок рассмотрения дела в Верховном суде земли (OLG Karlsruhe NStZ 1992, 97; OLG Koblenz NStZ-RR 1999, 50).

Однако если учесть все возражения против несанкционируемого судьей мероприятия по пути применения по аналогии § 98 II 2 УПК и проверить согласно § 304 УПК решение судьи, то судебный порядок рассмотрения дела в Верховном суде земли в аспекте перепроверки способа и вида осуществления мероприятия, санкционируемого судьей, является не совсем подходящим. Он препятствует требуемой Конституционным судом ФРГ более эффективной и вместе с тем единообразной правовой защите. Аргументы, которые приводит Верховный суд ФРГ для применения § 98 II 2 УПК применительно к контролю за несанкционируемым судьей мероприятием, могут быть в данном случае оставлены без внимания. В частности, Верховный суд земли не является следующим судом по выяснению всех обстоятельств дела, но, следуя § 100d VI УПК, его необходимо привлечь для вынесения решения. Исходя из этого, сегодня достаточно сложно разграничить между собой возможность обжалования мероприятия и способ осуществления этого. Двойная компетенция суда второй инстанции и Верховного суда земли противостоит прозрачности существующей системы правовой защиты (ebenso OLG Stuttgart StV 1999, 298; OLG Hamburg StV 1999, 301).

Между тем Верховный суд ФРГ также присоединился к данной точке зрения, по крайней мере в случаях, в которых оспариваемый способ осуществления не являлся категоричной и очевидной составной частью судебного постановления (BGHSt 45, 183, 186 m. zust. Anm. Amelung, JR 2000, 479; Martin, JuS 2000, 196; BGH NJW 2000, 84; guter Beispielsfall bei Hellmann, Fallsammlung, S.77).

Ввиду тесной взаимосвязи возможности обжалования мероприятия и способа нельзя переоценивать значение контроля осуществления мероприятия, санкционируемого судьей, поскольку часто именно он выносил постановление и утверждал программу осуществления мероприятия (возможно, ошибочную). Все это выступает за то, чтобы допустить подачу жалобы в суд земли согласно § 304 УПК в отношении судебного решения по аналогии в соответствии с § 98 II 2 УПК (so auch Amelung, JR 2000, 481; Eisele, StV 1999, 298, 300; offen gelassen von BGHSt 45, 183, 186). Таким образом, общая компетентность перепроверки мер принуждения сосредотачивается в конечном счете в суде земли.

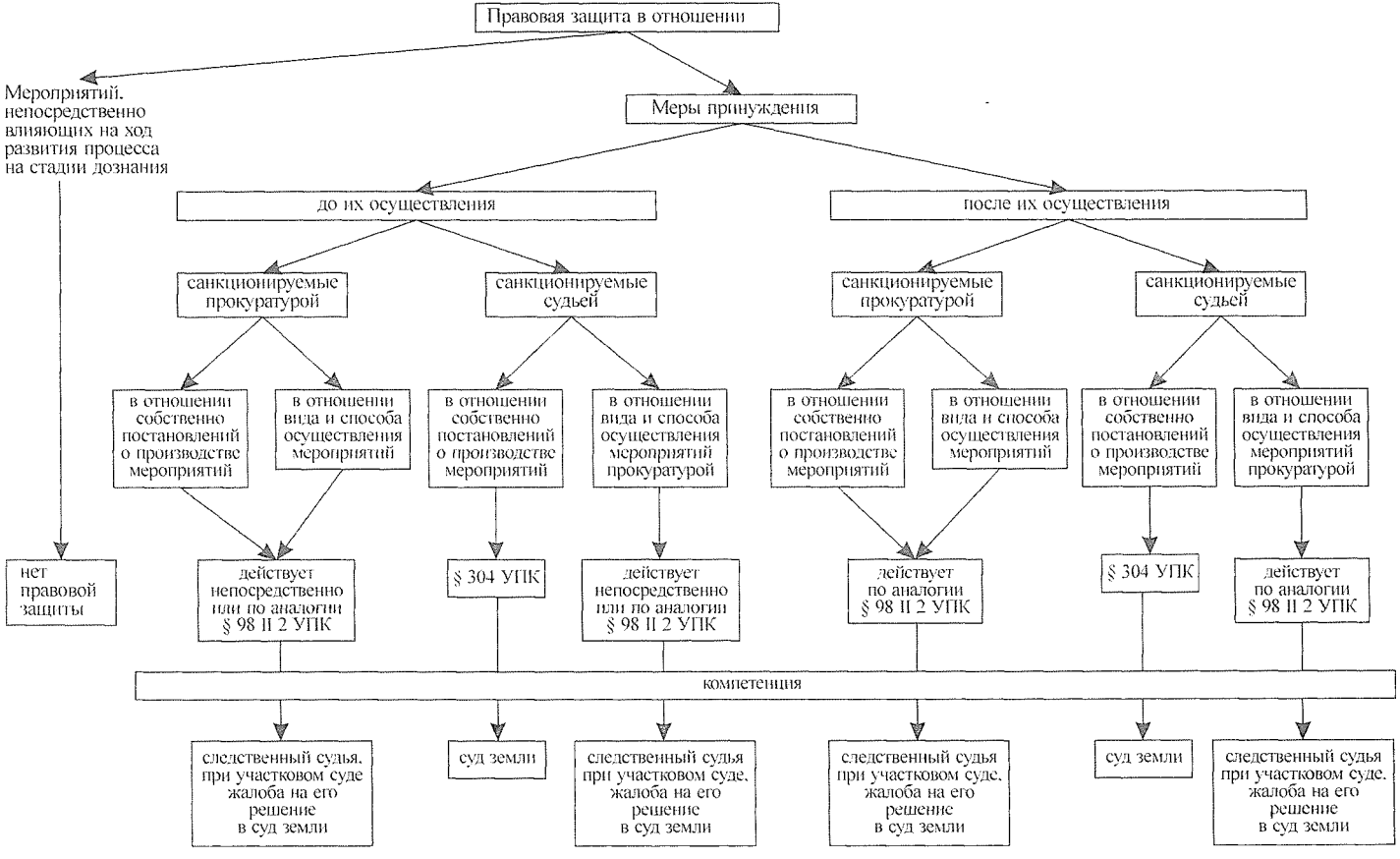
Прежде всего, студент должен запомнить **следующие правила** для решения задач: **326b**
– на все **постановления, выносимые следственным судьей**, возможно подать **жалобу** в соответствии с §304 УПК;
– все **решения и действия прокуратуры, ее помощников**, а также **полиции** возможно обжаловать, обращаясь к следственному судье согласно **§98 II 2 УПК непосредственно или по аналогии**. Только на это решение допустимо подать **жалобу** в соответствии с §304 УПК.

Детальное графическое изображение системы правовой защиты на стадии дознания представлено на схеме 4.

в) Интересы по обеспечению правовой защиты

Во многих случаях меры принуждения без знания заинтересованного лица осуществляются сразу же после вынесения постановления об их производстве, чтобы предотвратить обращение в суд до начала производства мероприятия. В связи с этим большое значение для заинтересованного лица имеет вопрос о возможности судебной проверки по поводу правомерности проводимого мероприятия после его завершения. Поскольку последующая реализация правовой защиты больше не может привести к отмене уже проведенного обжалуемого мероприятия, а в силах только констатировать его противоправность, то подача заявления допустима тогда, когда заинтересованное лицо **имеет особые интересы по обеспечению правовой защиты** при последующей констатации противоправности проведенного мероприятия. Это основное требование по обеспечению последую- **327**

Схема 4: Правовая защита в отношении мер принуждения на стадии дознания



щей правовой защиты следует из общих правовых соображений § 28 I 4 вводного закона к закону о судоустройстве, который по господствующему мнению необходимо учитывать при применении § 304 УПК или § 98 II 2 УПК (по аналогии) (vgl BGHSt 28, 57, 58; abw. Roxin, § 29 Rn 13; SK-Frisch, § 304 Rn 55). Однако одного лишь логичного утверждения о нарушении основных прав и свобод человека для этого недостаточно (BGHSt 37, 79, 83; abw. AK-Maiwald, § 100b Rn 10). Это в равной мере действует и применительно к мероприятиям, санкционируемым судьей, в отношении которых Конституционный суд ФРГ также предусматривает возможность последующей правовой защиты (BVerfGE 96, 27; Rn 326). Для производства всех мер принуждения, которые обычно заканчиваются глубоким вмешательством в основные права и свободы человека, следует до начала производства подобных мероприятий получить судебное постановление от компетентной инстанции (dazu Bachmann, NJW 1999, 2415).

Исходя из новейшей судебной практики, необходимо выделить следующие группы:

– **при глубоком вмешательстве в основные права и свободы человека** всегда должны присутствовать интересы по обеспечению правовой защиты. Из этого следует, например, исходить при вынесении постановления о производстве обыска в жилище и служебных помещениях (BVerfGE 96, 27; BVerfG NJW 1999, 273), в особенности если это касается средств массовой информации, когда происходит посягательство на защищаемые ст. 5 I 2 ОЗ блага (BVerfG NJW 1998, 2131). В каких ситуациях по общему правилу вмешательство в основные права и свободы можно причислить к «глубокому» посягательству, – на этот вопрос Конституционный суд ФРГ не дает достаточно ясного и убедительного ответа. Необходимо в первую очередь рассчитать: закрепляет ли Основной закон право за судьей в профилактических целях выносить постановление. Далее возможно охватить наряду с этим также лишение свободы (ст. 104 II, III ОЗ; vgl BGHSt 44, 171; s. aber auch OLG Hamm NJW 1999, 229) и «большое подслушивание» (ст. 13 III ОЗ). Однако это – не рациональное установление границ. Представляется более последовательным делать акцент на конкретный размер связанных с вмешательством в основные права обременений (Fezer, JR 1997.1064; abl. ua Burhoff, Ermittlungsverfahren, Rn 693d). К этому относится, в частности, основывающееся на произволе решение (OLG Celle StV 1997, 625);

– **опасность повторения совершения преступления** следует учитывать, когда она является существенной; наличия неопределенных опасений недостаточно (BGHSt 36, 30, 32; 37, 79, 82);

– судебная практика стабильно не признает за обвиняемым **интересов на реабилитацию** вследствие продолжающейся дискриминации (здесь также следует вести речь о глубоком посягательстве). Ведь эти интересы могут быть удовлетворены в ходе дальнейшего развития процесса посредством его прекращения, непринятия судом к рассмотрению дела, поступившего из прокуратуры, вынесения оправдательного приговора (BGHSt 37, 79, 83). Иная ситуация возникает в отношении необвиняемого, у которого нет иной возможности по реабилитации;

– по общему правилу недостаточно намерения, когда в последующих процессах становятся действующими **притязания на материальную ответственность должностных лиц** (KG NStZ 1997, 563, str.).

3. Правовая защита в отношении прочих мероприятий

На стадии дознания существуют некоторые мероприятия, которые нельзя охарактеризовать как «классические» меры принуждения, но и для них, как для всех иных процессуальных действий, действуют положения УПК. Поскольку они являются актами управления в области **328**

юстиции согласно § 23 вводного закона к закону о судоустройстве, то при их реализации соответственно возможно посягательство на основные права и свободы человека и гражданина.

Итак, более подробно:

а) Общение прокуратуры со СМИ

По мнению федерального административного суда, следует применять административно-правовой порядок, поскольку общение прокуратуры со СМИ не является «специальной» деятельностью по отправлению уголовного судопроизводства (BVerfG NStZ 1988, 513; VG Frankfurt StV 1997, 240; Roxin, § 29 Rn 9). Однако представляется более правильной в соответствии с §§ 23ff вводного закона к закону о судоустройстве реализация судебного порядка рассмотрения дел при Верховном суде земли, поскольку он является следующей инстанцией по рассмотрению дела по существу (OLG Stuttgart NJW 2001, 3797).

б) Мероприятия с целью опознания личности согласно § 81b УПК

В § 81b Alt.2 УПК («с целью опознания личности») представлены чужеродные вещества в распоряжении органов, осуществляющих уголовное преследование. Фактически речь идет о полицейском праве (см. Rn 243). В отношении соответствующих мероприятий возможно принимать меры, только используя административно-правовой порядок, § 40 положения об административных судах (AG München NStZ 1999, 528; str.). Если мероприятие в соответствии с § 81b Alt.1 УПК проводится с целью осуществления (конкретного) уголовного процесса, то действует по аналогии § 98 II 2 УПК (OLG Koblenz StV 2002, 127).

в) Запрет на предоставление информации в соответствии с § 96 УПК

329 Запрет на предоставление информации предусмотрен частично как мера органа юстиции в области отправления уголовного судопроизводства, которая, таким образом, может подвергаться сомнениям со стороны обвиняемого согласно § 23 вводного закона к закону о судоустройстве (OLG Celle NStZ 1991, 145; VG München NStZ 1992, 452; Fezer, 7 Rn 15). Более целесообразным представляется использовать в данном случае административно-правовой порядок, поскольку запрет на предоставление информации не является «специфическим» актом по отправлению уголовного судопроизводства и преследует прежде всего превентивные цели (BGHSt 44, 107, 116; BVerfGE 69, 192, 196f; 75, 1; BVerfG StV 1986, 523, 524; KG StV 1996, 531; KK-Nack, § 96 Rn 35; Geppert, Jura 1992, 241, 251; differenzierend K/M-G, § 96 Rn 14; OLG Stuttgart NStZ 1992, 96).

330 **Решение задачи 38.** а) Согласно концепции уголовно-процессуального кодекса **прокуратура** является **«госпожой предварительного расследования»**, соответственно она начинает либо по заявлению или по жалобе в органы власти о преступлении (§ 158 УПК), либо по долгу службы (§ 160 I УПК) предварительное расследование, которое по немецкому уголовному процессу протекает только в форме дознания. В случаях, не терпящих отлагательства, инициировать дознание может полиция (§ 163 УПК) или следственный судья (§ 165 УПК). На практике, как правило, начинает расследование полиция, которая по завершению полицейского расследования передает затем материалы уголовного дела в прокуратуру.

б) Дознание **заканчивается** предъявлением государственного обвинения (как правило, согласно § 170 I УПК или § 407 I УПК) или прекращением процесса из-за отсутствия достаточного подозрения (§ 170 II УПК) либо по соображениям целесообразности в соответствии с §§ 153ff УПК, § 35 закона о наркотических веществах, § 45 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних.

Подробно см. Rn 309ff, 319ff.

331 **Решение задачи 39.** Если прокуратура заявляет ходатайство на производство **судебного следственного действия** (§ 162 I 1 УПК), то, поскольку прокуратура также сама может действовать, следственный судья вправе проверять, насколько данное мероприятие является **в правовом смысле допустимым, но не в праве решать вопрос о целесообразности** проведения

данного мероприятия, § 162 III УПК. В данном случае допрос может быть проведен вместо судьи прокурором. В обоих случаях существует обязанность явиться и давать показания (§§ 48, 51 УПК, с одной стороны, и § 161a УПК – с другой). Хотя от включения судьи в процесс не следует ожидать дополнительной познавательной ценности, тем не менее судебный допрос является допустимым. Не относящиеся к делу соображения и ошибочное применение свободного усмотрения нельзя проверить. Поскольку в данном случае включение в процесс следственного судьи не рассматривается очевидно несоразмерным, то следственный судья не вправе отказаться от проведения допроса Б. Подробно см. Rn 318.

Решение задачи 40. При обыске в квартире речь идет о **мере принуждения** в смысле § 102 УПК. Выносить постановление о проведении подобного обыска вправе судья, а при опасности в промедлении также прокуратура и ее помощники (§ 105 I УПК). В данном случае мероприятие уже проведено. 332

Если производство данной меры принуждения санкционировал **судья**, то согласно ранее господствующей позиции в отношении нее **не было никакой правовой защиты**, поскольку мероприятие уже «процессуально устаревшее». В соответствии с новой судебной практикой теперь существует – так же, как и до завершения, – возможность подачи жалобы согласно § 304 УПК. Если постановление на производство обыска выносила **прокуратура** или **ее помощники**, то действует **по аналогии § 98 II 2 УПК**, т.е. А. в любое время может заявлять ходатайство о вынесении судебного решения.

Однако в обоих вариантах (выносит постановление судья или прокуратура) следует учитывать, что если проведены мероприятия, при которых речь может идти только о **констатации** их противозаконности, необходим **особый интерес по обеспечению правовой защиты**. В случае «глубоких» посягательств на конституционные права и свободы, как, например, при обыске в жилище (ст. 13 ОЗ), всегда подтверждается особый интерес по обеспечению правовой защиты. Подробно см. Rn 321ff.

§ 16. Прекращение процесса по соображениям целесообразности

Задача 41. **а)** Пенсионер А., у которого в середине месяца закончилась пенсия и не было денег для существования, похитил в супермаркете упаковку бульонных кубиков (§ 242 УК, подана жалоба потерпевшего в соответствии с § 248a УК). А. просит прокуратуру прекратить уголовный процесс в отношении него. Кто и как будет рассматривать данный вопрос?

б) Только в судебном разбирательстве суд прекращает процесс по соображениям целесообразности, причем это следует ни из обязанности, ни из указаний. Позже выясняется, что у А. была уже судимость, и, кроме того, у него при совершении преступления был при себе пистолет. Может ли прокуратура начать новый процесс?

I. Общие положения

Предоставленные прокуратуре и суду возможности прекращения процесса возможно систематизировать по различным критериям. Основополагающим является, прежде всего, дифференциация прекращения процесса с учетом соблюдения **принципа мо-** 333

нополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование и предъявлять государственное обвинение при наличии соответствующего подозрения (§ 170 II УПК) и с учетом принципа целесообразности (ua §§ 153ff УПК, § 37 закона о наркотических веществах, § 47 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних). В отношении последнего принципа следует отличать прекращение процесса **без отягчающих мероприятий** (в частности, §§ 153, 154ff УПК, §§ 45 I, 47 I № 1 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних), а также таких, которых влекут **отягчающие правовые последствия** (например, §§ 153a УПК, § 45 III закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних). Кроме того, с учетом соображений целесообразности можно выделить малозначительные деяния (§§ 153, 153a УПК), перевес других преступлений (§§ 154, 154a УПК) или наличие прочих особенностей деяния, из-за которых публичный интерес к осуществлению уголовного преследования отходит на задний план (например, §§ 153c, 154b, 154c УПК). Vert. Döhring, S., Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?, 1999; Erb, V., Legalität und Opportunität, 1999; Weigend, ZStW 109 (1997), 103; SK-Weßlau, § 152 Rn 29; LR-Beulke, § 152 Rn 39.

II. Прекращение процесса в соответствии с § 153 УПК: незначительная вина и отсутствие публичного интереса

1. Прекращение процесса прокуратурой, § 153 I УПК

334 Согласно § 153 I УПК **прокуратура** может прекратить процесс, предметом которого выступает **проступок**, если вина правонарушителя **незначительна**, и **не существует публичного интереса** к осуществлению уголовного преследования.

а) Речь должна идти об **уголовно наказуемом проступке** (§ 12 II УК: минимальный размер наказания в виде лишения свободы менее одного года или штраф).

б) **Вина** правонарушителя должна рассматриваться как незначительная.

Акцент сделан на словосочетании «должна рассматриваться». Это означает, что вину не следует доказывать, а органы уголовного преследования вправе воздержаться от дальнейших расследований. Поэтому применительно к степени подозрения достаточна простая вероятность осуждения – на основе прежнего уровня расследования (so auch die hM; aA Kühne, Rn 298; der die „Gewißheit der Verurteilung" verlangt). Если прежний ход дознания **опровергнул** наличие начального подозрения, то прекратить процесс согласно § 153 УПК нельзя, а необходимо сделать это в соответствии с § 170 II УПК (в этом отношении бесспорно).

Вина признается **незначительной**, если она в сравнении с уголовно наказуемым проступком аналогичного вида отчетливо находится ниже среднего уровня. Для определения размера вины следует учитывать критерии § 46 II 2 УК.

в) **Публичный интерес к осуществлению уголовного преследования** должен (с самого начала) отсутствовать. До определенной меры это рассчитано на **цели уголовного наказания** (vgl hierzu Wessels/Beulke AT Rn 12a). Прокуратура обязана спрашивать себя: необходимо ли, или по каким специальным либо общепревентивным основаниям, или для компенсации вины необходимо дальнейшее развитие процесса. При этом прокуратуре предоставляется относительно широкая свобода оценки действий.

Примечание: поскольку неопределенные юридические понятия: «незначительная вина» и «публичный интерес» – требуют уже оценочной деятельности, то у проку-

ратуры отсутствует – вопреки буквальному толкованию «может» – усмотрение по принятию решения. Это значит, что она **должна** прекратить процесс, если подтвердит эти признаки (s. LR-Beulke, § 153 Rn 38).

г) Решение может быть вынесено согласно § 153 I 1 УПК в принципе только **с согласия суда**. § 153 I 2 УПК предусматривает важное исключение для уголовно наказуемых проступков, которые не влекут сколько-нибудь серьезного наказания и если деянием причинен незначительный ущерб.

Под серьезным наказанием понимают наказание, которое значительно выше предусмотренного в §§ 38, 40 УК минимального размера и вида наказания (наказание в виде лишения свободы: один месяц; штраф: 5 дневных ставок), например, за кражу, совершенную со взломом в жилище, § 244 I № 3 УК.

Можно говорить о незначительном ущербе, причиненном от деяния, который в пересчете на денежный эквивалент составляет примерно до 50 евро (KK-Schoreit, § 153 Rn 43; OLG Zweibrücken NStZ 2000, 536).

д) Не требуется **согласие обвиняемого**, даже возможно отказаться от его предыдущего заслушивания (aA Dahs, NJW 1985, 1113, 1115).

е) Согласно § 153 I УПК решение **не вступает в законную силу** и даже тогда, когда оно объявлено с судебного согласия. Поэтому продолжение процесса возможно также без новых доказательств и фактов.

ж) Если деяние является **делом частного обвинения** согласно § 374 I УПК, то не учитывается применение § 153 УПК, поскольку прокуратура при этих правонарушениях берет осуществление уголовного преследования в свои руки, только когда она ранее подтвердила наличие публичного интереса в соответствии с § 376 УПК. Но это отсутствует в § 153 УПК. При отрицании публичного интереса прокуратура обязана прекратить процесс согласно § 170 II УПК и отослать потерпевшего к частному исковому порядку (см. Rn 591). Однако прокуратуре не возбраняется при наличии дела частного обвинения применять § 153a УПК, поскольку здесь она должна подтвердить публичный интерес к осуществлению уголовного преследования (см. Rn 337), и вместе с тем открывается возможность процесса публичного преследования в соответствии с § 376 УПК, в котором именно при применении § 153 УПК возможно устранить публичный интерес (HK-Krehl, § 153a Rn 4).

Если деяние в процессуальном смысле является **как делом частного обвинения, так и преступлением публичного преследования**, то возможно прекратить процесс публичного преследования согласно § 153 УПК. Это влечет за собой то, что дело частного обвинения также прекращается, и нельзя больше продолжать уголовное преследование в судопроизводстве по делам частного обвинения (str. s. LR-Beulke, § 153 Rn 12f). Этот императивный вывод следует из того, что единое деяние в процессуальном смысле (vgl hierzu Rn 512) может быть только единообразно прекращено. Прокуратура может только тогда указать на частный исковой порядок, когда она прекращает процесс публичного преследования в соответствии с § 170 II УПК (K /M-G, § 153 Rn 5). Соответствующие правила действуют и при прекращении процесса согласно § 153a УПК.

2. Прекращение процесса судом, § 153 II УПК

а) Если обвинительное заключение направлено в суд, то руководство процессом 335
переходит в суд. Теперь суд может прекращать процесс на любом этапе его развития (в судебном разбирательстве, в апелляции, кассации, в производстве по вновь

открывшимся обстоятельствам) при наличии тех же оснований, что необходимы были ранее для прокуратуры. При наличии всех необходимых предпосылок должно быть еще согласие прокуратуры и подсудимого (§ 153 II 1 УПК; исключения см. в § 153 II 2 УПК).

б) Решение принимается в форме определения и не подлежит обжалованию со стороны прокуратуры, а также подсудимого (§ 153 II 4 УПК). Однако обжалование согласно § 304 УПК допустимо, если отсутствует одна из необходимых процессуальных предпосылок (например, согласие подсудимого или прокуратуры).

336 в) В противоположность § 153 I УПК решение в соответствии с § 153 II УПК обладает **ограниченной законной силой**, масштаб которой очень спорный.

Предполагается сначала сделать зависимым возобновление дознания от получения **новых фактов или доказательств**, способных обосновать осуждение за совершение **преступления** (§ 373a I УПК по аналогии). Вместе с тем это защищало бы обвиняемого в еще большой степени, нежели § 153a УПК, который, даже несмотря на получение значительных затрат, не требует никаких новых фактов или доказательств для возобновления.

Поэтому возможно думать о привлечении § 153a I 5 УПК и требовать рассмотрения деяния теперь в качестве **преступления** (so Loos, JZ 1978, 598; Radtke, H., Zur Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozess, 1994, S. 174ff). При прекращении процесса в соответствии с § 153a УПК обвиняемый получает затраты.

Поэтому при прекращении в соответствии с § 153 II УПК по аналогии §§ 174 II, 211 УПК, 45 III 4, 47 III закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних для приостановления юридической силы необходимы **новые факты или доказательства**, на основе которых вина не рассматривается более как незначительная, и подтверждается публичный интерес по осуществлению уголовного преследования. Не требуется дополнительное разграничение преступлений и уголовно наказуемых проступков. Оценка деяния в качестве преступления легитимирует продолжение процесса, даже когда нет новых фактов или доказательств (необходимо исправлять только **ошибку в юридической квалификации**, которой раньше подвергались прокуратура или суд), поскольку преступления не должны ни в коем случае подпадать под сферу применения § 153 УПК (ebenso OLG Hamm GA 1993, 231; vert. LR-Beulke, § 153 Rn 88).

336a г) В делах частного обвинения § 153 II УПК (так же и § 153a II УПК) вытесняется специальным положением § 383 II УПК, в соответствии с которым суд может прекратить процесс без согласия частного обвинителя или обвиняемого, когда считает вину правонарушителя незначительной.

III. Прекращение процесса согласно § 153a УПК: отсутствие тяжкой вины и публичного интереса при встречном исполнении

337 Возможность прекращения процесса согласно § 153a УПК отличается от похожей возможности, предусмотренной в § 153 УПК **публичным интересом** к осуществлению уголовного преследования. В то время как в § 153 УПК публичный интерес отсутствует с самого начала, в § 153a УПК он первоначально существует, но компенсируется приобретением встречного исполнения. Прекращение процесса в соответствии с § 153a УПК играет большую роль на практике.

В § 153a УПК следует различать прекращение процесса на стадии дознания (§ 153a I УПК) и после предъявления обвинения (§ 153a II УПК):

1. Прекращение процесса прокуратурой, § 153a I УПК

На стадии дознания процесс можно прекратить согласно § 153a I УПК при наличии следующих предпосылок: **337a**

а) Речь должна идти об **уголовно наказуемом проступке**.

б) **Степень вины не должна препятствовать этому**. Вместе с тем закон исходит из наличия определенной степени вины. Поскольку уголовный процесс еще не был проведен, то достаточно наличия достаточного подозрения в совершении преступления (= вероятность осуждения). В результате отрицательной формулировки, что степень вины не должна препятствовать этому, следует, что также подпадают под действие и **преступления средней тяжести** (vgl LG Bonn NStZ 2001, 375 (Fall Kohl) m. krit. Anm. Beulke /Fahl, NStZ 2001, 426; Richter II, Rieß-FS, S.439).

в) Возложенные на обвиняемого **обязанности и указания** должны быть предназначены для устранения **общественного интереса** по осуществлению уголовного преследования. **337b**

В частности, прокуратура может возлагать на обвиняемого (**названные обязанности**):

- **загладить вред**, причиненный деянием (§ 153a I 1 № 1 УПК);
- **внести денежную сумму** в пользу общественно полезного учреждения или в государственную казну (№ 2);
- выполнить другую **общественно полезную работу** (№ 3);
- **обязанность содержания** потерпевшего путем выплаты определенной денежной суммы (№ 4);
- всерьез заботиться о получении **потерпевшим компенсации** (№ 5) или
- принимать участие в **конструктивном семинаре** при пробном получении водительского удостоверения (§ 2b закона о правилах уличного движения) или в рамках оценочной системы (§ 4 VIII закона о правилах уличного движения) (№ 6).

Учитывая новую формулировку закона о компенсации потерпевшему от преступления от 1999 (BGBl I, S. 2491), «в частности», следует, что перечень в § 153a УПК **не является исчерпывающим**. Прокуратура и суд могут возложить на обвиняемого выполнение иных обязанностей и указаний (**неназванные обязанности**). Теперь возложение такой обязанности, как обязанность лиц, совершивших насильственные преступления, до прекращения процесса посещать консультации по вопросам брака и семьи, исходя из модельного проекта Пассау, подпадает под сферу действия § 153a УПК (vgl hierzu Beulke, Kaiser-FS, S. 1421; TheerkoRn , G., Gewalt im sozialen Nahraum, 1995; Walther, Vom Rechtsbruch zum Realkonflikt, 2000, S. 363, 366). Однако право прокуратуры и суда возлагать на обвиняемого иные обязанности не безгранично; несмотря на открытие перечня § 153a УПК, прокурор не всегда может возложить на обвиняемого выполнение такой обязанности, как мойка машины или стрижка газона. Обязанности и указания должны находиться в связи с совершенным уголовно наказуемым деянием. При этом запрещается обходить специальные нормы иных областей права и необходимо соблюдать требования Конституции (vert. LR-Beulke, § 153a Rn 69). **337c**

Допустимо суммирование нескольких обязанностей (K /M-G, § 153a Rn 14 mwN). На практике чаще всего назначается такая обязанность, как выплата денежной суммы (№ 2). В отдельных случаях усиливается требование в результате привлечения общественности, в частности, при оглашении обязанности обвиняемого, если речь идет о соглашении на большие суммы (например, Fall Steffi Graf; Kargl /Sinner, Jura 1998, 231).

337d г) Для решения необходимо **согласие суда**. Однако оно не нужно при наличии оснований § 153 I 2 УПК в случаях § 153a I 2 № 1 до 5 УПК (§ 153a I 7 УПК в сравнении с § 153 I 2 УПК). Это означает: только в отношении семинаров, связанных с правилами дорожного движения (§ 153a I 2 № 6 УПК), а также применительно к необозначенным в данном параграфе обязанностям всегда требуется согласие суда. На основе этой исключительной оговорки на практике в большей степени прокуратура решает вопрос о прекращении уголовного процесса согласно § 153a I УПК. В частности, по многим преступлениям в сфере экономики в существенной степени дознание характеризуется отношением между прокуратурой и защитой при применении § 153a I УПК (dazu Dahs, NJW 1996, 1192).

д) Для прекращения процесса необходимо получить **согласие обвиняемого**, § 153a I I УПК.

е) Сначала процесс **только приостанавливается** (§ 153a I I УПК). Решение о приостановлении нельзя обжаловать ни обвиняемому, ни потерпевшему (BVerfG NJW 2002, 815; LR-Beulke, § 153a Rn 116; zum Klageerzwingungsverfahren s. u. Rn 347). Если обвиняемый не выполняет возложенные на него обязанности или указания, то процесс может возобновиться. Однако если обвиняемый выполнил возложенные на него обязательства, то прокуратура должна окончательно прекратить в отношении него процесс (K /M-G, § 153a Rn 45). Это является окончательным **обстоятельством, препятствующим дальнейшему ведению процесса**, т.е. деяние в смысле § 264 УПК (dazu Rn 512ff) не может более преследоваться как уголовно наказуемый проступок (**ограниченное правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании** согласно § 153a 1 5 УПК). Однако если впоследствии выяснится, что речь идет не об уголовно наказуемом проступке, а о преступлении, то процесс может возобновиться.

2. Прекращение процесса судом, § 153a II УПК

338 а) Действие § 153a II УПК относится – параллельно с § 153 II УПК – к прекращению судом процесса **после предъявления обвинения**. Должны быть в наличии одинаковые материальные предпосылки, как и в § 153a I УПК. Суд может прекратить процесс вплоть до конца судебного разбирательства, в котором в последний раз возможно проверить фактическую констатацию. Однако исключено применение § 153a II УПК – в противоположность прекращению судом в соответствии с § 153 II УПК – в кассационной инстанции (см. Rn 570). Прокуратура, а также подсудимый должны дать на это согласие. Решение суда о прекращении процесса и возложении обязанностей не подлежит обжалованию (§ 153a II 3, 4 УПК).

б) С полным выполнением возложенных обязательств автоматически наступает окончательное **обстоятельство, препятствующее дальнейшему ведению процесса**, для осуществления преследования уголовно наказуемого проступка (§ 153a

II 2 в сравнении с § 153a I 5 УПК; более подробно об обстоятельствах, препятствующих ведению процесса, см. Rn 273ff). Суд выносит окончательное решение о прекращении процесса, которое, однако, носит декларативный характер.

IV. Прекращение процесса в соответствии с § 154 УПК и ограничение уголовного преследования согласно § 154a УПК при нескольких правонарушениях

1. Основная концепция

Если правонарушитель совершил **несколько уголовно наказуемых деяний**, то в соответствии с принципом монополии прокуратуры возбуждать уголовное дело и предъявлять обвинение при наличии соответствующего подозрения необходимо в отношении каждого деяния проводить уголовный процесс. По причинам процессуальной экономии §§ 154, 154a УПК предоставляют возможность отклониться от данного принципа, и если кратко сказать, то наряду с главным преступлением иные правонарушения того же лица не имеют более значения. 339

При этом закон дифференцирует:

Если речь идет при совершении различных составов деяний о **самостоятельных деяниях в процессуальном смысле** (§ 264 УПК), то прокуратура или после предъявления обвинения суд вправе согласно **§ 154 УПК** прекратить процесс в отношении отдельных деяний, наказание за которые не имеет особенно большого значения в сравнении с другим деянием.

Пример. А. сначала похищает в супермаркете незначительную вещь (§§ 242, 248a УК), а часом позже на улице совершает разбойное нападение (§ 249 УК). В данном случае процесс по краже может быть прекращен в соответствии с § 154 УПК, поскольку за разбой следует ожидать достаточно строгого наказания.

Если речь идет при совершении различных составов деяний **об одном и том же деянии в процессуальном смысле**, то прокуратура или суд с момента предъявления государственного обвинения может отказаться в соответствии с **§ 154a УПК** от осуществления уголовного преследования в отношении малозначительных преступлений.

Пример. Для совершения убийства с отягчающими обстоятельствами (§ 211 УК) А. незаконно проникает в здание (§ 123 УК). Осуществление уголовного преследования возможно ограничить согласно § 154a УПК, предъявив обвинение только за совершение убийства с отягчающими обстоятельствами.

2. Усиление наказания в результате выделенных деликтов

Существует очень спорная ситуация: можно ли учитывать выделенные согласно §§ 154, 154a УПК деликты при осуждении для **усиления наказания**. 340

Верховный суд ФРГ дифференцирует:

Если суд в соответствии с §§ 154, 154a УПК, не комментируя, прекращает процесс, или ограничивает преследование, либо принимает государственное обвинение в ограниченном объеме после соответствующего поведения со стороны прокуратуры, то обвиняемый может полагаться на то, что выделенные части не послужат против него (идея справедливого процесса).

Однако это не действует, если обвиняемый **исключительно при применении § 265 УПК ссылается на** учет при назначении меры и размера наказания выделенных из процесса деяний, и на этом может основываться усиление наказания, если в соответствии с процессуальными нормами установлено преступное деяние (BGHSt 30, 147, 148 zu § 154a УПК; BGHSt 30, 165, 166; BGH StV 2000, 656 zu § 154 УПК; weitere Fundstellen mit Auflistung von Einzelfragen bei KK-Schoreit, § 154 Rn 47f und LR-Beulke, § 154 Rn 56ff).

Существует и противоположное мнение научного меньшинства, которое **в принципе отказывается** принимать во внимание усиление наказания. Если государство полагает, что нельзя отказаться от уголовного преследования определенных деяний или частей преступления, то необходимо соблюдать требование корректности так, чтобы в этом отношении установление вины производилось полностью, преодолевая все процессуальные препятствия (iE ebenso Eisenberg, Rn 417; Haberstroh, NStZ 1984, 289, 291f).

V. Иные возможности прекращения процесса

341 Иные возможности прекращения процесса существуют в следующих случаях (ausf. Kühne, Rn 304-309):

- когда суд может отказаться от назначения наказания (§ 153b УПК), что, например, возможно согласно § 46a УК в случае предоставления компенсации потерпевшему (zur Abgrenzung zu § 153a I I № 5 УПК s. LR-Beulke, § 153b Rn 8);
- при определенных преступных деяниях, совершенных за границей (§ 153c УПК);
- в отношении определенных политических преступлений (§ 153d УПК);
- в отношении преступлений, связанных с защитой государства, если правонарушитель обнаруживается «своевременно» (§ 153e УПК);
- в пользу потерпевших от преступлений, связанных с принуждением или вымогательством (§ 154c УПК);
- при незаконном использовании уголовного преследования в чуждых процессу целях (§ 154d УПК);
- в отношении преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств в небольшом размере и используемых в целях личного потребления (§ 31a закона о наркотических веществах);
- отказ от уголовного преследования преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотических средств, когда обвиняемый подвергается лечению от наркотической зависимости (§ 37 закона о наркотических веществах).

VI. Главный свидетель обвинения

342 Главным свидетелем обвинения в английском уголовном процессе называют свидетеля, который представляет корону, т.е. выступает свидетелем на стороне обвинения, хотя в отношении него самого существует подозрение в соучастии с подсудимым совершения преступления, по обвинению которого последний предстает перед судом. В качестве вознаграждения **главному свидетелю обвинения** гарантируется, что в отношении него не будет обвинения или в отношении него будет обвинение только в совершении менее значительного преступного деяния. Вследствие действия принципа монополии прокуратуры возбуждать уголовное дело и предъявлять обвинение при наличии соответствующего обвинения в немецком уголовном процессе нет в принципе пространства для ис-

пользования главного свидетеля обвинения (zum Streitstand Hoyer, JZ 1994, 233; Jeßberger, F., Kooperation und Strafzumessung, 1999; Kempf, StV 1999, 67; Gropp, in: Hirsch, Erscheinungsformen, S. 459ff). Однако законодатель делает исключения из данного принципа, в частности, чтобы облегчить борьбу с организованной преступностью, например:

– в сфере нарушений **закона о наркотических веществах** (§ 31 закона о наркотических веществах) и
– в сфере **отмывания денег, добытых преступным путем** (§ 261 X УК).

До 31.12.1999 для борьбы с терроризмом и с организованной преступностью действовало **положение о главном свидетеле обвинения**, которое сильно критиковалось в литературе, однако оно более не действует, поскольку срок его действия истек, а новый не продлен (vgl nur Fezer, Lenckner-FS, S. 681; Paeffgen, StV 1999, 627; ausf. Mehrens, St., Die Kronzeugenregelung als Instrument zur Bekämpfung organisierter Kriminalität, 2001. Zu den vorerst gescheiterten Bestrebungen, eine Kronzeugenregelung wiedereinzuführen, s. BR-Drucks. 395 / 00; Peglau, ZRP 2001, 103; DAV, StV 2001, 317).

Решение задачи 41. а) Поскольку **вина правонарушителя**, которая уже однажды установлена, **незначительна** и **отсутствует публичный интерес** в осуществлении уголовного преследования, прокуратура в соответствии с § 153 I УПК прекращает процесс. Поскольку в данном случае речь идет об уголовно наказуемом проступке согласно § 242 УК, последствия которого незначительны, то возможно вынести решение о прекращении процесса и без получения согласия судьи (§ 153 I 2 УПК). Подробно см. Rn 334. 343

б) Прокуратура вправе при наличии **новых обстоятельств**, которые представляют деяние совсем в новом свете (в частности, применение § 244 I № 1a УК), снова предъявить обвинение, если решение о прекращении процесса в соответствии с § 153 II УПК **не вступило в законную силу**. Несмотря на отсутствие категорического законного регулирования, существует в принципе единство о законной силе решения, принятого в соответствии с § 153 II УПК, однако его границы достаточно проблематичны. Частично следует по аналогии применять § 373a I УПК или § 153a I 5 УПК. Затем решение вступило бы в законную силу, поскольку деяние не рассматривается как **преступление** (ср. §§ 244 I № 1a, 12 I УК). Однако правонарушение не должно быть классифицировано как преступление, а для приостановления законной силы достаточно обнаружения **новых фактов или доказательств**, на основе которых вина не рассматривается более как незначительная и подтверждается наличие публичного интереса в осуществлении уголовного преследования (аналогичное применение §§ 174 II, 211 УПК, 47 III закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних). Обнаруженные новые обстоятельства позволяют прокуратуре вновь предъявить обвинение по данному делу. Подробно см. Rn 336.

§ 17. Производство по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств

Задача 42. М. указала на свою соседку А. Та похитила у М. 200 евро, а также велосипед Ф. стоимостью в 500 евро. Прокуратура в соответствии с § 170 II УПК прекратила дознание по обоим составам преступления. Может ли М. что-либо предпринять?

Задача 43. О. стала жертвой кражи, которую совершил А. Прокуратура прекращает процесс в отношении А. после того, как он внес установленную денежную сумму на счет общественно полезного учреждения. Может ли О. что-либо предпринять в данном случае?

I. Задача производства по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств

44 Если прокуратура прекратила производство дознания в соответствии с § 170 II УПК, то заявитель, если он является одновременно потерпевшим от преступления, может выступить против решения о прекращении процесса посредством **подачи искового требования о принуждении к выполнению обязательств** (§§ 172ff УПК; zum überblick Küpper, Jura 1989, 281ff). Производство по исковому требованию, с одной стороны, преследует цель осуществления судебного контроля за **принципом монополии прокуратуры возбуждать уголовное дело и предъявлять обвинение при наличии соответствующего подозрения**. С другой стороны, данное производство направлено на **защиту потерпевшего**, который заинтересован в фактическом расследовании преступления, жертвой которого он стал (vgl OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270). По общему правилу оно проводится прокуратурой с целью принять решение о предъявлении обвинения с учетом желания потерпевшего (§ 175 УПК). В исключительных случаях речь может идти только о возобновлении расследования, от которого прокуратура отказалась («следственное принуждение»; KG JZ 1991, 46 m. zust. Anm. Eisenberg und Wohlers, NStZ 1991, 300; OLG Hamm StV 2002, 128; abl. KK-Schmid, § 175 Rn 3). Практическое значение производства по исковому требованию о выполнении обязательств сравнительно невелико, однако в результате простого существования такой возможности проявляется его превентивное действие.

II. Основания

1. Заявление

345 В соответствии с § 172 УПК производство по исковому требованию о выполнении обязательств может осуществлять только то лицо, которое подало **заявление** о возбуждении государственного обвинения в смысле § 171 УПК. Достаточно, чтобы заинтересованное лицо конкретно сообщило, что хотело бы знать о расследуемом преступлении (см. Rn 309).

2. Признаки потерпевшего лица

346 Кроме того, из § 172 УПК следует, чтобы заявитель одновременно был потерпевшим.

Потерпевшим в смысле § 172 I УПК является лицо, которому **непосредственно** причинен вред совершенным преступным деянием (OLG Koblenz NStZ 1998, 40; OLG Stuttgart NJW 2001, 840; vgl auch Peglau, JA 1999, 55). Согласно распространенному мнению, понятие потерпевшего лица необходимо толковать широко, в частности, шире, нежели права потерпевшего на подачу жалобы с целью возбуждения уголовного дела, § 77 I УК. Однако, в частности, не признаются в качестве

потерпевших лиц члены ООО, которому был причинен преступлением вред, в отличие от самого ООО (OLG Stuttgart NJW 2001, 840).

Поскольку не на все случаи, в которых существует право лица подавать заявление в соответствии с § 172 УПК (например, родственники убитого), распространяется сфера действия критерия непосредственности причинения вреда правовым благам, то сегодня понятие «потерпевший» рассматривается более широко. Под это понятие подпадают и лица, которые пострадали от преступления таким образом, что их требование проведения уголовного преследования исходит из правомочного **интереса осуществления возмездия** (OLG Bremen NJW 1950, 960; Maiwald, GA 1970 52; Fezer, 1 Rn 55; abl. OLG Düsseldorf StraFo 2000, 21; zur Darlegungslast Rackow, GA 2001, 482).

Раньше акцент был сделан на интенсивную **защиту нарушенной нормы**, т.е. на пресечение осуществляемого правонарушителем состава преступления (KG JR 2001, 480; OLG Karlsruhe NStZ-RR 2001, 112 m. zust. Anm. Geppert, JK 01, УК § 339 /1; Bloy, JR 1980, 481; Frisch, JZ 1974, 7, 11f; Hefendehl, GA 1999, 584; Küpper, Jura 1989, 282; LR-Rieß, § 172 Rn 52; Roxin, § 39 Rn 5; Satzger, JA 1997, 624, 625).

Комбинация всех соединений является достаточно квалифицированной, поскольку каждый состав преступления затрагивает различные интересы.

3. Ограничения

В соответствии с § 172 II 3 УПК ходатайство на осуществление данного производства не допускается, если предметом производства является исключительно уголовно наказуемое деяние, которое может преследоваться потерпевшим в порядке частного обвинения (§ 374 УПК; см. Rn 590ff), или если **прекращается производство по делу по причинам целесообразности** согласно §§ 153ff УПК (см. Rn 333ff). **347**

III. Процедура

Производство по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств протекает в три этапа: **348**

- если прокуратура оставляет заявление о возбуждении государственного обвинения без последствий (Rn 345) или прекращает дознание, то заявителю передаются принадлежащие до этого момента функции прокуратуры, § 171 УПК (первый этап);
- вопреки этому согласно § 172 I УПК у заявителя есть право подать формальную жалобу на решение вышестоящему служащему прокуратуры, как правило, жалобы подаются генеральному прокурору (§ 147 № 3 закона о судоустройстве), это т.н. **жалоба на прекращение** (второй этап);
- в случае отклонения жалобы вышестоящим служащим прокуратуры заявитель согласно § 172 II 1 УПК вправе **ходатайствовать** в течение месяца со дня уведомления **о вынесении судебного решения** (Muster bei KMR-Plöd, § 172 Rn 55). Решение по этому заявлению выносит **Верховный суд земли** согласно § 172 IV УПК (третий этап). В Баварии это относится также к компетенции Верховного суда земли, а не к компетенции Высшего суда Баварии.

IV. Жалоба в порядке надзора

349 Наряду с производством по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств у потерпевшего лица есть возможность подачи общей **жалобы в порядке надзора**. Она полностью не зависит от формальной жалобы § 172 УПК. По жалобе в порядке надзора потерпевший обращается к вышестоящему должностному лицу с просьбой проверить якобы противоправное служебное поведение сотрудников прокуратуры. Эта жалоба не связана ни сроком, ни определенной формой подачи. Ее может подавать не только потерпевший, но и третье лицо.

350 **Решение задачи 42.** Необходимо проверить, может ли М. в порядке **производства по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств** согласно § 172 УПК предпринять что-либо против прекращения дознания в отношении А. по двум кражам. Предположим, что М. является **потерпевшей** в смысле § 172 I УПК. В отношении украденных у нее 200 евро признаки потерпевшего лица бесспорно обнаруживаются у М. При краже велосипеда никакие правовые интересы М. не ущемляются. Таким образом, она не является потерпевшей в смысле § 172 I УПК. В этом отношении производство о принуждении к выполнению обязательств являлось бы недопустимым. Подробно см. Rn 346.

351 **Решение задачи 43.** Процесс в отношении А. был **прекращен по причинам целесообразности** согласно § 153a I УПК. В данном случае не требуется согласие суда, § 153a I 7 в сравнении с § 153 I 2 УПК. О. не может выступать сама ни против прекращения процесса, ни в отношении **производства по исковому требованию о выполнении обязательств** (§ 172 II 3 УПК; подробно см. Rn 337, 347).

§ 18. Производство по преданию обвиняемого суду

Задача 44. а) Как начинается производство по преданию обвиняемого суду?

б) Чем оно завершается?

Задача 45. Прокуратура предъявила А. обвинение в повреждении имущества (§ 303 УК), поскольку он запачкал стекло витрины политическими призывами. Судья К. отказал вынести решение об открытии судебного разбирательства в отношении А., поскольку считает его поведение не уголовно наказуемым. После выхода на пенсию К. прокуратура вновь предъявляет обвинение. Компетентный судья С. на сей раз считает, что в совершенном деянии А. предусмотрены все признаки состава преступления, закрепленного в § 303 I УК. Может ли С. открыть судебное разбирательство?

I. Назначение и цель производства по преданию обвиняемого суду

352 Если прокуратура предъявила государственное обвинение путем направления обвинительного заключения в суд, то в соответствии с концепцией уголовно-процессуального кодекса дело не должно рассматриваться сразу же в судебном разбирательстве. В большинстве случаев назначенный на проведение судебного разбирательства суд, как **независимая от прокуратуры инстанция**, в закрытом **производстве по преданию обвиняемого суду** (§§ 199-211 УПК) сначала должен проверить наличие в действительности **оснований, обосновывающих достаточное подозрение в совершении преступле-**

ния. Только в случае обоснования достаточного подозрения обвиняемый должен претерпевать тяжелые неблагоприятные последствия в своей личной сфере, связанные с открытым судебным разбирательством. Кроме того, обвиняемому в дальнейшем необходимо предоставить также возможность воспользоваться его правом на защиту, поскольку он уже может воздействовать на дальнейший ход процесса ходатайствами о предоставлении доказательств и своими возражениями после сообщения ему обвинительного заключения. В отдельных случаях он может настаивать по своему желанию на дополнительном расследовании только у независимого судьи.

По поводу института предания обвиняемого суду можно возразить, что на начало судебного производства суд уже **предубежден**, поскольку он объявил о наличии достаточного подозрения в отношении подсудимого уже на стадии предания обвиняемого суду и в определенной мере согласился с существующим обвинением. Суд рассматривал бы данный упрек в свой адрес правомерным. Эта критика призывает временно к ликвидации стадии предания обвиняемого суду (Schmidt, I Rn 161 Fn 285). Однако необходимо приветствовать, что эти требования не могут осуществиться. Несмотря на правомерную в определенной степени критику, отмена данной стадии – не только теоретически – способствовала бы полному уничтожению защиты обвиняемого от неоправданного судебного разбирательства (so auch Roxin, § 40 Rn 3).

II. Ход развития стадии по преданию обвиняемого суду

1. Производство по преданию обвиняемого суду **начинается с предъявления прокуратурой государственного обвинения** в форме направления обвинительного заключения в компетентный суд (§ 170 I УПК). Обвиняемый с этого момента именуется **подсудимым** (§ 157 УПК). При предъявлении прокуратурой обвинения в форме ходатайства об издании письменного приказа о назначении наказания (§§ 407ff УПК) производство по преданию обвиняемого суду не состоится (по иным формам предъявления обвинения см. Rn 319). **353**

Вплоть до окончательного решения об открытии судебного разбирательства, в том числе и на стадии предания обвиняемого суду, прокуратура может отозвать обвинение (arg. e contrario § 156 УПК).

2. Обвинительное заключение **по содержанию** должно соответствовать **определенным требованиям**, чтобы обвиняемый знал, от чего ему надо защищаться. Согласно §§ 199 II, 200 УПК в обвинительном заключении должны быть указаны: **354**

- обвиняемый
- деяние, которое вменяется ему в вину
- время и место его совершения
- признаки деяния, предусмотренные законом
- подлежащие применению нормы закона

} **Формула обвинения** (§§ 200 I 1, 243 III 1 УПК)

- доказательства
- указание суда, в котором состоится судебное разбирательство
- защитник
- представление существенных результатов расследования (от этого можно отказаться, если обвинение возбуждено по делу, которое рассматривает единоличный судья)
- ходатайство об открытии судебного производства.

Образцы обвинительных заключений: Brunner, Rn 193a f; Kühne, Rn 292; Rahn, Muster 14ff; Weiland, S.63; Vordermayer /v. Heintschel-Heinegg-Eschelbach, Teil D Kap. 1 S.613; Wolters /Gubitz, S.71.

Наличие эффективного обвинительного акта – это **предпосылка процесса**, которую суд должен по долгу службы проверить. В случае отсутствия необходимой (существенной) составной части обвинительного заключения (например, недостаточно конкретизировано время и место совершения вменяемого обвиняемому преступления) и в случае неготовности прокуратуры исправить недостатки, необходимо отказать в вынесении решения об открытии судебного разбирательства. В случае обнаружения этого недостатка только в судебном разбирательстве, согласно господствующему мнению, его можно устранить в суде первой инстанции. На более поздних стадиях процесс необходимо прекратить в соответствии с § 260 III УПК. По мнению автора, нужно уже на стадии судебного разбирательства в первой инстанции вынести решение о прекращении процесса согласно § 260 III УПК (o. Rn 285; vert. LR-Rieß, § 200 Rn 52).

355 3. Прежде чем суд примет окончательное решение об открытии судебного производства, закон в § 201 и § 202 УПК предписывает прохождение следующих этапов:

- председатель вручает подсудимому обвинительное заключение (§ 201 I HS 1 УПК) и предлагает ему в течение определенного срока заявить, есть ли у него ходатайства о представлении дополнительных доказательств до решения об открытии судебного разбирательства или хотел бы он представить свои возражения против открытия судебного разбирательства (§ 201 I HS 2 УПК);
- в случае обязательной защиты (§ 140 I, II УПК) председатель должен согласно § 141 УПК назначить обязательного защитника подсудимому, у которого его еще нет;
- теперь уже суд решает вопрос о ходатайствах и возражениях (§ 201 II 1 УПК), которые исходят от подсудимого. Суд может в целях лучшего исследования обстоятельств дела распорядиться о самостоятельном сборе отдельных доказательств (§ 202 S.1 УПК). Все эти решения суда обжалованию не подлежат (§ 201 II 2 УПК и § 202 S.2 УПК);
- спорно, может ли суд поручить также прокуратуре собрать отдельные доказательства (dafür KG JR 1966, 230f; dagegen LG Münster JR 1979, 40 m. zust. Anm. Peters; LR-Rieß, § 202 Rn 12).

III. Заключительное решение на стадии предания обвиняемого суду

356 На последнем этапе на данной стадии суд **в закрытом заседании** решает о вопрос о необходимости открытия судебного разбирательства или о прекращении процесса.

1. Компетентность

Принимает решение об открытии судебного разбирательства суд, компетентный в дальнейшем рассмотреть уголовное дело по существу (§ 199 I УПК, исключения см. §§ 209, 209a УПК). Поскольку речь идет о принятии решения суда за пределами судебного разбирательства, то при этом **шеффены не участвуют** (§§ 30 II, 76 I 2 закона о судоустройстве).

2. Решение об открытии судебного разбирательства, §§ 203ff УПК

a) Предпосылки открытия

357 Суд выносит решение **об открытии судебного разбирательства**, если результаты подготовительного производства свидетельствуют о наличии достаточного подозрения в совершении уголовно наказуемого деяния в отношении подсудимого

(§ 203 УПК). У суда есть свобода оценки при определении **достаточного подозрения**, однако отсутствует усмотрение при вынесении окончательного решения. В отношении подсудимого присутствует достаточное подозрение в совершении преступления только в том случае, когда **существует вероятность, что он совершил уголовно наказуемое деяние и будет осужден за это** (K /M-G, § 170 Rn 1; zu den einzelnen Verdachtsgraden s. auch die übersicht o. Rn 114).

Согласно § 206 УПК суд при вынесении решения не связан ходатайствами прокуратуры.

б) Содержание решения об открытии судебного разбирательства

В решении об открытии судебного разбирательства суд указывает, что обвинение допускается к рассмотрению в судебном разбирательстве, а также называет суд, который должен рассматривать это дело (§ 207 I УПК). **358**

При наличии изменений в обвинении суд в решении указывает, с каким изменениями обвинение допускается к рассмотрению в судебном разбирательстве (подробно см. § 207 II УПК).

Пример. Прокуратура предъявляет обвинение в совершении кражи (§ 242 I УК). Суд подтверждает наличие достаточного подозрения в совершении мошенничества (§ 263 I УК). В данном случае суд в своем решении должен согласно § 207 II № 3 УПК указать, что деяние с правовой точки зрения квалифицировано иначе по сравнению с обвинительным заключением и применяется иной параграф УК. Также необходимо указать признаки, свидетельствующие о переквалификации с одного состава на другой (BGHSt 23, 304, 305).

Одновременно суд по долгу службы выносит решение о предписании или продлении заключения лица под стражей либо о временном помещении лица в психиатрическую больницу или наркологическое учреждение, § 207 IV УПК.

в) Обжалование решения об открытии судебного разбирательства

Данное решение **не может быть обжаловано** подсудимым, § 210 I УПК. Причина этого заключается в том, что данное решение констатирует только **предварительную оценку деяния**, которое будет достаточно перепроверяться в судебном разбирательстве при наличии правовых средств обжалования заключительного решения по делу. В кассационной инстанции также данное решение не перепроверяется (§ 336 S.2 УПК). **359**

Недействительное или с существенными недостатками решение об открытии судебного разбирательства подлежит обжалованию со стороны прокуратуры посредством подачи жалобы (LG Göttingen NStZ 1989, 88 mwN). Очень проблематично: может ли в этом случае в качестве исключения из § 210 I УПК подсудимый также приносить жалобу (zu Recht dagegen KMR-Seidl, § 210 Rn 8).

г) Действие решения об открытии

После открытия судебного производства подсудимый наделен правом защищать себя в открытом слушании дела от предъявленного ему обвинения и вместе с тем реабилитировать себя. Действие решения об открытии приостановить нельзя. **360**

При установлении после открытия судебного разбирательства обстоятельства, препятствующего ведению процесса, суд может за пределами судебного разбирательства прекратить процесс в соответствии с § 206a УПК. Кроме того, существует возможность прекращения дела в соответствии с § 206b УПК, когда уголовный закон, действующий на момент окончания преступления, до решения суда изменен и предметом судебного разбирательства высту-

пает деяние, которое по действовавшему ранее закону считалось уголовно наказуемым, а теперь таковым не является.

Прежде всего, из **действия** данного решения следует, что оно не может быть отменено, поскольку оценка достаточного подозрения изменилась законом после открытия судебного производства, т.е. поскольку суд **теперь не признает наличие достаточного подозрения** (Rn 301).

д) Отсутствие решения об открытии

361 Отсутствие в принципе решения об открытии судебного разбирательства – **обстоятельство, препятствующее ведению процесса**. Очень спорным является следующий момент: возможно ли **в последующем** вынести отсутствующее решение об открытии. Согласно господствующему мнению, это возможно также в пределах судебного разбирательства по существу, т.е. в суде первой инстанции (BGHSt 29, 224, 228). Однако, по мнению автора, в данном случае в судебном разбирательстве необходимо вынести решение о прекращении процесса в соответствии с § 260 III УПК, и нужно новое обвинение (подробно см. Rn 284).

е) Наличие недостатков в решении об открытии

362 При наличии в решении недостатков их необходимо дифференцировать в зависимости от степени существенности. **Критерием разграничения** в данном случае выступает то, **в какой мере на основе данного решения с определенным объемом информации возможна квалифицированная защита** (BGH StV 1996, 362).

Существенные недостатки превращают решение об открытии в **недействительное**, т.е. по правовым последствиям это равносильно отсутствию решения об открытии судебного разбирательства (см. Rn 361).

Наличие **менее существенных** недостатков не влечет недействительность решения об открытии и соответственно отсутствие предпосылки процесса. Недостатки данного вида **не влекут правовых последствий** de facto. Если они замечены в судебном разбирательстве, то их возможно устранить (BGH GA 1980, 108, 109).

Для разграничения существенных и менее существенных недостатков существует обширная и в отдельных случаях вызывающая споры казуистика. Так, например, недостающая подпись судьи вызывает недействительность решения об открытии судебного разбирательства (OLG Hamm StV 2001, 331; aA OLG Düsseldorf NStZ-RR 2000, 114), однако в качестве существенного недостатка не рассматривается участие **отстраненного** судьи (ср. § 22 № 2 УПК; BGHSt 29, 351, 355). С последним примером, правда, вряд ли можно согласиться, поскольку нарушается конституционная норма – ст.101 I 2 ОЗ (ebenso LR-Rieß, § 207 Rn 51; Peters, § 58 III 1c; Nelles, NStZ 1982, 96, 102).

3. Отклонение открытия судебного производства, § 204 УПК

а) Предпосылки

Суд согласно § 204 I УПК в сравнении с § 203 УПК принимает решение, что нельзя открыть судебное разбирательство, если он убежден, что: 363

– подсудимый не совершал вменяемого ему преступления, или
– отсутствуют предпосылки процесса, т.е. присутствуют обстоятельства, препятствующие дальнейшему ведению процесса, или
– осуждение подсудимого из фактических оснований не представляется вероятным (в этом отношении решение зависит от вероятности осуждения).

б) Содержание решения об отклонении открытия судебного разбирательства

Из определения суда о невозможности открытия судебного разбирательства должно следовать, обосновывает ли он это фактическими или правовыми основаниями, § 204 I УПК.

в) Обжалование определения суда об отклонении открытия судебного разбирательства

На определение суда, которым отказано в открытии судебного разбирательства, прокуратура может подать срочную жалобу (§ 210 II Alt.1 УПК).

г) Законная сила определения суда об отклонении открытия судебного разбирательства

Если открытие судебного разбирательства отклонено определением, не подлежащим обжалованию, то обвинение согласно § 211 УПК вновь может быть возбуждено **только на основании новых фактов или новых доказательств**.

Пример. Суд на основе показаний иностранного обвиняемого А. исходит из того, что на момент совершения преступления ему было только 13 лет и, следовательно, он еще не достиг возраста уголовной ответственности. Позже в результате показаний внезапно обнаруженного отца выясняется, что А. на момент совершения преступления достиг 14-летнего возраста. Поскольку теперь существуют новые доказательства, то можно вновь предъявить обвинение.

Новое **юридическое представление** не подпадает под понятие «новые факты и доказательства» в смысле § 211 УПК. Не учитывая возможность возобновления § 211 УПК, действует **правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании**, как и при оправдательном приговоре (BGHSt 18, 225ff; OLG Jena NStZ-RR 1998, 20).

4. Временное приостановление производства по делу

В соответствии с § 205 S.1 УПК если судебное разбирательство длительное время не может быть проведено вследствие отсутствия обвиняемого или в силу других обстоятельств, связанных с личностью обвиняемого, то суд своим определением вправе **временно приостановить производство по делу**. Председательствующий, если это необходимо, принимает меры обеспечения доказательств (§ 205 S.2 УПК). Временное приостановление производства по делу учитывается, в частности, когда подсудимый не способен участвовать в разбирательстве дела по меньшей мере в обозримый период. 364

Также при наличии всех иных обстоятельств, которые только временно препятствуют проведению процесса, необходимо по аналогии с § 205 УПК приостанавливать производство

по делу, так, в частности, когда отсутствует необходимая, но, возможно, в последующем представляемая жалоба потерпевшего (str., zust. Roxin, § 40 Rn 15). § 205 УПК действует не только на стадии предания обвиняемого суду, но также по аналогии и в других стадиях процесса (см. Rn 290ff).

Поскольку подсудимый после открытия судебного производства может требовать, чтобы его процесс фактически был проведен и окончен, то § 205 УПК не находит своего применения – также не применима его аналогия, – когда существует временная невозможность доказать уголовно наказуемое деяние, когда, например, главный свидетель не может явиться в обозримом будущем (BGH NStZ 1985, 230; OLG Hamm NJW 1998, 1088 m. Anm. Rosa, NStZ 1999, 263; OLG Koblenz StV 1993, 513; für diesen Fall auch Roxin, § 40 Rn 15; aA AK-Loos, § 205 Rn 9).

5. Прекращение процесса по причинам целесообразности

365 На стадии предания обвиняемого суду возможно прекратить процесс **по причинам целесообразности** (в частности, §§ 153ff УПК), когда прокуратура и подсудимый согласны с этим (см. Rn 333ff).

366 **Решение задачи 44. а)** Производство по преданию обвиняемого суду (§§ 199-211 УПК) начинается прокуратурой посредством направления обвинительного заключения в компетентный суд, §§ 170 I, 199 II УПК. Подробно см. Rn 353ff.

б) Производство по преданию обвиняемого суду заканчивается:

- принятием решения об открытии судебного разбирательства (§§ 203, 207 УПК) или
- отказом открыть судебное разбирательство, если нет достаточного подозрения в совершении преступления, или присутствует окончательное обстоятельство, препятствующее дальнейшему ведению процесса (§ 204 УПК), или
- приостановлением производства по делу при наличии временных обстоятельств, препятствующих проведению процесса (§ 205 УПК непосредственно или по аналогии), или
- прекращением процесса по причинам целесообразности, §§ 153ff УПК. Подробно см. Rn 363ff.

367 **Решение задачи 45.** Если открытие судебного разбирательства отклонено определением, не подлежащим обжалованию, то обвинение вновь может быть возбуждено только на основании новых фактов или доказательств, § 211 УПК. Измененная правовая позиция не является новым фактом и новым доказательством. Поэтому судья С., рассматривающий вновь дело, связан при решении вопроса об открытии судебного разбирательства согласно § 211 УПК неправильным правовым представлением прежнего судьи К. Также действует **правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании**. Судья С. должен вновь отказать в открытии судебного разбирательства. Подробно см. Rn 363.

§ 19. Подготовка дела к судебному разбирательству и проведение судебного разбирательства в суде первой инстанции

Задача 46. а) В какой последовательности осуществляется судебное разбирательство в суде первой инстанции по уголовным делам?

б) Насколько возможно прервать судебное разбирательство?

Задача 47. В ходе судебного разбирательства подсудимый А. записывал для себя показания главного свидетеля обвинения С., однако председатель запретил ему делать подобные заметки. Защитник В. считает запрет противоправным, однако ничего не предпринимает. В отношении А. выносят обвинительный приговор. Он подает кассацию, где основывает свои доводы на противоправном, по его мнению, запрете со стороны председателя. Будет ли его кассация успешна?

Задача 48. А. предъявлено обвинение в суде шеффенов. Во время судебного разбирательства, которое растянулось более чем на 2 дня, в здание суда в первый день с 15.00 по 21.15 невозможно было войти, поскольку входная дверь в здание нечаянно была заперта. Слушатели постоянно присутствовали, однако С. не смог войти в здание суда, чтобы присутствовать на судебном разбирательстве с 16 часов. На этом обстоятельстве А. основывал свою последующую кассацию. Вправе ли он на этом настаивать?

Задача 49. Против А. проводится расследование по двум независимым кражам. Когда по первому деянию выносится решение о назначении наказания, он договаривается с прокуратурой, что не будет обжаловать данное решение. Он получает согласие, что прокуратура в отношении второго деяния прекратит дознание в соответствии с § 153a УПК. Однако после вступления в законную силу решения о назначении наказания прокуратура не соблюдает соглашение и предъявляет А. обвинение в совершении второй кражи перед судьей по уголовным делам. А. заявляет, что процесс нельзя проводить. Как разрешается данная ситуация?

I. Подготовка дела к судебному разбирательству, §§ 213ff УПК

1. Назначение даты слушания дела, § 213 УПК

В соответствии с § 213 УПК **дата слушания дела в суде** определяется председателем суда. Председатель суда обладает свободой усмотрения при определении даты слушания дела (OLG Frankfurt StV 1998, 13). 368

2. Повестки в суд, § 214 I 1 УПК

Председатель обязан **предписать вызов** участвующих в судебном разбирательстве лиц согласно § 214 I 1 УПК. Срок повестки определяется в соответствии с § 217 I УПК и составляет минимум одну неделю до начала судебного разбирательства. Прокуратура принимает меры **к получению предметов и письменных материалов, которые могут служить доказательствами по делу**, § 214 IV 1 УПК. При необходимости это может сделать также и суд, §§ 214 IV 2, 221 УПК.

3. Вручение решения об открытии судебного разбирательства

Самое позднее решение об открытии судебного разбирательства должно быть вручено подсудимому вместе с вызовом его в судебное заседание, § 215 S.1 УПК.

4. Возражения против состава суда

369 Если судебное разбирательство по первой инстанции проводится в суде земли или в Верховном суде земли, или соответственно в Высшем суде Баварии, то не позднее начала судебного разбирательства должен быть **в письменной форме объявлен состав суда** (§ 222a УПК). Если состав суда объявлен согласно § 222a УПК, то возражения против незаконного состава суда могут быть заявлены только до начала допроса первого подсудимого по делу в судебном разбирательстве (подробно см. § 222b УПК). Если подсудимый не сделал возражение против состава суда, то он не может позже аргументировать кассацию ошибочным составом суда (подробно см. § 338 №1 УПК).

5. Допросы по судебному поручению, осмотр

370 В исключительных случаях собирание доказательств, которое в принципе закреплено за более поздним судебным разбирательством, можно предвосхитить. В частности, возможно предписать проведение **допроса** свидетеля или эксперта по **судебному поручению**, когда явке данных лиц в судебное разбирательство на протяжении продолжительного времени препятствуют болезнь, или немощь, либо другие неустранимые причины (§ 223 I УПК), либо явка данных лиц невозможна из-за большой удаленности от места судебного разбирательства (§ 223 II УПК).

Допрос по судебному поручению осуществляет согласно § 223 I УПК судья в порядке выполнения просьбы или поручения. **Судья, которому поручено проводить допрос**, – член судейского сообщества, речь может идти в данном случае не только об одном, но и о нескольких профессиональных судьях. **Судья, которого просят о проведении допроса**, – судья другого участкового суда, который **по просьбе об оказании правовой помощи** проводит там ходатайствующее действие, совершаемое в порядке выполнения служебных обязанностей (§ 157 закона о судоустройстве).

Обзор см. Schlothauer, Rn 145ff.

II. Ход судебного разбирательства; обзор

371 Отдельные этапы судебного разбирательства по первой инстанции регулируются, в частности, §§ 243, 244 I УПК:

Судебное разбирательство начинается **проверкой явки** вызванных в суд лиц согласно § 243 I 1 УПК.

Затем председательствующий устанавливает, присутствует ли подсудимый, защитник и представлены ли доказательства, в частности, явились ли свидетели и эксперты, т.н. **установление явки**, § 243 I 2 УПК. Присутствие в судебном заседании представителя прокуратуры предполагается законом как само собой разумеющееся, ср. § 226 УПК.

На практике на сегодняшний день проводят общее **предупреждение свидетелей и экспертов** об ответственности за отказ и за дачу заведомо ложных показаний, а также общее разъяснение им иных прав, если только их приглашение не дифференцировали по времени (§§ 57, 72 StPO).

Свидетели затем должны покинуть зал судебного заседания, § 243 II 1 УПК, поскольку согласно § 58 УПК их необходимо допросить в отдельности друг от друга и в отсутствие свидетелей, допрашиваемых позднее.

Затем переходят **к допросу подсудимого и выясняют сначала его личность**, § 243 II 2 УПК.

После этого прокурор зачитывает **формулу обвинения**, § 243 III 1 УПК.

Затем **подсудимому разъясняется его право давать показания**, т.е. от его собственного усмотрения зависит, давать объяснения по существу обвинения или не давать показаний по делу, § 243 IV 1 УПК.

Если подсудимый готов дать объяснения, то он **допрашивается по существу дела**, § 243 IV 2 УПК. При этом подсудимому сначала предоставляется возможность высказаться по поводу предъявленного ему в целом обвинения.

Затем следует исследование доказательств, которое осуществляется в форме **судебного следствия**, §§ 244-257 УПК.

По окончании судебного следствия прокурор, а затем подсудимый или, соответственно, его защитник получают слово для выступления в прениях и внесения своих предложений (**судебные прения**), § 258 I УПК.

Согласно § 258 II 2.HS, III УПК **подсудимому** всегда принадлежит право на **последнее слово**.

Совещание и голосование осуществляется негласно (§§ 43, 45 закона о судьях), и в нем могут принимать участие только судьи, назначенные для вынесения решения по конкретному делу, а также – при надлежащем оформлении со стороны председателя – лица с юридическим образованием, занятые в данном суде, § 193 закона о судоустройстве. Студенты-юристы, проходящие практику в суде, не обладают данным правом участия (BGHSt 41, 119, 120).

Судебное разбирательство завершается **провозглашением приговора**, постановленного после совещания, § 260 I УПК. В соответствии с § 268 II УПК приговор провозглашается путем прочтения резолютивной части и объяснения его оснований. По общему правилу оглашение приговора состоится непосредственно по завершении совещания и голосования, § 268 III 1 УПК. Он должен быть оглашен самое позднее на 11-й день с момента окончания судебного разбирательства, иначе необходимо начинать судебное разбирательство заново, § 268 III 2 УПК.

III. Отдельные проблемы, возникающие в ходе судебного разбирательства

1. Право председателя суда осуществлять руководство судебным разбирательством

а) Первое решение по делу

В соответствии с § 238 I УПК **руководство рассмотрением дела**, допрос подсудимого и судебное следствие осуществляет **председатель** суда. **372**

При принятии особенно важных решений закон предусматривает **срочную компетенцию всего суда**, в частности, при вынесении решения об отводе судьи (§ 27 I УПК), отложении дела и назначении длительного перерыва (§ 228 I 1 УПК), а также отклонении ходатайства о представлении доказательств (§ 244 VI УПК).

б) Обращение в суд

373 Если участвующее в рассмотрении дела лицо **выразило возражение против недопустимых предписаний** председательствующего, касающихся руководства судебным разбирательством, то решение об этом выносит суд (§ 238 II УПК).

Обычно проводят дифференциацию между:

формальным руководством ходом разбирательства дела, которое касается исключительно **внешнего** оформления судебного разбирательства, например, открытие и закрытие судебного заседания, короткие перерывы в ходе судебного заседания, освобождение от роли свидетеля и т.д., и

фактическим ведением дела в суде, предметом которого выступают все предписания, непосредственно могущие оказывать влияние на исход дела, т.е. все то, на чем основывается приговор. Сюда, в частности, относится допрос подсудимого и судебное следствие (см. § 238 I УПК).

Только при последнем должно быть допустимым обращение в суд. Поскольку на практике нельзя разделять эти две сферы, то сегодня такого разграничения с полным основанием больше не придерживаются. Напротив, все предписания причисляют к фактическому ведению дела в суде в смысле § 238 II УПК (K /M-G, § 238 Rn 12f; Volk, § 19 Rn 24 – abw. BGHSt 10, 202, 207; Roxin, § 42 Rn 13).

§ 238 II УПК действует также и при слушании дела единоличным судьей по уголовным делам, в данном случае он самостоятельно выносит решения в форме определения или постановления (wie hier ua OLG Düsseldorf StV 1996, 252; Ebert, StV 1997, 269; KK-Tolksdorf, § 238 Rn 14; aA BayObLGSt 1962, 267).

374 На решения суда, которые предшествуют постановлению приговора, по общему правилу **жалоба не может быть подана** (§ 305 УПК). Остается только возможность подавать кассацию на действующее нарушение процесса (§§ 337, 338 УПК). Однако жалоба допустима в отношении решений, которые **внутренне не связаны с вынесением приговора** (см. Rn 578).

375 Подсудимый должен сразу решить, собирается ли он терпеть противоправные распоряжения председателя, поскольку кто отказывается от обращения в суд согласно § 238 II УПК, тот упускает свои шансы на подачу кассации.

Исходя из буквального толкования § 338 № 8 УПК, существует **абсолютное основание для кассации**, если право нарушено постановлением или определением **суда** (а не решением председателя).

Кроме того, в соответствии с постоянной судебной практикой при отказе от своих прав полностью теряют возможность кассационного обжалования противоправного предписания те, которые не воспользовались своим правом обращения в суд согласно § 238 II УПК (иначе в отношении прав, от которых нельзя отказаться, ср. BGHSt 45, 203, 205). Согласно господствующему мнению, остаются безуспешными попытки воспользоваться относительным ос-

нованием для кассации в смысле § 337 УПК (BGHSt 1, 322, 325; SK-Schlüchter, § 238 Rn 29), где отрицается даже возможность кассации (BGH NStZ 1992, 346). Однако от этой позиции следует отказаться, поскольку необращение в суд нельзя рассматривать как отказ от осуществления своих прав (krit. Auch Erker, M., Das Beanstandungsrecht gemäß § 238 II StPO, 1988, S.147ff). По общему правилу не учитывается также ситуция с использованием средств обжалования, поскольку для простого необращения в суд требовалось бы преднамеренное или недобросовестное процессуальное поведение (LR-Gollwitzer, § 238 Rn 48). Например, если не обратились в суд только потому, что подсудимый хотел «приберечь» ошибку для кассационного обжалования (AK-Schöch, § 238 Rn 43). Однако согласно господствующей позиции решение суда является излишним, когда, исходя из судебной обязанности заботиться о расследовании дела в соответствии с нормами права, существует долг указать незащищенному подсудимому на возможность вынесения судом соответствующего решения или ее отсутствие (OLG Stuttgart NStZ 1988, 240; zur Fürsorgepflicht des Gerichts näher u. Rn 383).

2. Гласность судебного разбирательства, § 169 закона о судоустройстве

а) Принцип гласности

Разбирательство дела в суде, включая оглашение приговора и решений суда, яв- 376
ляется **гласным**, § 169 S.1 закона о судоустройстве, ср. также ст.6 I 1, 2 Европейской конвенции. Раньше гласность служила прежде всего для контроля и защиты от произвола со стороны государственной власти, сейчас на переднем плане выступает информационный интерес общественности. Под общественностью следует понимать, что каждый, невзирая на его принадлежность к определенным группам населения и личные качества, имеет возможность быть слушателем на судебных заседаниях (BGHSt 28, 341, 343ff).

Пример. Судебное разбирательство в участковом суде продолжается с 9.00 до 13.35. На входе в суд – табличка: «Участковый суд работает по пятницам до 13.00 ч.». Но дверь открыта. В данном случае констатируют нарушение § 169 закона о судоустройстве, поскольку вполне возможно, что посетитель доверяет табличке на двери (OLG Zweibrücken StV 1996, 138).

б) Ограничения

aa) Изначально данное право доступа имеет свои **границы**. Так, возможно отка- 377
зать в допуске несовершеннолетним лицам или лицам, не проявляющим тем или иным способом уважение к суду (§ 175 I закона о судоустройстве). Несовершеннолетним признается лицо, не достигшее 18-летнего возраста и которое по внешнему виду не достигло необходимой зрелости принимать участие в слушании дела (RGSt 47, 374, 376). Возможно отказать в допуске в зал судебного заседания или удалить слушателя, в отношении которого осуществляется расследование, в связи с его участием в преступлении, предметом которого является судебное разбирательство, или лицо, выступающее в данном процессе в качестве свидетеля (вследствие § 58 I УПК; BGH NStZ 2001, 163 m. Anm. Fahl, JR 2001, 455; BGH StV 2002, 6). Слушатели, которые **мешают ходу процесса**, могут быть удалены из зала судебного заседания, § 177 закона о судоустройстве.

бб) Наряду с этими непосредственными ограничениями председатель может принять решение об использовании **мер, направленных на поддержание порядка в зале суда** (§§ 176ff закона о судоустройстве), а также председатель суда может на основе своего **права как руководителя реализовать правила внутреннего распорядка в служебных помещениях** (например, распорядиться о проверке документов, обыска на наличие оружия, ведении регистрации слушателей). Все эти мероприятия позволяют **опосредованно ограничивать** гласность и отпугивать потенциальных слушателей. Однако такие меры контроля допустимы, когда они представляются необходимыми для обеспечения хода судебного разбирательства в соответствии с нормами права (BGHSt 27, 13, 15; 29, 258, 259ff). Начало судебного разбирательства должно быть согласовано (BGH NJW 1995, 3196). Однако прежде всего установление гласности зависит от **размера помещения**, допускающего наличие посторонних слушателей (BGHSt 21, 72, 73; 27, 13, 14). Необходимо учитывать также и правовые границы, например, в случае проведения судебного осмотра за пределами зала судебного заседания владелец земельного участка разрешает проходить на свою землю только участникам процесса (BGHSt 40, 191, 192).

в) Исключения из принципа гласности

378 аа) Судебное разбирательство в отношении **несовершеннолетних** осуществляется **в закрытом порядке** (§ 48 I закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних). Судебное разбирательство в отношении лица от 18 лет до 21 года может проходить также в закрытом порядке, если этого требуют интересы данного лица (§ 109 I 4 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних).

бб) В §§ 171a, 171b, 172 закона о судоустройстве содержатся определенные исключения из данного правила, в частности, если речь идет о разбирательстве частных или публичных интересов, достойных защиты, которые не должны быть достоянием общественности, например, исключение общественности при **защите интимной сферы** свидетеля (s. auch Beulke, JR 1982, 309).

В любом случае приговор должен быть **провозглашен** гласно (§ 173 I закона о судоустройстве). На основе особого решения можно исключить участие общественности при оглашении **оснований приговора** (ср. § 173 II закона о судоустройстве).

г) Аудио-, видеозапись, стенография

379 **Теле-, радиовещание** не допускается в судебном разбирательстве, также запрещено применение прочих **звукозаписей и киносъемки** в целях опубликования (§ 169 S.2 закона о судоустройстве). Этот запрет соответствует требованиям Конституции, является логичным и юридически необходимым из соображений защиты личности и соблюдения требований справедливого процесса (BVerfG NJW 2001, 1633; Beck, Graßhof-FS, S. 130ff; zT abw. Gündisch /Dany, NJW 1999, 256; s. auch Kühl, Müller-Dietz-FS, S. 401). Председатель может делать исключения в перерывах между судебными заседаниями в рамках мер, направленных на поддержание порядка в зале заседания (§ 176 закона о судоустройстве; BGHSt 23, 123, 125). При этом он должен соблюдать ст. 5 I 2 ОЗ, а также принцип соразмерности, из чего Конституционный суд ФРГ выводит право СМИ на киносъемку в **перерывах судебного разбирательства** в зале судебного заседания (BVerfGE 91, 125 (Fall Honekker, Mielke etc); zu Recht krit. Ranft, Jura 1995, 573, 580; bzgl Richter und Schöffen BVerfG NJW 2000, 2890). **Фотографии** не подпадают под сферу действия § 169 S.2 закона о судоустройстве. Их допустимость определяется правом на собственное изображение (§§ 22ff закона об авторском праве на произведения изобразительного искусства и фотографии). Это преимущественно нужно подтверждать в процессе, имеющем особо общественный интерес.

Председатель вправе (и он, как правило, это делает) в целях поддержания порядка в зале судебного заседания запретить съемку во время судебного разбирательства (KK-Diemer, § 169 GVG Rn 13). Суд может разрешить только определенной съемочной группе вести теле-, радиовещание, а также фотографирование, однако она обязуется в письменном виде предоставить материал съемки в распоряжение также и иных аналогичных конкурирующих фирм (BVerfG, NJW 2001, 1633). Ausf. zum Ganzen Lehr, Dahs-FS, S.267).

Судом допускается производство **аудио-, видеозаписи** во внутренних судебных целях (подробно см. K /M-G, § 169 GVG Rn 11, 13). В частности, содержание протокола в судебном разбирательстве может быть предварительно **застенографировано**, записано с помощью **магнитофона** (§ 168a II 1 УПК). Возможно использование записывающих приборов также при противоречивых показаниях свидетеля (K /M-G, § 168a Rn 4 – abw. OLG Schleswig NStZ 1992, 399 m. zust. Anm. Molketin, NStZ 1993, 145; Kühne, StV 1991, 103, 104).

Председатель суда в пределах своего права осуществления руководства судебным разбирательством может разрешить **запись речи защитника и прокурора на магнитоленту** (§ 238 УПК; см. Rn 372ff; K /M-G, § 169 GVG Rn 12; Burhoff, Hauptverhandlung, Rn 862).

Заметки и обозначения могут обжаловать как участники процесса, так и просто слушатели; исключения возможны во всяком случае с целью поддержания порядка в зале судебного разбирательства. По общему правилу нельзя запретить подсудимому в ходе судебного разбирательства записывать показания свидетелей (BGHSt 1, 322, 323).

д) Последствия нарушения положения о гласности судебного разбирательства

Недозволенное ограничение гласности судебного разбирательства является абсо- **380**
лютным основанием для кассации согласно § 338 № 6 УПК. В случае **недопустимого расширительного применения** принципа гласности см. Rn 576. Это не зависит от вопроса, **виновно** ли суд ограничил гласность или нет (sehr str.; wie hier zB Fezer, 14 Rn 80; aA BGHSt 21, 72, 74; zum Ganzen Kudlich, 2000, 970; Tag, B., Die öffentlichkeit der Hauptverhandlung, 1999).

3. Перерывы и отложение рассмотрения дела

Судебное разбирательство должно быть проведено по возможности в более корот- **381**
кий период и, в частности, без длительных перерывов (**принцип судебного процесса, согласно которому дело по возможности должно быть разрешено в течение одного судебного заседания**). Это необходимо для того, чтобы не ослабевало впечатление от устного разбирательства и чтобы отчетливо помнились все необходимые моменты по делу (BGHSt 23, 224, 226).

Важным является разграничение между **перерывом в рассмотрении дела** (§§ 228 I 1 Alt.2, 229 I УПК) и **отложением дела** (§§ 228 I 1 Alt.1, 229 IV УПК).

Судебное разбирательство может быть **прервано только на срок до 10 дней** (§ 229 I УПК), т.е. оно должно быть возобновлено самое позднее на 11-й день после перерыва. Все до сих пор рассмотренное является значимым при перерыве в рассмотрении дела. Для больших процессов действует особое правило, которое при наличии определенных оснований позволяет прервать рассмотрение дела до 30 дней (§ 229 II УПК). Просто изменяемые даты судебного разбирательства, которые не способствуют квалифицированному расследованию дела (например, исклю-

чительное частичное оглашение писем или определенных выписок), не учитываются и не влекут за собой новый срок (BGH NJW 1996, 3019 m. Bespr. Fahl, JA 1997, 187; BGH NStZ 1999, 521).

Если перерыв в рассмотрении дела превосходит максимальный срок: 10 или 30 дней, то судебное разбирательство **откладывается** (§ 228 I 1 Alt.1 УПК). При отложении дела оно должно быть **проведено снова полностью** (§ 229 IV УПК), т.е. все, что было ранее рассмотрено, теперь не имеет значения. Следует ли в конкретном случае перерыв или отложение дела, – суд решает только по продолжительности срока и не исходит из наименования (RGSt 58, 357, 358).

4. Необходимое присутствие участников процесса

382 Все **судьи** (в том числе и шеффены) должны беспрерывно присутствовать в судебном заседании (§ 226 УПК). В случае отстранения судьи судебное разбирательство должно быть повторено заново. Принимать участие в вынесении решений может только определенное в законе количество судей (см. Rn 39ff; § 192 I закона о судоустройстве). В длительных заседаниях председатель может привлечь еще **дополнительных судей** (или шеффенов), которые обязаны присутствовать в зале судебного разбирательства, и в случае отстранения отдельного судьи его заменяют (§ 192 II, III закона о судоустройстве).

Представитель прокуратуры, а также секретарь судебного заседания должны присутствовать в зале беспрерывно (§ 226 УПК), однако речь не идет об одной и той же личности.

Присутствие **защитника** является обязательным только в случае обязательной защиты (см. Rn 165ff).

В принципе для **подсудимого** обязанность присутствия существует в течение всего судебного разбирательства, от вызова и до оглашения приговора. § 230 I УПК определяет, что судебное разбирательство в отсутствие подсудимого не проводится, и согласно § 231 УПК подсудимый не может покидать судебное заседание. Личное его присутствие должно способствовать формированию у суда непосредственного впечатления от личности подсудимого, его выступления, заявлений, а также должно служить исследованию истинных обстоятельств дела (BGHSt 26, 84, 90).

Однако УПК содержит многочисленные **ограничения и исключения** из обязанности присутствовать в зале судебного заседания, ср. §§ 231 II-233, 247, 329 I, 350 II, 387 I, 411 II, 415 УПК (nur Vereinbarkeit eines Verfahrens in Anwesenheit des Beschuldigten mit Art.6 EMRK s. EGMR NJW 2001, 2387 (Fall Krombach) m. Anm. Gundel, NJW 2002, 2380).

5. Обязанность суда заботиться о расследовании дела в соответствии с нормами права

383 Закрепленные в уголовно-процессуальном праве отдельные обязанности суда – это только специальные проявления **общей обязанности органов уголовного преследования надлежащим образом заботиться о расследовании дела**, которая в рамках судебного разбирательства приобретает большое значение. Она закреплена в принципе правового государства (ст.20 III ОЗ), который требует обеспечить справедливый уголовный процесс. Обязанность суда заботиться о надлежащем рассмотрении дела, прежде всего, значима, когда суд замечает, что подсудимый не знает в необходимой мере своих прав и поэтому не может воспользоваться предоставленными в уголовном процессе шансами. Соблюдение этой обязанности у суда осо-

бенно важно в отношении подсудимого, **не имеющего защитника**. Яркое проявление обязанности суда заботиться о проведении расследования в соответствии с нормами права можно обнаружить в § 265 IV УПК, в соответствии с которым суд должен отложить судебное разбирательство в тех случаях, когда вследствие изменившихся обстоятельств дела требуется тщательная подготовка защиты. Кроме того, следует также указать и на обязанность суда по долгу службы установить истину в соответствии с § 244 II УПК.

В качестве последствий данной обязанности можно привести следующие примеры: обязанность ждать примерно 15 минут с начала судебного разбирательства при отсутствии защитника по выбору (vgl nur BGH wistra 1992, 67); обязанность не назначать целенаправленно судебное разбирательство в летний отпуск защитника по выбору (OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 272) и соответственно обязанность принимать это во внимание при определении основных дат разбирательства (OLG Frankfurt StV 2001, 157); обязанность отложить процесс, если во время судебного разбирательства должен появиться новый защитник по назначению, который нуждается в длительном времени для ознакомления с материалами дела (BGH JR 1998, 251 m. Anm. Rogat; BGH StV 2000, 183); обязанность устранить по возможности процессуальные ошибки, а также обязанность оберечь подсудимого от опрометчивого отказа от обжалования (vgl nur OLG München StV 1998, 646; einschr. OLG Hamburg StV 1998, 641 m. Anm. Rogall u. Müller-Christmann, JuS 1999, 680; s. auch o. Rn 301). Подробности по обязанности суда заботиться о расследовании дела см. LR-Rieß, Einl. Abschn. H Rn 120ff; Maiwald, Lange-FS, S. 745ff.

6. Указание в соответствии с § 265 I, II УПК /дополнительное обвинение, § 266 УПК

а) Подсудимый не может быть осужден на основании нормы уголовного закона, не фигурирующей в допущенном к судебному рассмотрению обвинении, за исключением случаев, когда перед этим ему было специально **указано на изменение обвинения** и предоставлена возможность для защиты, § 265 I УПК (**например**, умышленное вместо неосторожного деяния, соучастие вместо одиночного исполнения, убийство с отягчающими обстоятельствами вместо убийства без таковых, бездействие вместо позитивного поведения). Так же нужно поступать, если при рассмотрении дела выясняются обстоятельства, специально предусмотренные уголовным законом, оправдывающие повышение уголовной ответственности, ср. § 265 II УПК (**например**, длительное лишение свободы согласно § 239 III № 1 УК вместо лишения свободы в соответствии с § 239 I УК). Данная обязанность указать на изменение обвинения происходит из обязанности суда надлежащим образом заботиться о расследовании дела и конкретизирует право на судебное слушание (ст. 103 I ОЗ).

Исходя из буквального толкования закона, обязанность указать подсудимому на новые моменты в деле признается не только при изменении обвинения, но также и при наличии других существенных изменений (ausf. Gillmeister, Friebertshäuser-FG, S.223ff). Так, в частности, при:

– переходе к другой неаналогичной форме совершения **одного и того же состава преступления**, как, например, в § 211 УК от низменных мотивов совершения убийства к коварству (BGHSt 23, 95, 97; BGH StV 1998, 582);

– **изменениях фактических оснований**, поскольку речь идет об обстоятельствах, которые значимы для юридической квалификации в соответствии с предусмотрен-

ными в законе признаками состава преступления (BGH NStZ 2000, 48). Так, например, если укрывательство (§ 257 УК) должно проявляться не в запрятывании предметов, а в их обработке (ср. BGHSt 11, 88, 90).

Несомненно, указание в соответствии с § 265 I УПК также необходимо, если должен применяться более мягкий закон. Подробно см. K /M-G, § 265 Rn 8ff; Schlothauer, StV 1986, 213ff; Küpper, NStZ 1986, 249ff.

385 б) Из принципа обвинения (см. Rn 18) следует, что достаточно только правомерного указания, если речь идет еще о первоначальном обвинении (§ 170 I УПК), как оно рассматривается в решении суда об открытии судебного разбирательства (§ 207 УПК). Вследствие этого получается следующая система:

Если изменения касаются только **деяния** в процессуальном смысле, **указанного в обвинении**, то суд может исходить из фактических и правовых обстоятельств дела, как оно представляется по результатам рассмотрения дела (§ 264 I УПК). Суд не связан с квалификацией деяния, которая дана в решении об открытии судебного разбирательства (§ 264 II УПК). Однако для защиты подсудимого требуется **при изменении фактических или правовых обстоятельств дела указать** ему на это (§ 265 I, II УПК), чтобы подсудимый мог надлежащим образом подготовиться к защите.

Если обнаруженные на нынешний день новые обстоятельства влекут наказуемость за **другое деяние** в процессуальном смысле, то недостаточно указания согласно § 265 I, II УПК, а необходимо отдельное обвинение. Это можно сделать в форме **дополнительного обвинения** в соответствии с § 266 УПК. Однако оно возможно при условии, что суду подсудны данные деяния и на это согласен подсудимый. Подсудимый вправе сам по своему усмотрению решать, соглашаться ему или нет, и его несогласие нельзя ни в коем случае рассматривать как противозаконное (BGH NStZ-RR 1999, 303; Jahn /Schmitz, wistra 2001, 333).

Под **деянием в процессуальном смысле** понимают отраженный в обвинении и решении об открытии судебного разбирательства **поступательный процесс, который, исходя из представлений большинства людей о жизни, образует единое целое** (ausf. dazu Rn 512ff).

386 Вопрос в том, насколько сильно отличается обнаруженный новый поступательный процесс от первоначального, что речь идет не о модификации того же преступления, а о другом деянии в смысле § 264 УПК, может быть во многих случаях сомнительным. Решение этого вопроса зависит от того, необходимо ли вновь опознать деяние как неповторимое событие, в частности, с учетом **места и времени** деяния, поведения правонарушителя, **внутренне присущего направления и объекта** посягательства (BGHSt 32, 215, 219; s. auch Puppe, NStZ 1982, 230ff).

Примеры. Убийство вместо уклонения от наказания посредством сокрытия трупа: в данном случае присутствует **новое деяние**, которое может быть приобщено к делу только по пути предъявления **дополнительного обвинения** (BGHSt 32, 215, 220). Аналогично следует разрешать ситуацию при краже дорожной сумки в другой день, чем в тот, когда преступник должен совершить кражу со взломом (BGHR StPO § 264 I Tatidentität 17).

Половое сношение и иные действия сексуального характера с детьми, совершенные в мае вместо июля: в данном случае речь идет **об одном и том же деянии** в процессуальном смысле, поэтому требуется только **правовое указание, данное подсудимому**, в со-

ответствии с § 265 I УПК (BGHSt 19, 88, 89; vgl auch BGHSt 46, 130, 133). Аналогично следует решать ситуацию, когда подсудимый должен быть привлечен к ответственности за пособничество в похищении людей с целью вымогательства и за несообщение о том же преступлении (§ 138 УК) (BGH NStZ-RR 1998, 204; Einzelheiten zur Problematik s.u. Rn 520f).

7. Право задавать вопросы

а) Принцип

Председатель должен разрешить судьям, входящим в состав суда, по их требованию задавать вопросы подсудимому, свидетелям и эксперту (§ 240 I УПК). То же самое председатель должен разрешить представителю прокуратуры, подсудимому и защитнику, а также шеффенам (§ 240 II 1 УПК). **387**

Подсудимый может также непосредственно задавать вопросы свидетелю, председатель не может указать ему, чтобы тот задавал вопросы свидетелю косвенно через своего защитника (BGH (Pf/M) NStZ 1985, 205).

Непосредственный опрос одним подсудимым **другого** не допускается (§ 240 II 2 УПК; zur Verfassungskonformität BVerfG NJW 1996, 3408). Если подсудимый хотел бы задать вопрос другому подсудимому, то он может сделать это через своего защитника либо может поставить вопрос председателю, который должен задать его тому подсудимому.

б) Отклонение отдельных вопросов

В случае опроса согласно § 240 II УПК (посредством прокурора, подсудимым, защитником и шеффенами, но **не заседателем**) председатель может отклонить **неподходящий вопрос или вопрос, не относящийся к предмету разбирательства** (§ 241 II УПК). **388**

Неподходящими являются вопросы, если, например:

- **снова задан** вопрос, на который уже был получен однозначный ответ (BGHSt 2, 284, 289);
- задается **наводящий вопрос** (LR-Gollwitzer, § 241 Rn 11);
- ставится вопрос, компрометирующий свидетелей или их родственников, который согласно § 68a УПК не должен задаваться (BGHSt 21, 334, 360).

в) Лишение в целом права задавать вопросы

Лишение **в целом права задавать вопросы** не предусмотрено в УПК и, следовательно, является **недопустимым**. Председатель суда лишь может позволить себе заранее сообщить вопросы (BGH NStZ 1982, 158, 159), при условии, что было уже задано множество вопросов, подлежащих отклонению как недопустимые, и если существует сильное подозрение относительно повторения. **389**

г) Перекрестный допрос

Допрос свидетелей и экспертов, вызванных прокуратурой и подсудимым, председатель предоставляет прокуратуре и защитнику по их согласованному ходатайству (§ 239 I 1 УПК). При этом каждый допрашивает сначала «своего» свидетеля или эксперта (§ 239 I 2 УПК). Этот **перекрестный допрос**, который играет значительную роль в англо-американской правовой системе, в ФРГ на практике не применяется. **390**

8. Право на дачу объяснений

391 После допроса каждого подсудимого и исследования каждого отдельного доказательства подсудимым должен быть задан вопрос, не желают ли они по исследованию доказательств **дать объяснения** (§ 257 I УПК). Прокурору и защитнику по их требованию также должна быть предоставлена возможность после допроса подсудимого и исследования каждого отдельного доказательства сделать свои заявления (§ 257 II УПК). Эти заявления не могут заменять судебных прений (§ 257 III УПК).

9. Судебные прения

392 По окончании судебного следствия прокурор, в определенных случаях частный обвинитель и, наконец, подсудимый и, соответственно, его защитник получают слово для выступления в **прениях** и внесения своих предложений (§ 258 I УПК). Прокурор имеет право на реплику; подсудимому принадлежит **последнее слово** (§ 258 II УПК). Это действует также тогда, когда защитник выступает от имени своего клиента, поскольку при последнем слове подсудимого речь идет о глубоко личном и соответственно неотъемлемом праве подсудимого (§ 258 III УПК). Если по окончании «последнего слова подсудимого» суд вновь продолжает судебное следствие, то подсудимому по окончании нового этапа в процессе необходимо предоставить право на последнее слово. Непредоставление подсудимому последнего слова рассматривается нарушением процесса, которое не является абсолютным основанием для кассации в смысле § 338 УПК, однако только в исключительных случаях основанная на этом кассация может иметь успех (BGHSt 22, 278, 281; BGH wistra 2002, 39; ср. Rn 565).

10. Протокол судебного заседания

393 Судебное разбирательство должно быть оформлено **протоколом**, который подписывается председателем и секретарем судебного заседания (§ 271 I 1 УПК). Необходимое содержание протокола регулируется §§ 272, 273 УПК (zur Forderung nach Einführung eines Wortprotokolls Nestler, Lüderssen-FS, S.727). **Соблюдение формальностей**, предписанных для судебного разбирательства, может **доказываться только протоколом** (§ 274 S.1 УПК). В отношении формальностей, касающихся содержания протокола, допустимо доказывание только его фальсификации (§ 274 S.2 УПК). В соответствии с существующей неоднозначной судебной практикой исключение может следовать из § 274 УПК, если протокол неполон и противоречив; тогда утрачивается особая доказательственная сила § 274 УПК (BGH NJW 2001, 3794).

Смысл § 274 S.1 УПК заключается в том, чтобы облегчить кассационному суду проверку приговора (BGH NJW 1976, 977, 978). Если необходимо подтвердить в кассационном порядке нарушения предусмотренной формы, как, например, предписанное законом разъяснение, оглашение обвинения, приведение или неприведение к присяге свидетелей и экспертов, то это возможно только при помощи единственного доказательства – протокола судебного заседания. Вместе с тем § 274 S.1 УПК закрепляет предусмотренное законом правило доказывания. Для производства в кассационном порядке **доказательственная сила** означает следующее:

– если протокол содержит существенные формальности, то они имеют значение, даже если и не состоялись (**позитивная** доказательственная сила);

– если в протоколе нет существенных формальностей, то они рассматриваются как непоследовавшие, даже если на них фактически обращали внимание (**негативная** доказательственная сила).

IV. «Сделка с подсудимым» в уголовном процессе

1. Основные положения

394 Все большее значение приобретают распространенные «**договоренности**» между органами уголовного преследования и обвиняемым с целью предварительно обсудить ход развития или окончания процесса, так что сегодня «**сделку с подсудимым**» можно рассматривать как уже самостоятельный институт уголовно-процессуального права, который существует на практике, невзирая на критику в теории. Содержанием «сделки с подсудимым» является по общему правилу согласие со стороны суда на смягчение уголовного наказания или на относительно конкретно-определенную меру наказания взамен полного или частичного признания подсудимым своей вины (überblick über die „Verhandlungsmasse" bei FA-Strafrecht-Satzger, Rn 4). Прежде всего, многими ценится эффект подобной «сделки», позволяющей ускорить процесс при сложных обстоятельствах дела. Однако не следует игнорировать то, что подобное оформление процесса осуществляется помимо закона (иногда даже вопреки ему) и поэтому в определенной мере не соответствует требованиям правового государства. «Сделка с подсудимым» чревата также значительными опасностями для участников процесса. Это снова и снова подтверждает необходимость законного регулирования (vgl Beulke /Satzger, JuS 1997, 1072, 1080; Braun, StraFo 2001, 77; Jähnke, ZRP 2001, 574; krit. Wehnert, StV 2002, 222).

Большинство **ученых-теоретиков** скептически относятся к допустимости сделки с подсудимым: Beulke, Strafbarkeit, Rn 116; Eisenberg, Rn 42ff; Fezer, 21 Rn 6ff; Hassemer, JuS 1989, 890; Kargl, in: Mediationsverfahren, S.93; Lüderssen, StV 1990, 415; Rönnau, Th., Die Absprachen im Strafprozeß, 1990; Rössner /Engelking, JuS 1991, 664; Schmidt-Hieber, NJW 1990, 1884; SK-Schlüchter, Vor § 213 Rn 23ff; Sinner, St., Der Vertragsgedanke im Strafprozeßrecht, 1999; Siolek, Rieß-FS, S. 593; Weigend, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 1011; SK-Wolter, Vor § 151 Rn 66ff; Schünemann, ZStW 114 (2002), 26; ders., Rieß-FS, S. 525; Fallbeispiel bei Momsen /Moldenhauer, JA 2002, 415.

Практические работники, напротив, делают акцент на неизбежность договоренностей, ср. ua K /M-G, Einl. Rn 119; KMR-Eschelbach, Vor § 213 Rn 45; LR-Rieß, Einl. Abschn. G Rn 58ff; Böttcher /Dahs /Widmaier, NStZ 1993, 375; Braun, AnwBl 2000, 222; Dahs, NStZ 1988, 153; Kintzi, Hanack-FS, S.177; Kuckein /Pfister, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.641; Landau /Eschelbach, NJW 1999, 321; Rückel, NStZ 1987, 297; Widmaier, StV 1986, 357; s. auch die Thesen 38-44 zur Strafverteidigung, vorgelegt vom Strafrechtsausschuß der Bundesrechtsanwaltskammer, 1992; positiv auch Gerlach, G., Absprachen im Strafverfahren, 1992.

В любом случае студент юридического факультета должен знать основные возражения против «сделки с подсудимым», а также основополагающие моменты, разработанные практикой (Beispielsfall bei Hellmann, Fallsammlung, S.1).

2. Возражения против «сделки с подсудимым»

395 Соглашения в уголовном процессе таят в себе опасность, что обвиняемый, а затем подсудимый превращается просто в объект процесса в результате договоренностей между судьей, прокурором и защитой. Прежде всего, при несоблюдении соглашения органами уголовного преследования нарушается **требование осуществления справедливого процесса** вследствие утраты доверия у адресата.

Нарушение **принципа монополии прокуратуры возбуждать уголовное дело и предъявлять обвинение при наличии соответствующего подозрения** учитывается, когда в конкретном случае можно поступиться государственным требованием на наказание при встречных предложениях органов уголовного преследования. Опасно, если, исходя из принципа целесообразности (§§ 153ff УПК), при совершении тяжких преступлений обещаются определенные правовые последствия, которые находятся в сильном несоответствии с обвинением. Это может вступать в противоречие с требованием **назначения наказания, соразмерного со степенью вины** (§ 46 УК).

При «договоренности» существует опасность, что суд предпочтет, несмотря на сомнения в участии в преступлении и в виновности подсудимого, признать его вину, чтобы сократить продолжительность судебного следствия. Это создает угрозу нарушения обязанности суда по установлению в ходе разбирательства материальной истины (**принцип расследования**).

Поскольку уголовно-процессуальное «соглашение» регулярно происходит как до, так и вне судебного разбирательства, то возникают сомнения в подобном действии с учетом **принципов гласности, устности и непосредственности**. Уже принятое судом обязательство может вступать в противоречие с принципом свободной оценки доказательств (§ 261 УПК).

Осуществление «договоренностей» за пределами судебного разбирательства чревато опасностью нарушения **прав участников процесса присутствовать и участвовать в ходе расследования**, в частности, если не все участники процесса приобщаются к соглашению.

Исходным моментом в «сделке с подсудимым» является предположение его виновности. Это одновременно может привести к самообвинению подсудимого (нарушение **презумпции невиновности, принципа «сомнения толкуются в пользу обвиняемого»**). Кроме того, обсуждается непригодность использования признания подсудимого вследствие применения в отношении него запрещенных методов согласно **§ 136a УПК**.

Прежде всего, наряду с нарушением принципов процесса следует напомнить об опасности в **пристрастности** (§ 24 II УПК), поскольку судья в результате соглашения может быть уже несколько предубежденным и не будет пытаться представить себе более объективную картину происходящего. Эта опасность может сказаться при неудавшихся соглашениях.

3. Основополагающие моменты, разработанные судебной практикой

396 Судебная практика, анализируя многочисленные судебные решения, признала в определенной мере допустимость «сделок с подсудимым», однако предусмотрела границы действия данного института (grundlegend BGHSt 43, 195 m. zust. Anm. Kintzi, JR 1998, 249; Meurer, NJW 2000, 2944; Meyer-Goßner, StraFo 2001, 73; krit. Weigend, NStZ 1999, 57; zusammenfassend Eschelbach, JA 1999, 694; Herrmann, JuS 1999, 1162; Müller-Christmann, JuS 1998, 642; Schmitt, GA 2001, 410):

– установление контактов со стороны суда с участниками процесса **может в принципе происходить** также за пределами судебного разбирательства, если это необходимо для содействия процессу и заявления ходатайств по существу дела (BGH NStZ 1985, 36f);

– однако нельзя обойти принципы устности и гласности. В большинстве случаев результат и основное содержание договоренности должны быть обсуждены **открыто** в судебном разбирательстве и отражены в протоколе (vgl BverfG StV 2000, 3; BGHSt 38, 102, 105; 43, 195, 206; BGH StV 1999, 407);

– суду запрещена т.н. «сделка со справедливостью» (BVerfG NStZ 1987, 419). Это означает, в частности, что суду **нельзя соглашаться на какую-либо конкретную меру наказания** {BGHSt 42, 46, 48; BGH NStZ 1999, 571). Является допустимым соглашение о том, что при назначении наказания оно не будет превышать обговоренный **верхний предел наказания**, поскольку сохраняется в принципе соразмерность наказания с виной правонарушителя (BGHSt 43, 195, 207). При этом нужно учитывать, что согласно судебной практике возможно принимать во внимание также согласованное признание подсудимого, если предусмотрено смягчение наказания (BGHSt 43, 195, 209). Недопустимым, однако, является назначение условного осуждения, как например, плата за отказ от свидетеля, подтверждающего алиби подсудимого (BGHSt 40, 287, 290) или применение совокупности уголовных и уголовно-процессуальных норм по делам несовершеннолетних к лицу от 18 лет до 21 года (BGH StV 2001, 555). Какие-либо соглашения о виде и способе исполнения наказания рассматриваются как превышение полномочий суда (BGH NJW 1995, 2568). Предложения по применению §§ 154, 154a УПК являются допустимыми (BGHSt 37, 298, 305);

– при установлении контактов за пределами судебного разбирательства суд должен **держаться в стороне**, и нельзя грозить, в частности, негативными последствиями в случае отклонения судебного предложения (LG Kassel StV 1993, 68). Если суд до начала судебного разбирательства конкретно соглашается при признании подсудимым своей вины учитывать какое-то наказание, то согласно позиции Верховного суда ФРГ **пристрастность** суда обосновывается только в том случае, если он высказал вовне свое согласие неточно (BGHSt 37, 298, 303f). Это правило действует также тогда, когда суд в процессе соглашения устанавливает верхний предел наказания безоговорочно и окончательно вне зависимости от объема признания или дальнейшего развития процесса в суде (BGHSt 45, 312, 314 m. Im Ergebnis zust. Anm. Lesch, JA 2000, 633 u. Sinner, StV 2000, 289);

– признание подсудимым своей вины не освобождает судью от его **обязанности проводить расследование**. Напротив, он должен проверять его достоверность, а при необходимости проводить требуемое собирание доказательств (BVerfG NStZ 1987, 419). Разумеется, суд не должен препятствовать этому и принимать на веру полное осуждение подсудимого; но не всегда требуется при принятых соглашениях исчерпывающее обсуждение основных моментов, необходимых для оценивания достоверности признания (BGH NStZ 1999, 92);

– смягчение наказания в случае признания вины предполагает с учетом §§ 33, 261 УПК **предоставление всем участникам процесса права высказаться**; это имеет значение, прежде всего, для судьи, шеффенов, прокурора, подсудимого и его защитника (BGHSt 37, 298, 304), в определенных случаях и для другого подсудимого и частного обвинителя (Zschockelt, NStZ 1991, 305, 308). Принцип § 33 УПК требует также, чтобы суд перед объявлением результата, достигнутого **в процессе соглашения**, предоставил всем участникам процесса возможность высказаться по данному поводу и оценить положение (BGHSt 38, 102, 105). Однако это не должно действовать как просто знание и констатация достигнутого уже соглашения (пример: «небольшое признание приводит к лишению свободы от...»; BGHSt 42, 46, 49 m. abl. Anm. Fahl, JA 1997, 272; Kintzi, JR 1997, 77; Zschockelt, NStZ 1996, 449);

– недопустимо соглашение об **отказе от обжалования до оглашения приговора**, поскольку нельзя лишить подсудимого возможности контроля еще до вынесения приговора (BGHSt 43, 195, 204; Rieß, Meyer-Goßner-FS, S.645, 650ff; aA Weider, Lüderssen-FS, S.773). Соответственно, это должно действовать и для любого другого заявления об отказе, которое лежит в основе соглашения (Satzger, JuS 2000, 1161; ähnlich Meyer-Goßner, StraFo 2001, 73, 77).

4. Действие «сделки с подсудимым» /неудавшаяся договоренность

396a Согласно существующей на нынешний день судебной практике ни подсудимый, ни органы уголовного преследования не связаны со «сделкой» (BGH NJW 1994, 1293). **Риск несоблюдения** договоренности лежит **на подсудимом**. Так, например, когда подсудимый за признание своей вины получает не обещанные 2 года лишения свободы условно, а 7 лет (so das Tatgericht bei BGH StV 2000, 556). Согласно новой судебной практике Верховного суда ФРГ из принципа справедливого уголовного процесса следует, что суд, по меньшей мере, связан с (допустимой) «сделкой», если только не появились «новые обстоятельства, усугубляющие вину подсудимого» (BGHSt 43, 195, 210; Kintzi, Hanack-FS, S.185; Kuckein, Meyer-Goßner-FS, S. 63ff; krit. Satzger, 1998, 98; Kölbel, NStZ 2002, 78). Соответственно должна существовать определенная последовательность действия сделки со стороны прокуратуры. Остается полностью открытым вопрос: какие правовые последствия наступают, если суд или прокуратура не соблюдают договоренность (ausf. zu den Verteidigungsmöglichkeiten FA-Strafrecht-Satzger, H, 3. Kop. Rn 45ff, S.1136). Последовательным и единственно справедливым решением была бы отмена требования наказания со стороны государства в согласованном размере, так что, например, в случае обращения в кассационный суд при несоблюдении соглашения со стороны прокуратуры кассация должна быть отвергнута как недопустимая на основании действия «сделки с подсудимым» (§ 349 I УПК). Дополнительно учитывался бы запрет на использование отдельных доказательств и возможность смягчения наказания (zur „Hierarchie der verfahrensrechtlichen Pannenhilfe" Beulke /Satzger, JuS 1997, 1079; s. auch Rönnau, wistra 1998, 49).

На практике в случае несоблюдения соглашения предпринимают следующие шаги.

Если органы уголовного преследования не соблюдают принятое соглашение (например, прокуратура, несмотря на согласие обвиняемого, предъявляет ему обвинение), то не существует обстоятельства, препятствующему ведению процесса (см. Rn 28, 273ff). Однако принцип справедливого уголовного процесса требует признать за адресатом «сделки» право на существенное **смягчение наказания** (BGHSt 37, 10, 14).

Если после сделанного признания обнаруживается, что прокуратура иначе поняла договоренность, нежели подсудимый, и она из-за этого **разногласия** не выполнила свою часть соглашения, то принцип справедливого уголовного процесса требует наложить запрет на использование данного признания в качестве доказательства. При возможности осудить подсудимого при помощи других доказательств необходимо дополнительно учитывать также смягчение наказания (BGHSt 42, 191, 194; dazu Beulke /Satzger, aaO).

Суд обязан **указать** подсудимому на изменение правовых позиций, если он собирается уклониться от уже обещанного решения (BGHSt 36, 210, 216). Это также действует, если сделка не удалась в конечном счете из-за согласия подсудимого (BGH NStZ 2002, 219 m. zust. Anm. Weider, NStZ 2002, 174).

Сделанный отказ от обжалования на основе недопустимой договоренности после оглашения приговора возможно опротестовать, и поэтому он в принципе остается действительным (vgl BGHSt 45, 51, 53; BGH StV 2001, 557). Однако недействительность отказа от обжалования учитывается, в особенности тогда, когда причины, свидетельствующие против допустимости договоренности (в данном случае: согласие на определенное общее наказание, на незанесение в протокол), приводят одновременно также к правовому порицанию уже согласованного отказа от обжалования. Преимущественно согласно позиции Верховного суда ФРГ это случается при недопустимых договоренностях. Как правило, более позднее решение об обжаловании, принятое на основе недопустимого соглашения об отказе от обжалования, нельзя рассматривать как свободное (Bömeke, P., Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Strafverfahren, 2001, S.134; Satzger, JuS 2000, 1157; для недействительности только в случае скрытого разногласия Weigend, StV 2000, 63, 66). Осужден-

ному при недействительности отказа от обжалования необходимо предоставить для проводимого теперь обжалования восстановление пропущенного срока (см. Rn 305; BGHSt 45, 227, 233 m. Im Ergebnis zust. Anm. Rieß, NStZ 2000, 98 und Satzger, JuS 2000, 1157; krit. dagegen Rönnau, JR 2001 31). Суд может защитить себя от будущих требований по восстановлению при помощи «квалифицированного разъяснения», которое открывает осужденному свободу для подачи заявлений об отказе от обжалования и предоставляет ему определенное время для размышления (dazu Erb, GA 2000, 511; vert. Rieß, Meyer-Goßner-FS, S.645).

V. Преобразование судебного разбирательства

Одним из основных требований прежних столетий было новое оформление судебного разбирательства. В частности, с целью лучшей защиты личности подсудимого и усиления объективности судей в соответствии с англо-американской моделью необходимо было ввести **двухфазность судебного заседания**, т. н. **частное определение по уголовному делу или предварительное решение о виновности**. В первой части выяснялся только вопрос: совершил ли подсудимый уголовно наказуемое деяние; это могло быть отражено в предварительном решении суда, и только во второй части необходимо было перейти к прошлому подсудимого, к его индивидуальным обстоятельствам, а также к избираемой санкции (s. dazu AlteRn ativ-Entwurf: Novelle zur Strafprozeßordnung, Reform der Hauptverhandlung, bearb. von J. Baumann ua, 1985; Kaiser, Lenckner-FS, S. 781, 792ff). **397**

До сих пор судебное производство с обсуждаемым судебным разбирательством является основной стадией процесса, однако, учитывая представленные федеральным правительством в 2000 году проекты о преобразовании, следует ожидать, что дознание, а также стадия предания обвиняемого суду приобретут в будущем большее значение. Таким образом, существенные элементы сбора доказательств на стадии дознания должны будут способствовать ускоренному – надеемся – эффективному судебному разбирательству. Полученные сначала доказательства будут «переводиться» при помощи протоколов и видеозаписей в судебное разбирательство. Возможно ли создать таким образом общий более непрерывный и сконцентрированный уголовный процесс и как «традиционное судебное разбирательство» может быть согласовано с правами по защите, – для ответа на эти вопросы необходимо выждать время (zu den Reformen vgl das Eckpunktepapier der Bundesregierung, StV 2001, 314 m. Anm. Salditt, StV 2001, 311; Bittmann, ZRP 2001, 441; Beulke, Rieß-FS, S.3; Freund, GA 2002, 82; Ignor /Matt, StV 2002, 102; s. auch Jung, GA 2002, 65; zu den Möglichkeiten der Verfahrensvereinfachung und –beschleunigung im Konflikt mit Struktur und Zielen eines justizförmigen Strafverfahrens Weigend, ZStW 113 (2001), 271; umfassend zur Strafprozeßreform Schünemann, ZStW 114 (2002), 1).

Решение задачи 46. а) Решение задачи – см. Rn 371. **398**

б) Судебное разбирательство может быть **прервано** на срок до 10 дней (§§ 228 I, 1 Alt.2, 229 I УПК), а затем оно может вновь возобновиться. Если перерыв в судебном разбирательстве длится более 10 дней, то необходимо **отложить** рассмотрение дела (§ 228 I 1 Alt.1 УПК). При отложении судебного разбирательства оно должно быть проведено повторно (§ 229 IV УПК). Подробно см. Rn 381.

Решение задачи 47. Если председатель запрещает подсудимому делать заметки по поводу свидетельских показаний, то это является одним из его поступков по осуществлению руководства судебным разбирательством в смысле § 238 I StPO. В данном случае председатель воспользовался своим **правом на фактическое ведение дела в суде** с нарушением закона, поскольку запрет каких-либо записей несоразмерно ухудшает подготовку за- **399**

щиты. Однако А. не может основывать кассацию на § 338 № 8 УПК, поскольку он или его защитник упустил момент, чтобы добиваться вынесения **решения суда** в соответствии с § 238 II УПК на предписание председателя, а именно его специально требует § 338 № 8 УПК. Согласно господствующему мнению, А. не может основывать свою кассацию также и на § 337 УПК, поскольку А. в результате необращения в суд лишился бы процессуального обжалования. Но в соответствии с более рациональной позицией в данном случае нет утраты права на обжалование. Подробно см. Rn 375.

400 **Решение задачи 48**. Разбирательство в суде должно осуществляться **открыто** (§ 169 закона о судоустройстве). Если приговор выносится в результате негласного судебного разбирательства, то это – абсолютное основание для кассации (§ 338 № 6 УПК). Однако предоставление общественности имеет свои границы. Так, например, не будет нарушения § 169 закона о судоустройстве, если зал судебного заседания был полон слушателями и поэтому закрыт. Согласно судебной практике данный случай следует также рассматривать, если суд не заметил и не мог заметить ограничение гласности (BGHSt 21, 72, 74). Тем не менее подобное толкование кажется проблематичным, поскольку § 169 закона о судоустройстве не связан с вопросом вины. Поэтому необходимо принять кассацию согласно § 338 № 6 УПК не только при незначительных препятствиях в доступе, но также и независимо от их обнаружения. Подробно см. Rn 376, 380.

401 **Решение задачи 49**. Между прокуратурой и обвиняемым заключена т. н. «**сделка**». Возможно рассмотреть в уклонении от договоренности нарушение требования справедливого уголовного процесса (ст. 20 III ОЗ) с последствием, запрещающим привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании. Господствующая позиция до сих пор отвергает такое обстоятельство, препятствующее ведению процесса, хотя согласно ранней судебной практике суд при данных обстоятельствах был связан с договоренностью. До сих пор, однако, не признана обязанность прокуратуры или, соответственно, суда. Это означает, что теперь для суда, выносящего приговор, применительно ко второй краже договоренность между прокуратурой и обвиняемым не играет никакой роли. Вероятнее всего, в случаях неудавшейся договоренности из принципа справедливого уголовного процесса следует только требование существенного смягчения наказания. В отношении А. можно далее не проводить упрощенное судопроизводство по первой краже, в котором он дополнительно опротестовывает свой отказ от обжалования и заявляет ходатайство о восстановлении пропущенного срока из-за истекшего срока принесения протеста. Процессуальные изъявления в принципе не могут быть обжалованы вследствие пороков воли. Подробно см. Rn 394ff.

§ 20. Исследование доказательств на стадии судебного разбирательства (основные принципы)

Задача 50. а) А. осужден большим отделением суда земли за разбой с отягчающими обстоятельствами (§§ 249, 250 УК). Во время судебного разбирательства шеффен С. ненадолго задремал. Имела ли кассация, основанная на данном факте, успех?

б) В судебном разбирательстве шеффен С. помогает судье, лишенному руки, перелистывать документы. При этом С. частично зачитывает обвинительное заключение с целью установить, что «результат дознания» совпадает с возражением А. и показаниями свидетелей. Какие в данном случае существуют шансы на успешную кассацию?

I. Основные принципы исследования доказательств

1. Непосредственно за допросом подсудимого следует **исследование доказательств**, осуществляемое в форме **судебного следствия**, цель которого заключается в исследовании фактов и доказательств, которые имеют значение для разрешения судом дела (§ 244 II УПК). Речь может идти как о внешних (например, конфискация), так и о внутренних фактах (в частности, умысел на присвоение). Согласно § 261 УПК суд должен решать о результатах исследования доказательств, необходимых для вынесения решения по существу дела, на основе своего **внутреннего свободного убеждения**. **402**

2. На исследование доказательств согласно §§ 244-256, 261 УПК накладывают отпечаток следующие моменты: **403**

– обязанность суда установить истину (см. Rn 406),
– принцип устности судебного разбирательства (см. Rn 407),
– принцип непосредственности (см. Rn 410ff),
– принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда (см. Rn 490ff),
– количественное ограничение допущенных для исследования доказательств (см. Rn 179).

Данные принципы относятся только к **строгому порядку представления доказательств**, т.е. они действуют, только если речь идет о вопросах вины и правовых последствий. Для процессуальных вопросов (например, наличие жалобы потерпевшего) действует **свободный порядок представления доказательств** (см. Rn 180).

3. **Очевидные факты не требуют доказывания.** **404**

Очевидными являются факты, которые либо **общеизвестны**, либо **известны суду**.

Общеизвестными являются факты, «знание о которых регулярно доступно разумному человеку или знание о которых возможно подчерпнуть из надежных достоверных источников без особых специальных познаний» (BGHSt 26, 56, 59). К ним относятся, в частности, исторические факты, законы физики (weitere Beispiele Keller, ZStW 101 (1989), 381).

Факты, известные суду, – это такие факты, знание о которых суд в своем официальном статусе получил, прежде всего, из других процессов (BGHSt 26, 56, 59; vert. Graul, E., Systematische Untersuchungen zur Offenkundigkeit im Strafprozeß, 1996).

4. Значимые для разрешения дела факты различаются на:

405 **основные факты**. Это такие факты, которые позволяют непосредственно подвести под определенную материально-правовую норму (например, А. выстрелил в Б. и убил его);

косвенные факты. Это факты, которые позволяют сделать вывод об основных фактах (например, А. с пистолетом покидает бегством место преступления). Доказывание алиби – косвенное доказательство (например, А. был во время совершения преступления в другом месте).

Предметом **вспомогательных фактов** является доказательственная сила доказательств (например, основной свидетель обвинения не заслуживает доверия). До известной степени термины «косвенный и вспомогательный факт» используют как синонимы.

II. Обязанность суда установить истину, § 244 II УПК

406 Суд обязан в целях установления истины по **долгу службы** исследовать все факты и доказательства, которые имеют значение для разрешения дела (**принцип расследования**), § 244 II УПК (см. Rn 21).

Обязанность суда установить истину обосновывает **право** участников процесса собирать доказательства. Изначально суд обязан принимать все меры, чтобы получить доказательство из более достоверного источника. Из § 244 II УПК следует обязанность стремиться получить **прямые доказательства**, однако нет запрета на сбор косвенных доказательств (BVerfGE 57, 250, 277; K /M-G, § 244 Rn 12). Кроме того, из § 244 II УПК следует, что необходимо заставлять участников процесса заявлять ходатайства о представлении доказательств, а также оказывать им содействие (BGHSt 22, 118, 122). Таким образом, у суда существует, в частности, обязанность задавать вопросы, когда есть предположение, что заявитель по недоразумению или по иным причинам заявил ходатайство неточно, не полностью, как это возможно (vgl BGH (Pf/M) NStZ 1985, 205, 206). Эта обязанность возложена также и на прокуратуру (K /M-G, § 244 Rn 35). Только по выполнении обязанности установить истину предоставляется возможность по оценке доказательств по своему внутреннему, свободному усмотрению в смысле § 261 УПК, а также применить принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» и установить альтернативную вину подсудимого при наличии нескольких неоднородных преступлений (vgl hierzu Wessels /Beulke AT, Rn 800ff).

Во многих процессах возникают сомнения по поводу объема обязанности суда по установлению истины, т.е. когда собранная совокупность доказательств является достаточной. В соответствии с устоявшейся позицией Верховного суда ФРГ обязанность суда по исчерпывающему исследованию обстоятельств дела простирается так далеко, пока известные суду или те, которые он обязан знать, обстоятельства требуют использования определенных других доказательств, если это возможно (BGH StV 1981, 164). Даже если суд полагает, что на основе уже исследуемых доказательств он может сформировать свое убеждение о результатах расследования,

нельзя не использовать имеющиеся в распоряжении другие доказательства, **даже если только учитывается отдаленная возможность изменения обоснованного представления об обстоятельствах дела в результате исследования новых доказательств** (BGHSt 23, 176, 188; 30, 131, 143; BGH StV 1993, 194).

III. Принцип устности судебного разбирательства, § 261 УПК

Принцип устности судебного разбирательства гласит, что в основу приговора может быть положен только обсужденный и произнесенный процессуальный материал (vgl §§ 261, 264 УПК; см. Rn 23). **Документы** должны быть **оглашены посредством прочтения**, § 249 I УПК. **407**

Тем не менее законом об изменении уголовного судопроизводства от 1987 г. был сильно ограничен принцип устности судебного производства в отношении такого вида доказательств, как документы. С этого времени достаточно, чтобы **суд сам знакомился** с содержанием документов (§ 249 II УПК), когда остальные участники процесса также имеют возможность с ними познакомиться. Исходя из этого, судебная практика уже постоянно признает допустимым замену оглашения сообщением председателя о содержании документа, если все участники процесса согласны и если это не препятствует обязанности суда по установлению истины (BGHSt l, 94, 96).

Очевидные факты (см. Rn 404) и накопленный опыт (см. Rn 492) также должны быть обсуждены в ходе судебного разбирательства, если только речь не идет – как при общеизвестных фактах – о самоочевидных моментах, обсуждение которых является излишним (OLG Frankfurt StV 1999, 138; A /N /M, S. 569ff; KK-Herdegen, § 244 Rn 72).

2. С другой стороны, из принципа устности судебного разбирательства, так же как и из принципа непосредственности, вытекают требования, предъявляемые к **способности лица участвовать в разбирательстве дела** в качестве судьи. **408**

В соответствии с господствующим мнением участие **глухого** судьи в разбирательстве – нарушение предписаний закона и абсолютное основание для кассации согласно § 338 № 1 HS1 УПК (K /M-G, § 338 Rn 13). Необходимо разграничивать его со **спящим** судьей. В случае, когда судья долгое время крепко спал, так, что не мог следить за существенными моментами, которые происходили в течение этого времени, это нужно квалифицировать как основание для кассации согласно § 338 № 1 УПК (BGHSt 2, 14, 15). В данном случае целесообразным является применение § 337 УПК (ebenso Roxin, § 44 Rn 32). Если в состав суда, который рассматривает дело, входит **слепой** судья, то возникает вопрос: относится ли к «внутреннему убеждению» в смысле § 261 УПК также визуальное восприятие? Новая судебная практика подтверждает это и, следовательно, констатирует нарушение принципа непосредственности и непредусмотренный законом состав суда (§ 338 № 1 УПК; BGHSt 34, 236, 238; 35, 164, 166f m. Anm. Fezer, NStZ 1988, 375), в то время как ранняя судебная практика рассматривала участие слепого судьи в разбирательстве недопустимым только тогда, когда на этой стадии возникает необходимость проведения судебного осмотра (BGHSt 4, 191; 5, 354; 18, 51; s. auch Lesch, 2 /84f).

3. Из принципа устности судебного разбирательства и принципа непосредственности следует также, что **шеффены** должны формировать свое убеждение в ходе процесса сами, поэтому они **не должны знакомиться с судебным делом** (RGSt

69, 120, 123; BGHSt 13, 73, 75; zust. Schünemann, StV 2000, 164; krit. Schreiber, Welzel-FS, S. 941; Kühne, Rn 51ff; Rüping, Rn 411; Hillenkamp, Kaiser-FS, S. 1437; KMR-Stuckenberg, § 261 Rn 15). В настоящее время Верховный суд ФРГ собирается отказываться от такого юридического представления, учитывая равенство профессиональных судей и шеффенов. Он объявляет совместимым с принципами устности и непосредственности предоставление части документов (конкретно: протоколы записей прослушивания телефонных переговоров) шеффенам в качестве помощи для лучшего понимания исследования доказательств в судебном разбирательстве (BGHSt 43, 36, 39 m. krit. Anm. Katholnigg, NStZ 1997, 507 u. Imberger-Bayer, JR 1999, 299; s. auch Martin, JuS 1997, 948).

Следующий шаг в сторону равенства шеффенов с профессиональными судьями был сделан решением Верховного суда ФРГ (BGHSt 43, 360), в соответствии с которым упомянутые принципы процесса нарушаются при оглашении согласно § 209 II УПК решения суда, уже содержащего оценку деяния на основе полученных результатов дознания, только при наличии особенных обстоятельств. Это является примером, когда есть опасения, что шеффены на основе данного решения могут оказывать влияние на вынесение приговора (vgl Geppert, JK 98, StPO § 261 /13).

409 **Решение задачи 50.** а) Спящий судья может быть несовместим с **принципами устности судебного разбирательства и непосредственности** (§ 261 УПК). Поэтому возможно констатировать наличие относительного основания для кассации в соответствии с § 337 УПК (согласно господствующей позиции, даже противоречащий предписаниям состав суда в смысле § 338 № 1 УПК), если бы судья так долго и крепко спал, что не мог следить за существенными моментами в ходе судебного разбирательства. Поскольку с учетом жизненного опыта большинства людей при длительных, утомительных и трудных заседаниях не все судьи могут отслеживать каждую подробность, то не считается значительным нарушением процесса, если судья ненадолго задремал (so BGHSt 2, 14, 15). Поэтому кассация А., основанная на данном факте, не принесла бы ему успеха.

б) Фактическое предоставление шеффену С. судебного дела согласно до сих пор господствующей позиции рассматривается нарушением принципов устности судебного разбирательства и непосредственности (BGHSt 13, 73, 75). Нужно ли разрешать данный случай в соответствии с новой судебной практикой, согласно которой является допустимым предоставление шеффену С. судебного дела для ознакомления, – это вопрос достаточно проблематичный. О предоставлении дела шеффену в соответствии с предписаниями для ознакомления возможно вести речь только тогда, если бы документы были в равной степени доступны обоим шеффенам. Поэтому кассация А. была бы успешной. Подробно см. Rn 408.

§ 21. Непосредственность исследования доказательств на стадии судебного разбирательства, §§ 250ff УПК

Задача 51. У Ф. во время отпуска в Баварском лесу был украден фотоаппарат стоимостью 70 евро. На допросе у следственного судьи Ф. обвинял в большей мере официанта А. Последний оспаривает это. Кроме показаний Ф. в деле нет никаких других доказательств. На повестку, вызывающего Ф. в качестве свидетеля в суд по делу против А., Ф. в письменной форме сообщает, что не собирается приехать, поскольку нет возможности оплатить такую дальнюю поездку. Может ли суд в судебном разбирательстве в рамках исследования доказательств огласить ранний протокол судебного допроса Ф., хотя А. протестует?

Задача 52. А. обвинен в том, что находится в половой связи со своей 17-летней дочерью Т. (§ 173 I УК). Т. была допрошена следственным судьей Р., который разъяснил ей в соответствии с законом право свидетеля на отказ от дачи показаний. Она тяжко обвиняла А. На более позднем судебном разбирательстве Т. отказывается от своих прежних показаний. Может ли суд осудить А., основываясь на показаниях Т.? Как это можно процессуально осуществить?

Задача 53. а) А., обвиняемый в мошенничестве (§ 263 УК), на допросе, проводимом полицейским П., признался в совершении данного деяния. На судебном разбирательстве он отказывается от своих прежних показаний. Суд хотел бы огласить в зале судебного заседания протокол полицейского допроса. Допустимо ли это? Существуют ли иные возможности при вынесении приговора сослаться на признание А., полученное в результате полицейского допроса на стадии дознания?

б) П. не дожил до суда. Может ли суд в данном случае огласить протокол полицейского допроса?

I. Принцип

Принцип непосредственности исследования доказательств в судебном разбирательстве следует из §§ 226, 250ff УПК (см. Rn 24) и свидетельствует, что: **410**

- исследование доказательств, как правило, должно происходить в суде, который рассматривает дело (**формальная непосредственность**), и
- доказательства нельзя подменить на доказательственные суррогаты (**фактическая непосредственность**).

Уголовно-процессуальный кодекс проявляет большой скептицизм по отношению к доказательству, сформированному в результате **протокола** прежнего **свидетельского допроса**. Поэтому для вовлечения в процесс доказывания протокола ранее проведенного допроса в качестве **документа** (посредством оглашения согласно § 249 I 1 УПК) существует достаточно подробное законное регулирование, предусмотренное в §§ 250 и на следующих страницах УПК. Если доказывание факта основано на восприятии какого-либо лица, то оно должно быть допрошено в судебном разбирательстве (§ 250 S.1 УПК). Непосредственный допрос свидетеля не может быть заменен оглашением протокола о ранее проведенном допросе или письмен-

ным объяснением, § 250 S.2 УПК (**приоритет личного над документальным доказательством**).

II. Нарушение принципа личного допроса

411 Уголовно-процессуальный кодекс предусматривает для суда несколько **исключений** из принципа личного допроса, в которых он допускает при определенных основаниях возможность замены личного допроса документом, поскольку иначе установление фактов было бы невозможным или слишком затруднительным.

1. Оглашение протоколов о допросе свидетелей, экспертов или сообвиняемых, § 251 УПК

§ 251 УПК содержит исчерпывающий перечень случаев, когда возможно заменить допрос лица оглашением **протокола его раннего допроса** вследствие отсутствия допрашиваемого лица в зале судебного заседания. При этом закон проводит различие между **судебным** (Abs.1) и **несудебным допросом** (Abs.2). Общим **обязательным основанием** для оглашения всех протоколов является **разъяснение в соответствии с требованиями закона права отказа от дачи свидетельских и иных показаний при ранее проводимом допросе** (BGHSt 10, 186, 190; vgl hierzu auch den guten überblick bei Park, StV 2000, 218).

§ 251 УПК не действует для ранее проведенных допросов обвиняемого (в противоположность к сообвиняемому). В этом отношении § 254 УПК (dazu Rn 416) занимает исчерпывающее особое положение (OLG Köln StV 1983, 97).

412 а) Допрос свидетеля, эксперта или сообвиняемого может быть заменен оглашением протокола его **допроса, ранее произведенного судьей**, а также этот протокол можно использовать, если:

- свидетель, эксперт или сообвиняемый умер или если его местонахождение не установлено (§ 251 I № 1 УПК);
- явке данных лиц в судебное разбирательство препятствуют болезнь, немощь или другие неустранимые причины (§ 251 I № 2 УПК);
- явка данных лиц в суд затруднена из-за большой удаленности (§ 251 I № 3 УПК).

При этом необходимо соотносить значение дела, важность показания и необходимость ускоренного проведения процесса с интересом личности не явиться в суд для дачи показаний (географическое положение, личные обстоятельства, транспортные условия) (BGH StV 1989, 468; OLG Düsseldorf StV 2000, 8).

413 б) Протоколы **допросов, проведенных не судьей**, оглашаются, если:

- свидетель, эксперт или сообвиняемый умер или
- по другим причинам в обозримое время его нельзя допросить в судебном порядке (§ 251 II 2 УПК).

Под невозможностью допроса лица в обозримое время следует понимать только **фактические**, а не **правовые** препятствия. Поэтому возможность оглашения протокола отсутствует, если, например, свидетель воспользовался своим правом, предусмотренным в § 55 I УПК

(BGH NStZ 1996, 96; abw. Mitsch, JZ 1992, 174). В таком случае, ждать свидетеля или оглашать протокол, нужно устанавливать, взвешивая все «за» и «против» (vgl BGHSt 13, 300, 302; 22, 118, 120; AK-Dölling, § 251 Rn 16).

в) Оглашение как судебных, так и несудебных протоколов допроса свидетеля, эксперта или сообвиняемого допустимо, только если **прокурор, защитник и подсудимый с этим согласны** (§ 251 I № 4, II 1 УПК), причем подсудимый в случае допроса, проведенного не судьей, **должен** иметь защитника. **414**

В соответствии с судебной практикой признается согласием **молчаливое** одобрение (BGHSt 9, 230, 232; BGH StV 1983, 319), например, защитник согласился с оглашением протокола, и подсудимый по этому поводу молчит (BayObLGSt 1978, 17; K /M-G, § 251 Rn 12f). Однако это обоснованно подвергается критике, поскольку, таким образом, необходимость согласия de facto превращается в обязанность приносить возражение (Schlothauer, StV 1983, 320; ebenso Roxin, § 44 Rn 10). Возможно **исправить** процессуальную ошибку путем получения последующего согласия.

2. Напоминание и устранение противоречий у свидетелей и эксперта, § 253 УПК

Если **свидетель** или **эксперт** заявляет, что не может вспомнить какой-либо факт, то ему **для напоминания** может быть прочитана соответствующая часть протокола его ранее проведенного допроса. Данное положение допустимо также **для устранения противоречий** между выявленными при допросе и ранее данными показаниями (§ 253 УПК). **415**

В случае оглашения раннего протокола также в присутствии свидетеля /эксперта личное доказательство превращается в доказательство в форме **документа** (BGHSt 11, 338, 341), т.е. доказательство – это протокол, а не то, как свидетель или эксперт реагируют на оглашение. Речь **не** идет о специальном регулировании – только позже обсуждаемого и в рамках допроса приоритетного (BGH NStZ 2002, 46) – предъявления доказательств в ходе процесса (str., vgl Schmidt, II § 253 Rn 5ff; § 254 Rn 10).

3. Оглашение протокола допроса о признании вины и устранение противоречий у подсудимого, § 254 УПК

Объяснения **подсудимого**, которые содержатся в **судебном протоколе** его допроса, могут быть оглашены с целью исследования доказательств о **признании им вины** (§ 254 I УПК). Оглашение допустимо **для устранения противоречий** между выявленными при допросе и ранее данными показаниями подсудимого (§ 254 II УПК). **416**

Однако основанием для оглашения всегда является то, что речь идет о протоколе судебного допроса подсудимого (не свидетеля и не другого подсудимого). Протоколы допросов, проведенных не судьей, могут также оглашаться, но не с целью документального доказательства, т.е. протокол не становится самостоятельным доказательством, а служит только как процессуальное предъявление доказательств в ходе процесса (K /M-G, § 254 Rn 7; s.u. Rn 421).

Необходимо учитывать, что § 254 УПК регулирует только допустимость **оглашения** более ранних высказываний обвиняемого, но **не содержит запрета на ис-**

пользование (господствующая позиция). Лицо, проводящее ранее допрос, всегда может быть допрошено **в качестве свидетеля**. Это, прежде всего, имеет значение для неоглашаемых в судебном разбирательстве прежних признаний подсудимого, которые он дал в прокуратуре или в полиции. У подсудимого в отличие от свидетеля, обладающего правом отказа от дачи свидетельских показаний (§ 252 УПК, см. Rn 418), нет возможности аннулировать свое прежнее признание при помощи ссылки на право отказа от дачи показаний в судебном разбирательстве (§ 243 IV 1 УПК).

4. Заявления органов власти, экспертов и врачей, § 256 УПК

417 Заявления органов власти и заключения экспертов, врачей могут быть в соответствии с § 256 УПК оглашены. Это исключение оправдывается особым авторитетом органов власти и врачей. § 256 УПК позволяет оглашение заключений врачей о вреде здоровью только в случае, если цель процесса заключается в осуществлении уголовного преследования по **нанесению вреда здоровью** в смысле §§ 223, 224, 229 УК (BGHSt 33, 389, 391).

III. Показания свидетеля, который только в судебном разбирательстве ссылается на свое право отказа от дачи свидетельских показаний, § 252 УПК

418 1. Показания свидетеля, допрошенного до судебного разбирательства, который лишь в суде впервые использовал свое право отказа от дачи показаний, **не могут быть оглашены** (§ 252 УПК). Данный параграф распространяет свое действие также на ситуацию, когда свидетель, несмотря на право отказа от дачи показаний (господствующая позиция: только §§ 52-53a УПК, а не § 55 УПК; см. Rn 466), дает показания, которые протоколируются, но только в судебном разбирательстве он ссылается на **свое право отказа от дачи показаний**.

419 2. Исходя из буквального толкования закона, существует только **запрет оглашения**, так что, например, возможно допросить в качестве свидетеля лицо, которое ранее проводило допрос, поэтому оглашение становится не нужным. Однако судебной практикой и наукой в настоящее время признано, что из § 252 УПК следует выводить общий **запрет на использование ранних показаний** (BGH in st. Rspr seit BGHSt 2, 99, 101; sehr lesenswert Geppert, Jura 1988, 305ff, 363ff u. der Fall bei Mitsch, Jura 1998, 306).

420 3. Тем не менее согласно другой судебной практике и мнению меньшинства теоретиков выводимый из § 252 УПК запрет на использование ранних показаний должен действовать только применительно к допросам, проводимым **полицией или прокуратурой**, но не для **судебных допросов**. При судебных допросах не существует запрета на использование в процессе, поскольку судья в соответствии с законом разъяснил свидетелю его права, и он их, соответственно, понял (BGHSt 2, 99, 106ff). Изначально это различие обосновывалось, в первую очередь, недостающей обязанностью разъяснить участникам процесса их права и обязанности при проведении допроса полицией и прокуратурой. Но законом о внесении изменений

в УПК и в закон о судоустройстве от 19.12.1964 г. для полиции и прокуратуры введена обязанность разъяснить участникам процесса их права и обязанности (§§ 161a, 163a V УПК), тем самым эти допросы поднимаются на более высокий уровень судебного допроса (BGHSt 21, 218, 219). Ранние показания, данные судье, возможно также использовать при вынесении приговора, если следственный судья был допрошен в судебном разбирательстве в качестве свидетеля.

От этого (частичного) применения запрета на использование из § 252 УПК в запрете оглашения протокола необходимо отказаться. Поскольку на полицию, прокурора и судью возложена одинаковая обязанность по разъяснению и они гарантируют ход развития процесса в соответствии с законом, то необходимо рассматривать все эти допросы с единых позиций. Во всех случаях должен быть подтвержден **обширный запрет на использование доказательства в процессе**. Не существует «особого качества» судебного допроса на стадии дознания (ebenso Eisenberg, Rn 1315f; abw. Lesch, JA 1995, 695; 1997, 364). Господствующая позиция в литературе признает неограниченный запрет на использование доказательства в процессе, который исключает допрос в судебном разбирательстве любого лица, проводящего ранее допрос, в том числе и судьи (vgl nur AK-Meier, § 252 Rn 11; Hanack, JZ 1972, 238; Roxin, § 44 Rn 21; Volk, § 27 Rn 10). То же правило действует и в отношении допроса эксперта, которому ранее судья разъяснил его права как свидетеля, независимо, идет ли речь о фактах, полученных в результате исследования, или о дополнительных фактах (см. Rn 198; ebenso bzgl der Zusatztatsachen BGHSt 46, 189, 193 – anders bzgl der Befundtatsachen BGHSt 36, 217, 219; vert. Geppert, Jura 1988, 365).

420a Частично представлено мнение, что свидетель, который дает показания, зная о своем праве отказа от дачи показаний, тем самым отказывается от запрета на использование доказательства в процессе (Schlüchter, KeRn wissen, S.192). Это влечет за собой последствие, что данное ранее показание после разъяснения в соответствии с законом нельзя огласить, но можно допросить в качестве «свидетеля понаслышке» лицо, осуществлявшее ранее допрос, независимо от того, идет ли речь о судебном или несудебном допросе. Однако вместе с тем не в достаточной мере отдают должное защите семейных отношений, целью которых является действие §§ 52, 252 УПК.

Параллельно нужно решать также следующую ситуацию: полиция разъяснила свидетелю его права не в соответствии с § 52 III УПК. В судебном разбирательстве он не хотел бы вновь сталкиваться с деянием и с подсудимым. Поэтому он принимает решение воспользоваться своим правом отказа от дачи свидетельских показаний и дает согласие на оглашение протокола допроса, проведенного ранее полицией. Принцип непосредственности требует, чтобы свидетель в судебном разбирательстве во время дачи показаний решил, воспользуется он или нет своим правом отказа от дачи показаний. Сегодня защита от столкновения с подсудимым в достаточной мере гарантируется посредством проведения видеодопроса (см. Rn 430a ff). Abw. allerdings BGHSt 45, 203, 205; Ranft, NJW 2001, 3761; wie hier Dallmeyer, 2000, 278; Eisenberg, Rn 1301; Fezer, JR 2000, 341; Keiser, NStZ 2000, 458; Roxin, Rieß-FS, S.451; Volk, JuS 2001, 133; Wollweber, NJW 2001, 3760.

Замечание. Если право отказа свидетеля от дачи показаний на основании § 52 УПК StPO возникло только после допроса полицией или прокуратурой (например, после бракосочетания свидетельницы с подсудимым), то при всем этом показание не может быть ис-

пользовано, если свидетель в **судебном разбирательстве** ссылается на свое право отказа от дачи показаний. При более раннем допросе право отказа от дачи свидетельских показаний еще не существовало, так что свидетелю невозможно было разъяснить это право, и соответственно он не может на него ссылаться (BGHSt 22, 219, 220; 27, 231).

Проблематично, не существует ли запрета на использование § 252 УПК, если свидетель породнился с обвиняемым целенаправленно, чтобы избежать выяснения истины, например, если подсудимый во время судебного разбирательства для видимости зарегистрировал брак с главной свидетельницей обвинения (т.н. **недобросовестная манипуляция процессом**). Учитывая область защиты §§ 52, 252 УПК, которая интересы семьи основывает на формальных критериях, например, бракосочетание и причисление к сфере действия данных положений уже разведенных супругов, запрещается взвешивание и оценивание отдельных моментов. Законодатель уже предусмотрел результат взвешивания и выступил против оглашения показаний. Таким образом, соответствующие правила должны действовать также для использования (Kretschmer, Jura 2000, 461; anders BGHSt 45, 342, 350 m. zust. Anm. Gollwitzer, JR 2001, 253 und Eckstein, JA 2002, 124).

Кроме того, следует учитывать, что этот запрет на использование имеет значение только для ранних **допросов** (BGHSt 40, 211, 213 (Fall Sedlmayr)), однако не только для формальных допросов в уголовном процессе, но и для ситуаций, похожих на допросы, в частности, в процессе лишения родительских прав (BGHSt 36, 384, 388; BGH NJW 1998, 2229; vgl hierzu auch Ranft, StV 2000, 520), при внезапном ночном появлении полиции у дверей квартиры (OLG Frankfurt StV 1994, 117) или при информационном опросе (BGHSt 29, 230, 231). Действие § 252 УПК распространяется также на несудебный допрос свидетеля, где вопросы последнему задает защитник подсудимого, с последствием, что сообщения свидетеля по отношению к защитнику подсудимого не могут быть введены в процесс, если свидетель в судебном разбирательстве использует свое право отказа от дачи показаний (BGHSt 46, 1, 4 m. krit. Anm. Schittenhelm NStZ 2001, 50; ebenso Roxin, Rieß-FS, S.459; wie hier Baier, JA 2000, 833; Volk, JuS 2001, 130).

Однако запрет на использование не действует, когда свидетель в отношении полиции **по собственной инициативе** дает показания (BGH bei Miebach, NStZ 1989, 15). Присутствует также **спонтанное высказывание**, когда, например, жена по телефону обращается в полицию и заявляет, что ее супруг изнасиловал 11-летнюю дочь. Это показание может быть также использоваться тогда, когда жена позже ссылается на свое право отказа от дачи свидетельских показаний (BGH NStZ 1986, 232; zust. Geppert, Jura 1986, 366; abl. Roxin, § 44 Rn 22; Eisenberg, Rn 1303). Аналогично нужно действовать, когда несовершеннолетняя свидетельница спонтанно рассказывает в клинике об угрозах причинения ей смерти со стороны отца, когда ее об этом не спрашивали. Даже если эта свидетельница воспользуется позже правом отказа от дачи показаний, то может быть допрошен в качестве свидетеля врач (BGH NStZ 1992, 247; vgl zur parallelen Situation beim Beschuldigten o. Rn 113, 118).

Особые проблемы могут возникать в случаях использования тайного агента (см. Rn 481f).

IV. Предъявление доказательств в ходе процесса

421 Поскольку уголовно-процессуальный кодекс не в качестве исключения предусматривает оглашение протоколов более ранних допросов, то, согласно господствующему мнению, допустимо в рамках допроса подсудимого, свидетеля или эксперта

зачитывать выдержки из протоколов прежних их допросов с целью предъявления доказательств в процессе (BGHSt 14, 310, 312; 34 231, 235). При этом речь идет не о форме документа, а исключительно о независимой от §§ 251ff УПК **помощи при допросе**. Необходимо это отличать от возможности оглашения протокола согласно § 253 УПК, который ориентирован на правила, действующие для такого вида доказательства, как документ (см. Rn 415). Принцип непосредственности не должен быть нарушен, поскольку **основой для вынесения приговора** становится не содержание оглашенного протокола допроса, а **реакция** допрашиваемого **на предъявленные доказательства в процессе** (BGHSt 3, 281, 283).

Однако судебная практика относится с сомнением к предъявлению доказательств в ходе процесса, поскольку для профессиональных судей, а еще более для непрофессионалов, в большинстве случаев невозможно отличить простое оглашение (как процессуально не существующее) от реакции допрашиваемого (как только единственно значимое доказательство). Поэтому в литературе из-за невозможности разделения предъявления доказательств в ходе процесса и оглашения документа обоснованно выдвигаются требования, чтобы оглашение было возможным также с целью предъявления доказательств в процессе только в случаях, предусмотренных §§ 251ff УПК. Если необходимо далее предъявлять доказательства, то судья должен это сделать и сообщить содержание документа, не прибегая к дословному чтению протокола (vgl nur Eisenberg, Rn 868ff mwN). Но на практике предъявление доказательств в ходе процесса является необходимым инструментом.

V. «Свидетель понаслышке»

Принцип непосредственности урегулирован достаточно подробно только в области конкуренции с личным доказательством и документом (§§ 250ff УПК). Но УПК не содержит категоричного **преимущества непосредственных свидетелей над косвенными**. В соответствии с этим не всегда следует причислять к свидетелю лицо, которое непосредственно наблюдало событие преступления, скорее может быть допрошено в качестве (косвенного) свидетеля лицо, услышавшее от (непосредственного) свидетеля описание преступления, так называемый «**свидетель понаслышке**». Например, возможно в описываемых в Rn 410ff случаях запрета на оглашение протокола допросить о прежних показаниях подсудимого или свидетеля относительно преступления в качестве свидетеля лицо, которое проводило допросы раньше, поскольку по общему правилу действует запрет на использование доказательств в суде (основной случай: § 252 УПК). «Свидетель понаслышке» – это **прямое доказательство относительно воспринятого им ранее показания другого свидетеля**. Обращение к нему не является нарушением принципа справедливого процесса (BVerfG NStZ 1991, 445). **422**

Граница допустимости привлечения «свидетеля понаслышке» вместо непосредственного свидетеля проводится только на основании **обязанности суда по установлению истины**, § 244 II УПК (BVerfGE 57, 250, 277; BGHSt 6, 209, 10; 36, 159, 162 – zu diesem Grundsatz s.o. Rn 406; gute Darstellung bei Geppert, Jura 1991, 538). Суд может нарушать принцип всестороннего расследования уголовного дела, когда допрашивает только косвенных свидетелей, хотя возможен допрос непосредственных (BGHSt GrS 32, 115, 123). Суд при оценке доказательств особенно должен учитывать незначительную доказательственную ценность показания косвенного

свидетеля (BGHSt 17, 382, 385; 34, 15, 18). Ненадежность доказательственной ценности «свидетеля понаслышке» связана с тем, что результат доказывания преимущественно должен подтверждаться другими косвенными доказательствами (BVerfG NJW 2001, 2245; BGHSt 42, 15, 25; BGH NStZ-RR 2002, 176). С увеличением числа «промежуточных элементов» возрастает возможность ошибки, и суд должен это осознавать (BGHSt 34, 15, 20).

Представленная здесь позиция частично критикуется в литературе (Grünwald, S.119; Peters, § 39 II; Seebode, JZ 1980, 506). Авторы утверждают, что «свидетель понаслышке» не должен быть допрошен, если существует непосредственный. Это обосновывается § 250 S.1 УПК, из которого следует принцип, что необходимо допрашивать самого непосредственного свидетеля. Однако такая трактовка вступает в противоречие с системой закона. § 250 S.1 и 2 УПК необходимо интерпретировать в совокупности, из чего следует только приоритет личного доказательства над документом, но не вспомогательный характер значения косвенного свидетеля по отношению к непосредственному.

VI. Проблематика внедрения доверенного лица

423 Особое значение приобретает принцип непосредственности при решении вопроса об использовании показаний полицейских и прочих помощников органов дознания, которые собирают сведения и затем передают их органам, осуществляющим дознание.

1. Основные понятия

Необходимо различать таких помощников расследования:

Осведомители – это лица, готовые в отдельных случаях предоставлять органам уголовного преследования информацию на конфиденциальной основе (директива министра юстиции и МВД об использовании осведомителей и доверенных лиц, abgedr. bei K /M-G, Anh.15, RiStBV Anl. D Teil I № 2.1).

Доверенные лица – это лица, которые не относятся к органам уголовного преследования, но готовы оказывать им содействие при расследовании преступлений конфиденциально в течение длительного времени, и согласны в принципе действовать под чужим именем (вышеупомянутая директива часть I № 2.2; weiter und damit auch Verdeckte Ermittler erfassend BGHSt GrS 32, 115, 121).

Тайные агенты – это служащие полиции, которые принимают участие в расследовании под чужим именем (легендой) в течение длительного времени (§ 110a II УПК).

Негласные служащие полиции, принимающие участие в расследовании, – негласные полицейские, которые не действуют под легендой в течение длительного времени, а выступают в иной роли непродолжительно, кратковременно, например, как «скупщик валюты» в случаях незаконного оборота наркотических средств.

Zum überblick KöRn er, § 31 Rn 101ff.

2. Допустимость внедрения

Согласно § 110a I УПК **тайные агенты** могут использоваться при наличии достаточных фактических данных о совершении **преступления, входящего в каталог § 110a УПК** (например, преступление из сферы незаконного оборота наркотических средств), имеющего большое значение, или для расследования **преступления** при наличии определенных фактов, обосновывающих **опасность повторения совершения преступления** (§ 110a I 1, 2 УПК), но только тогда, когда расследование другим способом невыполнимо или существенно затруднено (§ 110a I 3 УПК). Из этого следует, что допустимо использовать тайного агента только в отношении **преступлений** (а не уголовно наказуемых проступков), когда их **большое значение** требует внедрения агента и **другие меры невыполнимы** (§ 110a I 4 УПК), см. Rn 267, 288. 424

Законодатель не регулирует допустимость внедрения **доверенных лиц, осведомителей** и прочих негласных оперативных работников. Однако нельзя делать вывод от противного из допустимости тайных агентов на недопустимость сбора информации доверенными лицами и осведомителями, поскольу законодатель осознанно оставил эту сферу открытой. Частично внедрение подобных лиц рассматривается как недопустимое посягательство в право на информационное самоопределение, и поэтому требуется законное полномочие на проведение подобных действий (so zB SK-Rudolphi, Vor § 94 Rn 48 und § 110a Rn 14; Duttge, JZ 1996, 556; Eschelbach, StV 2000, 390; Lilie /Rudolph, NStZ 1995, 514; Lilie, in: Hirsch, Erscheinungsformen, S. 499ff; Fezer, JZ 1996, 609; Lagodny, StV 1996, 167; Malek /Wohlers, Rn 481; sehr krit. auch Hamm, StV 2001, 81). Противоположная позиция (BGHSt 32, 115, 121ff; 45, 321, 324; K /M-G, § 163 Rn 34b; Rogall, NStZ 2000, 493; s. Rn 288) признавала раннее распределение задач в § 163 УПК как достаточное законное засвидетельствование. Представляется целесообразным с этим согласиться, поскольку в результате доверенные лица и осведомители не являются служащими органов уголовного преследования и не осуществляют государственные задачи с использованием государственных средств. Поэтому речь идет только о сборе информации посредством свидетельских показаний (Hilger, Hanack-FS, S.213). Законом об изменении уголовного судопроизводства в 1999 г. были внесены измения в § 163 УПК относительной общей оговорки расследования, вследствие чего теперь вмешательства в основные права, как, например, внедрение доверенного лица, могут основываться также на правовых нормах (so auch Lesch, JA 2000, 725; abw. Murmann /Crassmann, S.6; Hetzer, Kriminalistik 2001, 690; vgl auch Rn 104).

С другой стороны, наше уголовно-процессуальное право – это результат нахождения точного баланса между интересами государства на осуществление уголовного преследования и правом граждан на свободу. Поэтому многократно ограничены полномочия на вмешательство и меры принуждения полиции, прокуратуры и суда. Все это было бы бессмысленным, если предоставить органам уголовного преследования абсолютную возможность использования любых негосударственных мер по расследованию. Поэтому принцип правового государства должен провести границу при отклонении государства на «частный» сбор информации. По крайней мере, длительное неограниченное использование доверенного лица является недопустимым; оно возможно только при расследовании и борьбе с особо опасными и сложнораскрываемыми преступлениями (незаконная торговля наркотическими средствами и бандитизм) (BVerfGE 57, 250,

284; BVerfG StV 1995, 561; BGHSt GrS 32, 115, 122; BGHSt 41, 42, 43). Прежде всего, должно быть ограничено использование провокаторов, т.е. доверенных лиц, которые осознанно провоцируют других лиц на совершение уголовно наказуемых деяний. Доверенные лица, работающие в качестве провокаторов, могут так же, как и тайные агенты, действовать только в отношении лиц, которые уже **подозреваются в смысле § 160 УПК** в планировании или осуществлении особо опасных и сложнораскрываемых преступлений (BGHSt 47, 44, 48; BGH NStZ 1995, 506; Einzelheiten s. SK-Wolter, Vor § 151 Rn 100ff und Rn 288).

Впрочем, в отношении всех пока неурегулированных законом подобных случаев необходимо возвращаться к принципам судебной практики относительно внедрения доверенного лица и учитывать, в частности, **основополагающее решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt GrS 32, 115ff** (überblick bei Eberth / Müller, Rn 144ff). Привлечение по аналогии действующих для тайных агентов положений §§ 110a ff УПК к регулированию деятельности доверенных лиц исключается, исходя из другого качества мероприятия. Особенно нельзя применять к доверенным лицам по аналогии формальные предпосылки §§ 110a ff УПК (BGHSt 41, 42, 45; zT enger Zaczyk, StV 1993, 493). В связи с этим обращает на себя внимание

решение Верховного суда ФРГ – BGH NJW 1997, 1516: негласный служащий полиции П., действующий под чужим именем, на короткий срок внедряется, не как тайный агент, к наркоманам. Он отправляется в квартиру торговца наркотиком Р. и приобретает там гашиш в качестве скупщика на общую стоимость 950 евро. Является ли это мероприятие допустимым?

Решение казуса. Если бы П. был тайным агентом, то он нуждался бы в получении судебного согласия на вхождение в квартиру (§ 110b II 1 № 2 УПК). В отношении доверенных лиц и негласных служащих полции, принимающих участие в расследовании, не применяются по аналогии предпосылки §§ 110a ff УПК. Однако нельзя исходить в данном случае из законности поступка и использования доказательства, поскольку элемент обмана, распространяющийся на каждую купюру при покупке, усиливается еще более тем, что П. путем обмана облегчил себе проникновение в защищаемое ст.13 ОЗ жилище другого человека. Поэтому здесь представляется необходимым из соображений правового государства получение сперва судебного согласия (vom BGH letztendlich offen gelassen, vgl dazu Frister, JZ 1997, 1130; Krey, Miyazawa-FS, S.595, 606; Roxin, StV 1998, 43; Wollweber, StV 1997, 507).

3. Интерес сохранения в тайне и принцип непосредственности

425 Применительно к принципу непосредственности возникают проблемы из-за того, что орган власти, пользующийся помощью данных людей при сборе информации, заинтересован в **сохранении в тайне идентичности** лиц, поскольку должен гарантировать им конфиденциальность и хотел бы использовать их дальше в своих целях, т.е. сам заинтересован в защите данных лиц. Поэтому возникает вопрос: существует ли возможность введения в процесс показаний осведомителей, доверенных лиц или тайных агентов без раскрытия их истинных имен, личностей. Данный вопрос не был исчерпывающе урегулирован в результате принятия закона о борьбе с организованной преступностью от 1992 г. Однако § 110b III УПК признал за тайным агентом интерес сохранения в тайне его настоящей личности и расширил общие положения о защите свидетелей § 68 УПК. На основании закона о защите свидетеля от 1998 г. появилась также еще возможность проведения видеодопро-

са доверенного лица (§§ 58a, 168e, 247a, 255a УПК), где разрешено использовать технические возможности оптического и акустического изменения внешнего вида допрашиваемого доверенного лица (Beulke, ZStW 113 (2001), 726; sehr str.; s. Rn 428). В отношении прочих неурегулированных законом случаев (прежде всего относительно осведомителей и доверенных лиц) необходимо обращаться к существующей судебной практике.

4. Служебный запрет

Уголовно-процессуальный кодекс признает в §§ 54, 68, 96 и теперь также в § 110b III УПК интерес государства в сохранении в тайне определенных личностей, и в судебном производстве должен быть возможным **запрет** со стороны органа власти в отношении помощников расследования (см. Rn 190, 248). Компетентным в данном решении является министр внутренних дел федерации или земли (BGHSt 41, 36, 39). Запрет влечет за собой то, что орган власти не дает информацию о тождестве и месте пребывания лица, негласного помощника дознания, и отказывает своим служащим в необходимом разрешении на дачу показаний (§ 54 I УПК). Вместе с тем это, как правило, предотвращает вызов в суд. **426**

В соответствии с § 110b III 3 УПК в сравнении с § 96 УПК в уголовном процессе допустимо сохранение в тайне идентичности личности тайного агента, в особенности тогда, когда существует повод для опасения, что раскрытие угрожало бы:

– жизни, здоровью или свободе тайного агента или другого лица либо
– возможности дальнейшего использования тайного агента.

Для **осведомителей и доверенных лиц** § 110b III 3 УПК не действует, так что решающим для запрета в отношении данных помощников расследования является только § 96 УПК (по аналогии). Правильной, по мнению автора, будет расширенная интерпретация § 110b III 3 УПК с учетом определенной специфики (Hilger, NStZ 1992, 524 Rn 154).

5. Помощник расследования в судебном разбирательстве

а) Возможность запрета не разрешает многих вопросов: как далеко он распространяется, в каком объеме суд может проверить служебное заявление на запрет и какие иные существуют возможности для того, чтобы считаться с государственным интересом соблюдения в тайне. Орган власти может устанавливать запрет в отношении помощников расследования при определенных **условиях**, исходя из накопленной судебной практики может вывести своеобразную **теорию уровней** (BGHSt GrS 32, 115ff; BGHSt 33, 83ff; 34, 15ff; 36, 159ff; SK-Schlüchter, § 251 Rn 58ff): **427**

1-й уровень: внешние ограничения в суде при допросе помощника расследования.

Примеры: молчание относительно места жительства, § 68 II УПК; сохранение в тайне своего имени (анонимный свидетель), § 68 III УПК и §§ 110b III 3, 96 УПК (zur Problematik vgl Krey /Haubrich, JR 1992, 311; Lesch, StV 1995, 542); исключение общественности, § 172 № la закона о судоустройстве; синхронная видеоконференция, § 247a S.l УПК (см. Rn 430ff).

2-й уровень: допрос судьей помощника расследования в порядке выполнения **просьбы или поручения**, §§ 223f, 251 I № 2 УПК.

3-й уровень: отказ от допроса помощника расследования и **оглашения протокола допроса, проведенного в полиции** (§ 251 II StPO), и соответственно показ видеозаписей прежних допросов (в частности §§ 58a I 2 № 2, 168e S.4, 255a УПК), если нет опасности разгласить личность свидетеля при обращении к аудиовизуальным СМИ, или допрос лица (преимущественно полицейского служащего), проводившего допрос помощника расследования, так называемого **свидетеля понаслышке**.

При этом судебное следствие должно происходить по возможности таким образом, как предусмотрено законом при обычных регулярных допросах, поэтому, например, подсудимому разрешено, задавать доверенному лицу в письменном виде круг вопросов (BGH StV 1993, 171).

Примечание. На нынешний день еще нет ясности относительно применения видеотехнологии при допросе доверенного лица – в частности, по вопросам о допустимости переодевания и искажения голоса по действующему праву (vgl KK-Wache, § 168e Rn 4; Beulke, ZStW 113 (2001), 726; Diemer, NStZ 2001, 397; Malek, Rn 354g; Schlächter /Greff, Kriminalistik 1998, 530; Weider, StV 2000, 48).

428 б) Сфера действия служебного запрета различна, где орган власти может выбрать только тот уровень, который лишь незначительней всего ущемляет интерес правосудия по установлению истины по делу (BVerfGE 57, 250). Орган власти должен обосновывать, если это возможно по причинам сохранения в тайне, свое решение для облегчения суду проверки только очевидных ошибок (BVerfGE 57, 250, 288). На суд возлагается обязанность (из § 244 II УПК) требовать от органа власти проводить по возможности **служебную проверку решения** (BGHSt GrS 32, 115, 126; BGHSt 29, 109, 112). Сначала необходимо получить решение высшего по службе органа власти, который должен представить важные причины для отказа (zB BGHSt 42, 175, 177 m. Anm. Geerds, NStZ 1996, 609). Если представление является недостаточным, то суд должен сделать встречное представление, если только без определенной формы такое обжалование изначально было бы безуспешно (BGHSt 36, 159, 161f).

429 в) Если помощнику расследования запретили выступать в качестве свидетеля и суд не может собственными усилиями установить личность доверенного лица (BGH StV 1993, 113; zum Sonderfall des vom Verteidiger bereits teilweise enttaRn ten V-Mannes s. BGHSt 39, 141ff m. krit. Anm. Beulke /Satzger, JZ 1993, 1012), то это лицо необходимо рассматривать суду как **недостижимое** в смысле § 244 III 2 УПК (BGHSt GrS 32, 115, 126), причем это не должно зависеть от того, признал ли суд запрет органа власти оправданным или нет (BGHSt 36, 159, 162 – anders die frühere Rspr BGHSt 31, 148, 154ff; 33, 83, 92). В этих случаях возможно прибегнуть к доказательственному суррогату (например, к допросу лица, проводившего ранее допрос, к оглашению протокола допроса согласно § 251 II 2 УПК). Верховный суд ФРГ не присоединился к сдержанной практике Европейского суда по правам человека (EGMR StV 1997, 617 (Fall van Mechelen) m. Anm. Wattenberg /Violet; dazu auch Renzikowski, JZ 1999, 605), но подчеркнул, что сообщения подобных лиц, личность которых не известна суду, возможно использовать в обоснование приговора только тогда, когда они подверглись особо критической оценке

и подтверждены другими доказательствами (BGHSt 45, 321, 340; 47, 44, 47, s. Rn 288). Применение доказательственного суррогата невозможно только тогда, когда существует запрет на сбор и использование свидетельских показаний, когда исходят из того, является ли заявление на запрет для помощников расследования **произвольно или очевидно юридически неправильным** (BGHSt 36, 159, 163 – auf die Wiedergabe der Flut gegenteiliger Meinungen im Schrifttum soll hier verzichtet werden; vgl nur Eisenberg, Rn 1027ff; Geppert, Jura 1992, 244; Meyer, J., Der Urkundenbeweis in der Hauptverhandlung, 1999, S.65; KMR-Lesch, § 247a Rn 21; Lesch, 2 /137 u. Schroeder /Meindl, Fall 10, S.150). По доказательственной силе свидетеля понаслышке см. Rn 422.

6. Использование данных в других, более поздних процессах, § 110e УПК

Возможно использовать информацию, полученную в результате применения тайного агента, в **других процессах** (т.н. **случайные находки**) в целях доказывания только при наличии строгих оснований, предусмотренных § 110e УПК; в особенности если речь идет о преступлении, входящем в **каталог преступлений** § 110a I УПК.

VII. Видеозапись в рамках допроса свидетелей

430 С целью уберечь нуждающихся в защите свидетелей, особенно детей, жертв насильственных и сексуальных преступлений, законодатель законом об охране свидетелей предусмотрел новые законные основания для использования видеозаписи в рамках допроса свидетелей. Одновременно с защитой свидетелей были созданы новые положения, касающиеся обеспечения доказательств, облегчения и экономии процесса. В частности, необходимо выделить следующие области правового регулирования (überblick bei Beulke, ZStW 113 (2001), 709; Diemer, NJW 1999, 1667; Leitner, StraFo 1999, 45; Rieß, StraFo 1999, 1; Swoboda, S., Videotechnik im Strafverfahren, Jur. Diss. Passau, 2002):

- одновременная **передача** видео-, аудиоизображения допроса свидетеля в судебном разбирательстве (§ 247a S.1, 2, 3 УПК);
- аудио-, **видеозапись** свидетельского допроса дополнительно к общепринятому протоколированию показания и использование данных записей в судебном разбирательстве (§§ 58a, 168e S.4, 247a S.4 и 5, 255a УПК).

1. Синхронная видеопередача допроса свидетеля в судебном разбирательстве (видеоконференция)

430a а) По новым положениям свидетель (при определенных обстоятельствах в случае содействия) может находиться во время своего допроса **в судебном разбирательстве в другом месте**, и **одновременно** его допрос в аудио- и видеоизображении передается в зал судебного заседания (§ 247a S.l, 3 УПК). При этом все судьи, включая и председателя судебного заседания, а также остальные участ-

ники процесса остаются в зале судебного заседания, откуда они спрашивают свидетеля (т.н. «английская модель»; dazu Bohlander, ZStW 107 (1995), 82ff). Вместе с тем законодатель выступил против т.н. «майнцельской модели», при которой председатель, связь с которым возможно поддерживать при помощи телефонной линии, допрашивает свидетеля в соседней комнате, и этот допрос посредством видеоизображения передается одновременно для других участников процесса в зал судебного заседания (LG Mainz, NJW 1996, 208). Однако это решение было опасным, прежде всего, учитывая принцип формальной непосредственности, осуществление председателем руководства процессом, а также обязанность присутствия согласно § 226 УПК (dazu Geppert, Jura 1996, 550; Hasdenteufel, I., Die Strafprozessordnung als Grenze des Einsatzes von Videotechnologie im Strafverfahren bei sexuell mißbrauchten KindeRn , 1997, S.75ff; Strate, Friebertshäuser-FG, S.203, 210; frühere Auflagen Rn 430). Современное регулирование частично считается с этой критикой. § 247a УПК, также оглашение протоколов в соответствии с § 251 УПК – это замена **непосредственного** личного допроса в зале судебного заседания (§ 250 S.1 УПК), и это является одним из исключений § 250 УПК (см. Rn 410ff).

Знаменательно то, что свидетель во время допроса может находиться в другом месте (например, быть в другой комнате суда или в своей собственной квартире). В соответствии с более правильной позицией, которой придерживается и автор книги, свидетель может быть также и за границей (BGHSt 45, 188 m. Anm. Duttge, NStZ 2000, 158; Rose, JR 2000, 74; Schlothauer, StV 2000, 180 u. Vassilaki, JZ 2000, 474; BGHSt 46, 73 m. krit. Anm. Albrecht, StV 2001, 364; Beulke, ZStW 113 (2001), 723; generell krit. Malek, Rn 354h). Судебное разбирательство будущего может ввести в практику проведение международных видеоконференций по определенным формам преступности (в частности, мафии). В Art.10 EU-Rhübk от 29.05.2000 г. уже урегулировано проведение видеоконференций допросов иностранных свидетелей между государствами Европейского союза на территории, на которую распространяется юрисдикция Европейского союза.

б) Решение суда о применении § 247a УПК обусловлено наличием двух альтернативных **оснований** (или):

430b аа) Использование видеодопроса рассматривается только однажды, если **наличествует опасность причинения тяжкого вреда ценностям свидетеля** и опасность иначе нельзя предотвратить (§ 247a S.1 HSl УПК).

Опасность причинения такого вреда в соответствии с примерным перечнем возможно предотвратить другим способом, когда подсудимый удаляется во время проведения допроса (§ 247 УПК). Подсудимый, со своей стороны, может также следить за допросом свидетеля при синхронной видеопередаче (vgl BGH StV 2002, 10). В качестве иной меры можно исключить участие общественности (§§ 171b ff закона о судоустройстве) или допустимо санкционировать передачу председателю судебного заседания права задавать вопросы свидетелю, не достигшему 16-летнего возраста (§ 241a УПК; см. Rn 196a). В этой **оговорке субсидиарности** выражается приоритет непосредственного личного допроса. С полным основанием поставлена под сомнение необходимость строгой настойчивости на допросе свидетеля в зале судебного заседания, особенно детей, выступающих в качестве свидетелей, а также ранимых свидетелей (Schmoll, D., VideoveRn ehmung kindlicher Opfer im Strafprozeß, 2000, S. 176ff). В частности, при помощи видеодопроса, в котором подсудимый мог бы гораздо лучше реализовать свое право заявлять возражения и задавать вопросы, возможно избежать особенную предрасположенность ошибки из-за удаления подсудимого из зала судебного заседания на основании § 247 S.2 УПК (Beulke, ZStW 113

(2001), 717). Если защита и обвиняемый придают значение аудиовизуальной передаче допроса, то с согласия всех участников процесса возможно применение §§ 247a S.1 HS2, 251 I № 4 УПК, Rn 430c), поскольку в пределах вынесения предписания согласно HS2 не действует оговорка субсидиарности.

бб) Предписание о проведении видеодопроса свидетеля также допустимо, когда присутствуют основания **§ 251 I № 2, 3 или 4 УПК** (§ 247a S.1 HS2 УПК). **430c**

Под это подпадают случаи, в которых на пути появления свидетеля в судебном разбирательстве стоят особые препятствия, или от него нельзя ожидать этого появления. Это предписание аналогично действует и при согласии прокурора, защитника и подсудимого (krit. Rieß, StraFo 1999, 6). Использование видеодопроса в соответствии с § 247a S.1 HS2 УПК рассматривается только тогда, когда его проведение необходимо для выяснения истинного положения дел. Данная вставка – это ссылка на общую обязанность по установлению истины (§ 244 II УПК; см. Rn 406), означающая, что суд должен проверить: не достаточно ли иллюстрации аудио- и видеозаписи в соответствии с § 255a УПК (см. Rn 430k) или достаточно оглашения протоколов допроса для выявления истинного положения дел (K /M-G, § 247a Rn 6; jetzt auch BGHSt 46, 73, 76 m. krit. Anm. Sinn, JZ 2001, 51).

вв) В случае наличия законных оснований суд по своему **усмотрению** проводит видеодопрос. При этом необходимо взвешивать между собой охрану свидетеля, обязанность суда по установлению истины и интересы обвиняемого. Нужно иметь в виду, что в соответствии с требованием по установлению истины, которое обеспечивается также принципом непосредственности исследования доказательств согласно § 250 S.1 УПК, судья должен сформировать свое личное впечатление о свидетеле на основе поведения, которое при видеопередаче при определенных условиях достаточно тяжело воспринять. При видеопередаче нужно следить, чтобы не ущемлялись права подсудимого на защиту, в частности, его право на судебное слушание и право задавать вопросы (ст. 103 I ОЗ, ст. 6 III d Европейской конвенции). При сомнении допрос свидетеля должен быть произведен в зале судебного заседания (vgl Diemer, NJW 1999, 1667ff; ders., NStZ 2001, 395; Fischer, JZ 1998, 816; zu technischen Einzelheiten K /M-G, § 247a Rn 10; Janovsky, Kriminalistik 1999, 453; Zschockelt /Wegner, NStZ 1996, 305). **430d**

гг) Предписание о синхронной видеопередаче допроса согласно § 247a S.2 УПК не подлежит обжалованию. Законодатель хотел таким образом избежать недостаточности обеспечения правовой безопасности и задержек процесса. В связи с обязанностью по установлению истины (§ 244 II УПК) и принципом непосредственности исследования доказательств (§ 250 S.1 УПК) возникает несколько вопросов с исключением обжалования (§ 336 S.2 УПК). Так, в принципе кассация должна быть допустимой, если суд исходил из недопустимых оснований предписания (например, свидетель говорил бы неправду на допросе в зале судебного заседания), или если не применялись при вынесении предписания в соответствии с § 247a S.1 HS2 УПК иные возможные мероприятия по охране свидетелей. В рамках действия § 247a S.1 HS2 УПК должны быть также выполнены данные § 251 I № 2-4 УПК, поскольку исключение обжалования не распространяется на нормы за пределами сферы действия § 247a S.1 УПК. Неподлежащими обжалованию остается в большей мере только решение суда по усмотрению, в какой мере при наличии всех оснований необходимо, достаточно и пригодно проведение видеодопроса (ausf. Diemer, StraFo 2000, 217).

2. Видеозапись допросов свидетелей и ее использование

430e Наряду с синхронным видеодопросом новое правовое регулирование улучшило охрану свидетелей посредством допуска видеозаписей в уголовный процесс. Теперь уже можно на ранней стадии уголовного процесса, в частности, при первом полицейском допросе, записать свидетельские показания на пленку и затем эту **видеозапись** использовать в судебном разбирательстве как замену **непосредственного** личного допроса свидетеля.

430f а) Запись допросов вне судебного разбирательства происходит в соответствии с § 58a I УПК, при судейских допросах на стадии дознания – согласно § 168e S.4 в сравнении с § 58a I УПК. В судебном разбирательстве имеет значение для записи § 247a S.4, 5 УПК.

430g aa) **За рамками судебного разбирательства каждый допрос свидетеля можно** запечатлеть на аудио- и видеопленку (§ 58a I 1 УПК).

Это положение действует в отношении любых свидетелей: несовершеннолетних, свидетелей, нуждающихся в особой защите. § 58a УПК распространяет свое действие как на судебные, так и на прокурорские допросы (см. § 161a I 2 УПК), а также – вопреки отсутствующему общему указанию в § 163a V УПК, но исходя из смысла – на полицейские допросы. В отношении полицейских допросов существует ограничение: для каждого случая необходимо согласие свидетеля (Kramer, Rn 124b; Schlothauer, StV 1999, 47). Учитывая доказательственную силу и правила использования доказательств в уголовном процессе, следует стремиться по возможности провести как можно быстрее первый допрос у судьи, чтобы из памяти допрашиваемого не исчезли какие-либо факты (§§ 255a I в сравнении с §§ 251 I; 255a II УПК; см. Rn 430k ff). Обстоятельства дела должны быть так хорошо исследованы, чтобы можно было записать уже заключительный опрос свидетеля, особо нуждающегося в защите. В противном случае свидетель неоднократно вызывается в судебное разбирательство для допросов с целью тщательного разъяснения обстоятельств дела и чтобы предотвратить опасность уменьшения прав обвиняемого (Weigend, Gutachten C zum 62. DJT Fn204).

Согласно § 58a I 2 УПК возможность аудио- и видеозаписи **должна** быть использована в отношении:

– несовершеннолетних потерпевших, не достигших 16-летнего возраста (№ 1), или
– свидетелей, о которых следует позаботиться, поскольку их невозможно будет допросить в судебном разбирательстве, например, из-за болезни, или угрожающей им опасности (см. Rn 196a), или вследствие их пребывания за границей, и поэтому необходимо записать допрос для исследования истинного положения дел (№ 2).

Запись допустима только тогда, когда свидетелю прежде было разъяснено его право на отказ от дачи свидетельских показаний по личным основаниям в соответствии с § 52 УПК и он заявил, что не собирается воспользоваться данным правом. В противном случае при длительной видеосъемке возникло бы вещественное доказательство, которое вопреки осуществлению свидетелем своего права отказа от дачи показаний можно использовать против обвиняемого (KK-Senge, § 58a Rn 8; Eisenberg, Rn 1328h; aA K/M-G, § 58a Rn 8). В случаях, предусмотренных § 252 УПК (см. Rn 418ff, 465), видеопленка не может быть продемонстрирована, § 255a I УПК (vgl auch K/M-G, § 255a Rn 3).

430h бб) Согласно новшествам при **допросе у следственного судьи** возможно, чтобы судья находился отдельно от других обязанных присутствовать при допросе лиц в том же самом помещении, где находится свидетель, и возможно одновременно передать этот допрос при помо-

щи видеотехники другим участникам процесса (§ 168e S.1, 2, 3 УПК). Таким образом, возможно избежать конфронтации свидетеля с подозреваемым в совершении преступления. Этот **синхронный видеодопрос** можно сохранить на определенное время как **запасное средство доказывания** (§ 168e S.4 в сравнении с § 58a УПК). Принимая во внимание последующее использование данных средств, необходимо соблюдать право защитника и обвиняемого присутствовать, участвовать при допросе, а также их право знать, в чем лицо обвиняется (§§ 147, 168c II; 168e S.3 УПК; ср. § 255 a II УПК, и Rn 430m).

430i вв) **В пределах судебного разбирательства** синхронный допрос (см. Rn 430a) необходимо записывать только при наличии оснований, что свидетеля в следующем судебном разбирательстве, например, в апелляционной инстанции, нельзя будет допросить, а запись необходима для выяснения истинного положения дел (§ 247a S.4 УПК).

Исходя из буквального толкования данного положения и учитывая его место в системе, следует интерпретировать, что § 247a S.4 УПК содержит основания, наличие которых необходимо для проведения всех видеозаписей в пределах судебного разбирательства, в этом отношении приобретает значение специальная норма § 58a I УПК (см. Rn 430g; Rieß, StraFo 1999, 3; K /M-G, § 247a Rn 11; abw. KMR-Lesch, § 247a Rn 5).

430k б) На вопрос, как видеозапись может быть **использована** в судебном разбирательстве, – ответ дан в § 255a УПК. Независимо от § 255a УПК показ видеозаписи – вещественное доказательство, но помимо этого рассматривается в качестве иного доказательства содержание показания (KK-Diemer, § 255a Rn 3, 5).

430l аа) Демонстрация записи всегда допустима, если согласно §§ 251, 253 УПК соответствующие протоколы допросов подлежали бы оглашению, (§ 255a I УПК). Аудио- и видеозапись **приравнивается к протоколу допроса** (zu deren Verlesung s.o. Rn 411-415). § 255a УПК так же, как и §§ 247a, 251ff УПК содержат исключение по отношению к § 250 УПК.

430m бб) **По сексуальным преступлениям, по преступлениям против жизни или по истязанию опекаемых лиц** показания **свидетеля, не достигшего 16-летнего возраста**, в судебном разбирательстве могут быть заменены демонстрацией видеозаписи его прежнего допроса у судьи (§ 255a II 1 УПК). Поскольку § 255a II УПК не связан с §§ 251, 253 УПК, он позволяет **в большей степени нарушить принцип непосредственности исследования доказательств** (Eisenberg, Rn 1328 1; Rieß, StraFo 1999, 4).

С этим примиряются, чтобы избежать вредных и сложных для несовершеннолетних свидетелей неоднократных допросов (zu solchen Belastungen Laubenthal, JZ 1996, 335; Mildenberger, E., Schutz kindlicher Zeugen im Strafverfahren durch audio-visuelle Medien, 1995, S.37ff; Eisenberg, JGG, §§ 33-33b Rn 45; HagendoRn , N., Schutz der Opfer von Gewaltdelikten durch Ausschluß der öffentlichkeit im Strafverfahren, 1999; v. Knoblauch zu Hatzbach, ZRP 2000, 276). Здесь основанием выступает то, что у подсудимого и его защитника была возможность **принимать участие** в прежних допросах свидетелей. Для того чтобы обвиняемый не мог в последующем заявить, что у него не было возможности задавать свидетелю вопросы, толкуя § 255a II УПК в соответствии с Конституцией, а также с учетом принципа правового государства (ст.20 III ОЗ) необходимо, чтобы обвиняемый и защитник фактически участвовали при допросе свидетелей (Schlothauer, StV 1999, 47; Beulke, ZStW 113 (2001), 713; aA die bisher hL). Дополнительный допрос свидетеля возможен в соответствии с должностной обязанностью по установлению истины (ср. § 255a II 2 УПК).

430o вв) § 255a УПК дополняется **§ 58a II 1 УПК** (при необходимости в сравнении с § 168e S.4 или § 247a S.5 УПК) (K /M-G, § 255a Rn 5), в соответствии с которыми последующее использование видеозаписи в целях уголовного преследования (возможен также другой уголовный процесс, например, в отношении прежнего сообвиняемого при выделении уголовных дел) только тогда допустимо, когда этого требует выяснение истинного положения дел. Суд должен в рамках своей обязанности по установлению истины проверить, будет ли более эффективным использование видеозаписи, нежели оглашение протокола допроса (см. Rn 430c к § 247a S.1 HS2 УПК). Чаще всего может возникать именно такая ситуация. Использование записи за пределами уголовно-процессуальных целей – для терапии или в рамках процессов по рассмотрению дел, связанных с возмещением вреда, или с лишением родительских прав, – предусматривает согласие свидетеля (krit. HK-Letnke, § 58a Rn 14).

431 **Решение задачи 51.** Из принципа непосредственности исследования доказательств в судебном разбирательстве возникает **приоритет личного над документальным доказательством** (§ 250 УПК). По общему правилу он запрещает замену допроса свидетеля оглашением протокола его прежнего допроса. Но в § 251 УПК предусмотрено несколько важных исключений для случаев, когда свидетель как прямое доказательство не может быть в зале судебного заседания. При этом необходимо различать: идет ли речь о протоколах прежних **судебных** (§ 251 I УПК) или **несудебных** допросов (§ 251 II УПК). В данном случае речь идет о протоколе судебного допроса. Согласно § 251 I № 3 УПК оглашение протокола было бы допустимым, если от свидетеля невозможно требовать явки в судебное разбирательство из-за большой удаленности от суда с учетом значимости его показаний. В данном случае суд обязан лично допросить свидетеля Ф., поскольку его показания – единственное доказательство. С другой стороны, с учетом дальней дороги в суд (проведение допроса Ф. по судебному поручению в смысле § 223 УПК было бы нерациональным, поскольку следственный судья уже провел допрос) представляется приемлемой замена личного показания Ф. на оглашение протокола его прежнего допроса у судьи. После вступления в силу закона об охране свидетелей от 01.12.1998 г. суд должен учитывать большие возможности получения доказательств в смысле § 244 III УПК, в том числе при помощи синхронной видеопередачи (видеоконференции) в зал судебного заседания в соответствии с §§ 247a S.1 HS2, 251 I № 3 УПК. Если суд не обещал из соображений расследования заменить оглашение протокола допроса на аудиовизуальный допрос, то не требуется проведение видеодопроса для выяснения истинного положения дел (§ 247a S.1 HS1 УПК), суд может довольствоваться оглашением протокола допроса. Подробно см. Rn 412, 430a.

432 **Решение задачи 52.** Если свидетель воспользовался своим правом отказа от дачи показаний впервые только в судебном разбирательстве, то нельзя огласить прежние его показания (§ 252 УПК). Согласно господствующему мнению, на данное положение распространяется не только **запрет оглашения**, но и **запрет на использование в процессе**. Поэтому нельзя допросить в качестве свидетеля также лицо, которое ранее проводило допрос. Однако судебная практика распространяет это только в отношении допросов, проведенных ранее полицией или прокуратурой. Но признается допустимым **допрос следственного судьи** в качестве свидетеля, поскольку он разъяснил свидетелю в свое время все предусмотренные законом права. Поэтому А. возможно осудить на основании показаний Р. Однако от этой позиции необходимо отказаться, поскольку закон не признает разное качество судебных и несудебных допросов и поскольку защите семьи при использовании свидетелем своего права отказа от дачи показаний предоставляется приоритет над интересами уголовного преследования также и в случае проведения судебного допроса. Подробно см. Rn 418ff.

Решение задачи 53. а) Поскольку при прежних допросах подсудимого А. речь не идет о судебных допросах, то **не допускается оглашение** протоколов допросов в судебном разбирательстве (§ 254 I УПК). Даже если А., возможно, сошлется на право отказа от дачи показаний (§ 243 IV 1 УПК), то **нет запрета на использование** допроса, проводимого полицией (иная ситуация, нежели в § 252 УПК; см. задачу 52). Поэтому полицейский П. может быть допрошен в качестве свидетеля и на основе этого свидетельского показания прежнее признание может фигурировать при вынесении приговора.

б) Исходя из буквального толкования § 254 УПК, даже после смерти П. нельзя огласить протокол допроса, проведенного **полицией**. § 251 II УПК, действующий для свидетелей, эксперта и для сообвиняемых, не имеет значения для допроса обвиняемого и его нельзя применять по аналогии, поскольку § 254 УПК содержит применительно к этому случаю специальную норму. В соответствии с требованием закона Верховный суд земли Кельна (OLG Köln StV 1983, 97) признал недопустимым оглашение протокола полицейского допроса. Поскольку П. уже мертв и не может быть больше свидетелем, то и признание, полученное в полиции, невозможно вовлечь в судебное разбирательство. Подробно см. Rn 411-413, 416.

§ 22. Ходатайство о представлении доказательств в судебное разбирательство

Задача 54. А. предъявлено обвинение, что после дискотеки «Какаду» в состоянии сильного алкогольного опьянения он напал на прохожего и сильно избил его (§§ 223ff УК). Затем он скрылся, опасаясь, что потерпевший его может впоследствии узнать. А. отрицает свое участие в совершении преступления. В судебном разбирательстве он заявляет следующие ходатайства:

а) в качестве доказательства, что он ушел с дискотеки часом раньше, чем было совершено преступление, А. рассказывает о рыжеволосом ирландце, который был рядом с ним в баре и которого можно допросить в качестве свидетеля. Но не известно ни его имя, ни адрес. Суд не хочет работать далее в этом направлении;

б) в качестве доказательства, что во время совершения преступления он был в кино, А. рассказывает о кассире кинотеатра К., которая его видела и может быть допрошена в качестве свидетеля. Суд хотел отказать А. в данном ходатайстве, поскольку невозможно, чтобы кассир вспомнил об отдельном зрителе спустя полгода от времени совершения преступления;

в) кроме того, возможно, что речь идет о каком-то постороннем подвыпившем гражданине, так как он, А., в вечер совершения преступления практически ничего не пил. В доказательство того, что он опорожнил только три кружка пива, А. приводит в качестве свидетеля хозяина дискотеки В. Суд считает допрос В. излишним, поскольку уже три присутствующих в зале судебного заседания свидетеля подтвердили, что А. употребил значительное количество алкогольных напитков.

Как следует поступить с заявленными ходатайствами?

I. Введение

434 Обязанность суда установить истину согласно § 244 II УПК не исключает участие других участников процесса в исследовании доказательств. Самым важным инструментом для этого являются **ходатайства о представлении доказательств**. Суд обязан учитывать ходатайства о представлении доказательств не только в рамках своей общей обязанности по установлению истины, но и согласно строгим правилам, предусмотренным в §§ 244 III-VI, 245, 246 УПК, нарушение которых приводит в большинстве случаев к отмене приговора в кассационном порядке. Особое значение имеет право заявлять ходатайства о представлении доказательств, естественно, для подсудимого и его защитника, однако данные ходатайства могут быть заявлены также прокурором, сообвинителем или частным обвинителем.

Zur Vertiefung Eisenberg, Rn 138; Deckers, R., Der strafprozessuale Beweisantrag, 2002; Fezer, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 847ff; Hamm /Hassemer /Pauly, Beweisantragsrecht, 2000; Perron, W., Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß, 1995.

II. Понятие «ходатайства о представлении доказательств» и разграничение с ходатайством о получении доказательств

435 1. Что следует понимать под «ходатайством о представлении доказательств», не определено в §§ 244 III-VI, 245f УПК, закон только подразумевает данное понятие. Судебная практика предусматривает следующие разграничения:

ходатайство о представлении доказательств – это требование участника процесса собрать доказательства на основе определенного сообщения о доказываемом факте и используемом доказательстве. Данное ходатайство возможно отклонить только при наличии исчерпывающих оснований для отклонения, предусмотренных в §§ 244 III-V, 245 II 2, 3 УПК (подробно см. Rn 439ff);

под **ходатайством о получении доказательств** понимают требование заявителя в суд собрать определенным способом доказательства, при отсутствии одной или нескольких необходимых предпосылок для ходатайства о представлении доказательств;

инициатива на подачу ходатайства о представлении доказательств отличается только по интенсивности требования. При проявленной инициативе на подачу ходатайства суду только «настоятельно рекомендуется» сбор доказательств.

Суд должен решить вопрос о **ходатайстве о получении доказательств** и о проявленной **инициативе участников процесса на подачу ходатайства** в пределах своей обязанности по установлению истины (§ 244 II УПК). Это не зависит, в отличие от ходатайства о представлении доказательств, от оснований отклонения, предусмотренных в §§ 244 III-V, 245 II 2, 3 УПК.

2. Ходатайство о представлении доказательств должно включать в себя всегда два элемента:

- **определенное утверждение факта** и
- определенно указанное и признанное уголовно-процессуальным кодексом доказательство.

а) Утверждение факта

Заявитель должен сообщить об определенном **доказательственном факте**. Речь должна идти **о фактах**, а не только о просто оценках. Не признается утверждение факта, а только оценка, если, в частности, говорится, что свидетель доказал бы «сомнительность» показаний другого свидетеля (BGHSt 37, 162, 164). **436**

Согласно новой судебной практике не будет **определенного** утверждения факта, если заявитель назвал ожидаемую и только из допроса следуемую «цель доказательства» (например, дать показания в пользу подсудимого). Поэтому всегда необходимо указывать обстоятельства и события, по поводу которых свидетель может сообщить что-либо на основе своего собственного наблюдения (BGHSt 39, 251, 253f m. Anm. Hamm, StV 1993, 455 u. Widmaier, NStZ 1993, 602; BGHSt 43, 321, 329 (Fall Wienand); abl. KK-Herdegen, § 244 Rn 46).

Относится к утверждению факта также то, что заявитель изображает доказываемый факт как **установленный**, даже если он сам это только субъективно предполагает или считает возможным. В случае, когда он говорит **о взятых из воздуха предположениях**, которые, как он надеется, подтвердятся при сборе доказательств, то существует только **ходатайство о получении доказательства** (BGH JR 1988, 387 m. krit. Anm. Welp; BGH StV 2002, 233; KG StV 2001, 673; einschr. OLG Hamburg StV 1999, 81; abw. Herdegen, NStZ 1998, 447; Schulz, StV 1985, 312).

б) Определенно указанное доказательство

Заявитель уже в ходатайстве о представлении доказательств должен указать на определенное **доказательство**. Это должен быть **строгий порядок представления доказательств**. Оно должно быть либо вещественным доказательством, документом, экспертизой, либо показанием свидетеля (см. Rn 179). При необходимости поиска доказательства это будет только ходатайство о получении доказательства (ср. BGHSt 30, 131, 142). Для принятия ходатайства о представлении доказательства достаточно, однако, чтобы заявитель изложил **факты, которые позволят суду найти и идентифицировать доказательство** (OLG Köln StV 1996, 368; für den Zeugenbeweis egner BGHSt 40, 3, 7; BGH StV 1998, 4). Следует также обратить внимание, что указанные в ходатайстве доказательства должны быть **новыми**. Ходатайство о повторении исследования доказательств является лишь **ходатайством о получении доказательств** (BGH StV 2001, 98 m. Anm. Fahl). **437**

В соответствии с новой судебной практикой необходимо, чтобы существовала связь между доказательственным фактом и доказательством. Ходатайство должно помочь, например, узнать, почему свидетель захотел сообщить информацию по теме доказывания, в частности, так как он был в определенное время на определенном месте, знакомился с документами и т.д. При отсутствии связи существует только ходатайство о получении доказательства (BGHSt 43, 321, 330 (Fall Wienand); BGH NStZ 2001, 97). Представляется необходимым отказаться от такого понимания, поскольку оно накладывает на заявителя обязанность обоснования, которое не следует изымать из определения ходатайства о представлении доказательств (wie hier KK-Herdegen, § 244 Rn 48; ders., NStZ 1999, 180f; Rose, NStZ 1998, 633).

III. Время и форма подачи ходатайства о представлении доказательств

438 §§ 244, 245 УПК действуют только для исследования доказательств в **судебном разбирательстве**. Здесь ходатайства о представлении доказательств могут быть заявлены без ограничений, в том числе и по окончанию судебного следствия (см. § 258 I УПК) и вплоть до начала оглашения приговора (BGHSt 21, 118, 123; BGH NStZ 1992, 346). В соответствии с § 246 I УПК ходатайство о представлении доказательств не может быть отклонено из-за опоздания. Уголовный процесс незнаком в отличие от гражданского процесса с **утратой права** (vgl auch BVerfG StV 1992, 307; BGH StV 2002, 238). Даже после начала оглашения приговора и вплоть до его окончания возможно рассматривать подачу ходатайства о представлении доказательства (s. BGH NStZ 1986, 182; Scheffler, MDR 1993, 3ff).

Принцип устности судебного разбирательства требует, чтобы ходатайства о представлении доказательств были заявлены в судебном разбирательстве **устно**, если суд не предписал согласно § 257a УПК письменную подачу (vgl OLG Frankfurt NStZ-RR 1998, 210).

В соответствии с новой судебной практикой суд в судебном разбирательстве может предписать, что подсудимый в будущем может заявлять ходатайства о представлении доказательств **только через своего защитника**, если подсудимый с целью предотвращения правильного окончания судебного разбирательства злоупотребляет своим правом (BGHSt 38, 111, 114; dazu abl., o. Rn 150).

IV. Отклонение ходатайства о представлении доказательств

1. Система оснований для отклонения

439 Закон различает заявленные (понятие см. Rn 450) и **незаявленные** доказательства. § 245 УПК действует в отношении заявленных доказательств. Далее закон дифференцирует все заявленные доказательства в зависимости от того, о каком доказательстве идет речь и кто из участников процесса представил доказательство (§ 245 I – § 245 II УПК). § 244 III-V УПК действует только для незаявленных доказательств. Но основания для отклонения § 244 III УПК имеют значение для всех доказательств. И в § 244 IV и V УПК предусмотрены дополнительные возможности для отклонения (в частности, для ходатайств о допросе эксперта и о производстве осмотра) (vgl hierzu überblick 5).

2. Основания для отклонения, предусмотренные § 244 III УПК

а) Недопустимость собирания доказательств

440 Согласно § 244 III 1 УПК ходатайство о представлении доказательств должно быть отклонено, если **недопустим** заявленный сбор доказательств. Особенность данного основания для отклонения заключается в том, что при ее наличии ходатайство **должно** быть отклонено, в то время как в отношении остальных оснований суд согласно § 244 III 2 УПК принимает решение об отклонении по своему **усмотрению**. Прежде всего, существует недопустимость собирания доказательств в том

случае, когда указанное доказательство подпадает под запрет на сбор и использование доказательств в процессе (zu weiteren Fallgruppen s. AK-Schöch, § 244 Rn 77ff).

б) Очевидность

Собирание доказательств согласно § 244 III 2 УПК является излишним из-за очевидности факта, если этот факт общеизвестен или известен суду (см. Rn 404). 441

в) Незначительность

Факт тогда **не имеет значения** в смысле § 244 III 2 УПК, если между ним и расследуемым процессом не обнаруживается никакая связь или если факт, несмотря на связь, сам не может влиять на вынесение решения (BGH NStZ 2000, 436; A /N /M, S.579). Ожидание суда, что свидетель не подтвердит доказательственное утверждение и поэтому прежние условия доказывания останутся неизмененными, является недопустимым предвосхищением доказательства и не оправдывает, таким образом, отклонение ходатайства из-за незначительности (BGH StV 2001, 95). После отклонения ходатайства о представлении доказательства из-за незначительности соответствующий факт можно использовать только в ущерб подсудимому, если суд прежде указал на изменение в оценке (BGH StV 1992, 147). 442

г) Факт уже доказан

Это основание для отклонения наступает в том случае, когда факт, который должен быть доказан, уже позитивно доказан. Нельзя отклонить ходатайство о представлении доказательств с обоснованием, что **противоположный** доказыванию факт уже доказан (BGH (Pf /m) NStZ 1987, 17). Это нарушение **запрета предвосхищения доказательства**, по которому является недопустимым предвосхищение оценки доказательств. Кроме того, возможно сослаться на особое регулирование при ходатайстве о допросе другого эксперта (dazu Rn 448). § 244 IV 2 УПК определяет, что заслушивание других экспертов может быть отклонено, если ранее представленным заключением уже доказано **противоположное** утверждаемым фактам. Контраргумент: при таком виде доказательств, как показания свидетеля, только сам факт, подлежащий доказыванию (не его противоположность), может рассматриваться как уже доказанный. 443

д) Полная непригодность доказательства

Доказательство может быть отклонено как **полностью непригодное**, если суд независимо от полученного до сих пор доказательственного результата может утверждать, что с подобным доказательством в соответствии с надежными представлениями большинства людей о жизни нельзя достичь результата, ожидаемого при удовлетворении данного ходатайства (BGHSt 14, 339, 342; BGH NStZ 1995, 97). 444

Решающим выступает то, что доказательство либо «от природы» непригодное, либо судья смог установить его непригодность в свободном порядке представления доказательств, или путем привлечения содержания документов. Не достаточно незначительной или сомнительной доказательственной ценности (BGH NStZ-RR 1997, 304), поскольку иначе возможно осуществлять недопустимую предвосхищаемую оценку доказательств. Недопустимым было бы, например, отклонение ходатайства о представлении доказательств с обоснованием, что свидетель не мог вспомнить спрашиваемые события, поскольку это было очень давно

(abzulehnen deshalb BGH NStZ 1993, 295), или свидетель не подтвердил доказательственное утверждение (BGH StV 1999, 303). Относительно непригодности детектора лжи в качестве доказательства см. Rn 141.

Свидетель, который наделен **правом отказа от дачи свидетельских показаний** в соответствии с § 52 I УПК, рассматривается как полностью непригодное (согласно другой позиции – недопустимое) доказательство только в том случае, если он воспользовался по общему правилу в **судебном разбирательстве** своим правом отказа от дачи показаний (BGH (H) MDR 1980, 987; s. auch BGH StV 2002, 239; zum Streitstand LR-Gollwitzer, § 244 Rn 290). Как правило, аналогично решается вопрос применительно к наличию у участника процесса **права отказа от дачи показаний** в смысле § 55 УПК (BGH StV 1986, 282 mit Bejahung eines Ausnahmefalles; K/M-G, § 244 Rn 61; vgl auch u. Rn 584 (задача 69)).

е) Недосягаемость доказательства

445 Доказательство является **недостижимым**, если, с одной стороны, все значимые для его достижения усилия суда остаются безуспешными и, с другой – нет обоснованной позиции, что в обозримое время оно может стать доказательством (BGH in st. Rspr, vgl nur StV 1987, 45; относительно ходатайств о допросе свидетелей, которых необходимо вызвать для дачи показаний **из-за рубежа**, см. BGH NStZ 1993, 50 ind Rn 449). При решении необходимо взвешивать значение дела, важность доказательства для процесса и интерес к бесконфликтному и ускоренному проведению процесса (BGHSt 22, 118, 120; 32, 68, 73). Нельзя утверждать, что свидетель недосягаем, если существует возможность проведения допроса посредством видеоконференции в соответствии с § 247a УПК (BGH StV 2000, 345; vgl auch o. Rn 430e ff).

Особая проблема возникает в случаях, когда полиция отказывается раскрыть личность доверенного лица. Ошибочно задержанное доверенное лицо может рассматриваться как недостижимое доказательство в смысле § 244 III 2 УПК (BGHSt 32, 115, 126; ausf., o. Rn 428f).

ж) Намерение затянуть процесс

446 Возможно отклонить ходатайство о представлении доказательств из-за **намерения затянуть процесс**, если наличествуют три кумулятивные основания (BGHSt 29, 149, 151; BGH StV 2002, 238):

- исследование доказательств, по мнению суда, не может привести к результату, имеющему отношение к делу, в пользу для подсудимого;
- требуемое собирание доказательств существенно затянуло бы окончание процесса;
- заявителю известны эти обстоятельства, и его требование имеет одну цель – задержку процесса.

з) Утверждение в качестве истинного

447 Собирание доказательств является излишним, если существенный оправдывающий подсудимого факт возможно **представить как истинный**. В соответствии с обширной обязанностью суда по установлению истины это допустимо только тогда, когда **невозможно дальнейшее выяснение обстоятельств дела** (BGH NJW 1961, 2069, 2070; BGH StV 1990, 291, 292; einschr. KK-Herdegen, § 244 Rn 91). Речь может идти только о **фактах, оправдывающих подсудимо-**

го, поскольку отягчающие вину подсудимого факты всегда необходимо доказывать, так как они должны быть положены в основу вынесения приговора. Возможно представить в качестве истинных также вспомогательные факты. До тех пор, пока из этого не сделаны никакие выводы в пользу подсудимого, суд свободен при оценке вспомогательных фактов рассматривать их как истинные (K/M-G, § 244 Rn 70; abl. Grünwald, Honig-FS, S. 53ff; Frister, ZStW 105 (1993), 356). Тем не менее из-за преимущества обязанности по выяснению истины, как правило, невозможно утверждение факта как истинного, если доказываемый факт должен ставить под сомнение **достоверность свидетеля обвинения**, т.е. суд должен собрать доказательства об этом факте, чтобы сформировать для себя правильную картину (BGH StV 1990, 293; 1996, 647; differenzierend SK-Schlüchter, § 244 Rn 125; zur gesamten Problematik Tenckhoff, J., Die Wahrunterstellung im Strafprozeß, 1980).

3. Дополнительные особые основания для отклонения ходатайств о допросе эксперта

а) Первый допрос эксперта

Согласно § 244 IV 1 УПК ходатайство **о первом** допросе **эксперта** может быть отклонено, если суд не обладает необходимыми специальными познаниями. При коллегиальном составе суда достаточно, чтобы хотя бы один из судей обладал необходимыми специальными познаниями, поскольку он может передать эти знания другим коллегам (BGHSt 12, 18, 19). **448**

б) Заслушивание других экспертов

Заслушивание **других экспертов** может быть отклонено, если ранее представленным заключением (но не другими доказательствами, BGHSt 39, 49, 52) уже доказано **противоположное** утверждаемым фактам, § 244 IV 2 УПК. В данном случае специально допустимо **предвосхищение доказательства**, в отличие от § 244 III 2 УПК в отношении свидетельских показаний (см. Rn 443).

Согласно § 244 IV 2 HS2 УПК это не действует (weiterführend Zwiehoff, S. 79ff):

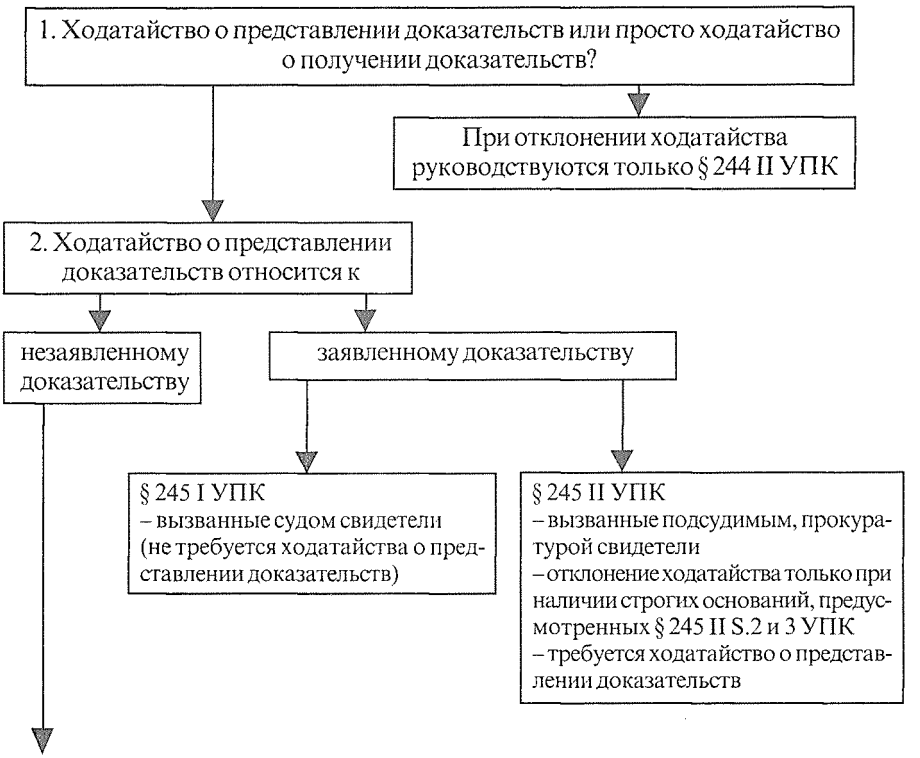
- при сомнительной компетентности первого эксперта,
- если первое экспертное заключение исходило из неверных исходных данных,
- при противоречиях в первом экспертном заключении и
- если новый эксперт располагает превосходящими, чем у первого, исследовательскими средствами.

4. Доказательство осмотра /свидетель за рубежом

Отклонение ходатайства о производстве **осмотра** может быть отклонено по служебному усмотрению суда (§ 244 V 1 УПК). При наличии тех же оснований допускается отклонение ходатайства о допросе свидетеля, которого необходимо **вызвать из-за рубежа** (§ 244 V 2 УПК). **449**

В данном случае также возможно предвосхищение доказательства, поэтому суд может отклонить такое ходатайство с обоснованием, что уже доказано противоположное утверждаемым фактам (BGHSt 40, 60, 62 m. Anm. Perron, JZ 1995, 210; BGH StV 2001,

Схема 5: Отклонение ходатайства о представлении доказательств



В отношении данных доказательств действует § 244 III УПК.
Отклонение необходимо:
– если собирание доказательств недопустимо;
отклонение возможно при:
– очевидности,
– незначительности,
– доказанности факта (не противоположного),
– полной непригодности доказательства,
– недостижимости доказательства,
– намерении затянуть процесс,
– утверждении в качестве истинного

В соответствии с § 244 IV УПК существуют дополнительные основания для отклонения ходатайства о допросе эксперта:
– если суд обладает специальными познаниями,
– если доказано противоположное утверждаемому факту

В соответствии с § 244 V УПК для отклонения ходатайств о производстве осмотра и допроса свидетеля, которого необходимо вызвать из-за рубежа, действует дополнительное правило: отклонение возможно по усмотрению суда в пределах его обязанности по установлению истины

93; zur Verfassungskonformität dieser Auslegung BVerfG StV 1997, 1, 2; krit. Johnigk, Rieß-FS, S.197).

5. Заявленные доказательства

а) Понятие заявленного доказательства

Заявленные доказательства в смысле § 245 УПК – это свидетели и эксперты, **вызванные по повестке и явившиеся** (§§ 214 I, III, 220 I, 38 УПК), а также предоставленные суду документы и вещественные доказательства. **450**

В отношении свидетелей и экспертов, **не вызванных** участниками процесса, но которые присутствуют в зале заседания, действуют положения, касающиеся **незаявленных** доказательств. Чтобы исследование доказательств распространялось также на них, требуется ходатайство о представлении доказательств, которое возможно отклонить при наличии обычных условий § 244 III-V УПК (см. Rn 440ff).

б) § 245 I УПК

Исследование доказательств должно проводиться в отношении всех **вызванных и явившихся в суд свидетелей и экспертов, а также иных доказательств, представленных судом или прокуратурой**, если **не заявлено** в отношении них соответствующее **ходатайство о представлении иных доказательств** (§ 245 I 1 УПК). Это не действует, если представление доказательств является недопустимым (§ 245 УПК) или если подсудимый, защитник и прокуратура согласны с отказом в сборе доказательств (§ 245 I 2 УПК), причем согласие может быть получено также конклюдентно.

в) § 245 II УПК

Исследование доказательств должно проводиться в отношении **вызванных подсудимым или прокуратурой свидетелей или экспертов** (§§ 220 I, 214 III УПК) и иных доказательств, представленных подсудимым, только в том случае, если заявлено **соответствующее ходатайство** (§ 245 II 1 УПК). Ходатайство о представлении доказательств может быть отклонено только при наличии оснований, предусмотренных § 245 II 2 и 3 УПК. **451**

V. Оформление отклонения ходатайства о представлении доказательств

Согласно § 244 VI УПК для отклонения ходатайства о представлении доказательств требуется **определение суда**. Это также действует и в отношении ходатайств о представлении доказательств в соответствии с § 245 II УПК. Решение об отклонении ходатайства должно быть объявлено не позднее окончания судебного следствия. Однако отклонение т.н. **дополнительного ходатайства о представлении доказательств** (ходатайства, в котором заявитель хотел бы узнать только о судьбе своего основного ходатайства, когда суд принял решение об осуждении подсудимого на основе прежнего судебного следствия) должно быть оформлено только в **мотивировочной части приговора** (BGHSt 32, 10, 13; dazu Rn 299). **452**

453 **Решение задачи 54.** а) Ходатайство А. о допросе в качестве свидетеля рыжеволосого ирландца возможно рассматривать как **ходатайство о представлении доказательств**, которое можно отклонить только при наличии строгих оснований, предусмотренных в §§ 244 III-V, 245 УПК. Ходатайство о представлении доказательств требует:

(1) **определенное утверждение факта** и

(2) определенно указанное и признанное уголовно-процессуальным кодексом **доказательство**.

Ходатайства, которые не соответствуют этим требованиям, возможно классифицировать как **ходатайства о получении доказательств**, отклонение которых происходит в соответствии с § 244 II УПК (обязанность суда установить истину). Утверждение, что А. уже как час тому назад до совершения преступления ушел с дискотеки, является утверждением факта в требуемом смысле. В этом случае сомнительно: насколько доказуем данный факт. Личность и адрес рыжеволосого ирландца едва ли можно будет установить. Сведения о свидетеле настолько недостаточны, что в данном случае существует только ходатайство о получении доказательства. Из обязанности суда по установлению истины нельзя требовать в этой ситуации поиск ирландца. Отклонить ходатайство о получении доказательств возможно и без определенной формы. Подробно см. Rn 435ff.

б) Необходимо обдумать, может ли суд отклонить ходатайство о представлении доказательств из-за **полной непригодности** доказательства (§ 244 III 2 УПК). Поскольку аргумент о том, что кассиру невозможно вспомнить отдельного посетителя кинотеатра, является недопустимой предвосхищаемой оценкой доказательств, ходатайство необходимо удовлетворить. Подробно см. Rn 444.

в) Доказываемым фактом в данном случае является тот факт, что А. «почти ничего не выпил». Если бы суд отказал в удовлетворении ходатайства о допросе В. с обоснованием, что потребление алкогольных напитков **уже достаточно установлено**, то это означало бы, что, по мнению суда, **противоположное** утверждаемому факту уже доказано. Это является недопустимым в соответствии с § 244 III 2 УПК, поскольку речь шла бы о запрещенном предвосхищении доказательства. Отклонение ходатайства вследствие **незначительности** согласно § 244 III 2 УПК является также недопустимым предвосхищением доказательства. Ходатайство необходимо удовлетворить. Это может быть осуществлено без соблюдения определенной формы, например, председатель дает указание об исследовании доказательств. Только в случае отклонения ходатайства о представлении доказательств необходимо определение суда (§ 244 VI УПК). Подробно см. Rn 443, 452.

§ 23. Запрет на использование доказательств в уголовном процессе

Задача 55. А. предъявлено обвинение в жестоком обращении по отношению к своей жене Е. (§§ 223ff УК). У следственного судьи, который не предупредил ее о праве отказа от дачи показаний, Е. подтвердила предъявленное в отношении А. обвинение. В судебном разбирательстве Е. отказывается давать показания. Возможно ли осудить А., если кроме прежних показаний Е. в деле нет никаких других доказательств его вины?

Задача 56. а) Криминальная полиция подозревает А. в продаже наркотика проститутке П. (§ 29a I № 2 закона о наркотических веществах). Полиция допросила П. в качестве свидетеля, и она призналась, что купила у А. наркотик (уголовно наказуемо в соответствии с § 29 закона о наркотических веществах). Ей не было разъяснено ее право отказа от дачи показаний. В судебном разбирательстве в процессе против А. свидетель П. ссылается на свое право отказа от дачи показаний. Возможно ли при вынесении приговора использовать показания П., полученные в результате допроса в полиции?

б) Впоследствии П. предъявляют также обвинение. Допустимо ли использовать в процессе против П. ее же показание, которое было получено раньше в полиции по делу А.?

в) П. изначально была допрошена в качестве обвиняемого без разъяснения своих прав в соответствии с § 136 УПК. Она дала в полиции показания, что купила у А. наркотик. Возможно ли использовать эти показания в процессе против А.?

Задача 57. А. подозревается в убийстве женщины при отягчающих обстоятельствах. Решающим доказательством выступает его дневник, в котором он признавался, что при взгляде на женщину у него возникала потребность ее изнасиловать или убить. Можно ли осудить А. на основе его записи в дневнике?

Задача 58. А. использовал в своих корыстных целях ребенка, а затем его убил. После 24-часового непрерывного продолжительного допроса А., полностью изнуренный, «ломается» и признается в совершении преступления. Он сообщает, где спрятал труп. На трупе обнаруживают отпечатки его пальцев. Позже А. отказывается от своих показаний. Допустимо ли использовать его признание, а также отпечатки пальцев, обнаруженные на трупе, в качестве доказательств?

I. Принципы

1. Предназначение запретов, связанных с доказательствами

Действующий в уголовно-процессуальном праве принцип расследования (§ 244 II 454
УПК) требует всестороннего расследования значимых для вынесения решения обстоятельств дела. Необходимо привлечь в принципе все возможные доказательства. Данной обязанности суда по установлению истины корреспондирует закрепленный в § 261 УПК принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда, который гласит, что все собранные в судебном разбирательстве в соответствии с § 244 II УПК доказательства необходимо оценить (K/M-G, § 261 Rn 6; LR-Gollwitzer, § 261 Rn 56 mwN). С другой стороны, установление истины любой ценой в уголовном процессе недопустимо (BGHSt 14, 358, 365; 38, 372, 374). Это должно находиться в согласии с установленной Основным законом шкалой ценностей. В частности, органам уголовного преследования при осуществлении своей государственной деятельности нужно соблюдать установленные пределы ограничения конституционных прав и свобод, прежде всего, следуемое из ст.2 I, 20 III ОЗ требование на осуществление процесса в соответствии с положениями о правовом государстве. Как следствие, принципы расследования и свободной оценки доказательств в определенных случаях должны ограничиваться запретами, связанными с доказательствами, в пользу более важных правовых ценностей. Эти запреты являются своеобразными инструментами для охраны прав конкретного человека. Самая значимая дополнительная функция – это предотвращение преступности и, прежде-

де всего, соблюдение дисциплины органами уголовного преследования при выяснении истинного положения дела (grundlegend: Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 16ff; s. auch Beulke, StV 1990, 180; Amelung, StraFo 1999, 181; Wolter, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S.963; zum Einfluß auf das Ermittlungsverfahren Schlothauer, Lüderssen-FS, S.761).

2. Классификация

а) Запреты на сбор доказательств

455 **Запреты на сбор доказательств по определенной тематике**: при их помощи запрещается выяснение определенных обстоятельств дела, как, например, § 51 I федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики выяснения прежних судимостей.

Запреты на собирание определенных доказательств: они запрещают использование определенных доказательств, когда выяснение обстоятельств дела возможно при помощи других. Запрещенными доказательствами являются, например, лица, наделенные согласно §§ 52, 53, 54, 55, 81c III УПК правом отказа от дачи показаний и которые воспользовались этим правом.

Запреты на использование определенных способов собирания доказательств: они исключают определенный способ получения доказательств. В качестве примера следует назвать использование запрещенных методов ведения допроса (§ 136a I, II УПК).

б) Запреты на использование доказательств

Запреты на использование доказательств в уголовном процессе позволяют не принимать во внимание определенные результаты доказывания при вынесении приговора. Поскольку на отдельные доказательства распространяется запрет на использование их в процессе, то он действует **обширно**, и нельзя обойти его при применении другого доказательства. Если, в частности, запрет на использование доказательств распространяется на **показания обвиняемого**, полученные при допросе в полиции, то также недопустим допрос полицейского в качестве **свидетеля** о результатах проведенного им ранее допроса обвиняемого (zu den Sonderproblemen der FeRn wirkungen und der hypothetischen Kausalität s.u. Rn 483).

3. Предусмотренные в законе запреты на использование доказательств в процессе

456 Уголовно-процессуальный кодекс непосредственно закрепляет сравнительно немного запретов на использование доказательств, в частности: §§ 81a III, 81c III 5, 98b III 3, 100b V (случайные находки при прослушивании телефонных разговоров), 100d V (случайные находки при применении вспомогательных технических средств), 108 II, 110e (случайные находки при применении тайного агента), 161 II УПК. К самому важному запрету на использование доказательств относятся **запрещенные** в § 136a III 2 УПК **методы ведения допроса**. Они в соответствии с § 69 III УПК также действуют и для допроса свидетелей и соответственно эксперта (см. Rn 130ff).

За рамками УПК запреты на использование доказательств в процессе встречаются во многих других законах (§§ 51 BZRG, 393 II AO, 97 I 3 InsO, 4ff StUG, § 6 II 3 iVm § 7 VI G 10 u. in Art.13 V 2 GG).

4. Нормативно незакрепленные запреты на использование доказательств

а) Принцип

Тем не менее признано, что **применение запрета на использование доказательства** не зависит от его **непосредственного нормативного закрепления**. Достаточно часто нарушения запретов **на сбор доказательств** влекут за собой также запреты на **использование полученных таким образом доказательств в уголовном процессе**. Однако эта последовательность ни в коем случае не императивна. Не каждое неправильное собирание доказательств приводит к непригодности полученных доказательств (BGHSt 19, 325, 331; 38, 372, 373; abw. Kühne, Rn 532). Наоборот, недопустимость сбора доказательств не является безусловной предпосылкой для применения запрета на использование. В качестве таковой можно противопоставить использование надлежащим образом полученного доказательства, например, запрет использования определенных знаний из допустимого прослушивания телефонных разговоров (§ 100b V УПК). Запрет использования, который следует из запрета на сбор доказательства, обозначается как **несамостоятельный запрет на использование доказательства**. Если собирание доказательств законно и только недопустимо их использование, то речь идет о **самостоятельном запрете на использование доказательств** (Küpper, JZ 1990, 416). **457**

Запреты, связанные с доказательствами, в большинстве своем – в первую очередь **запреты на создание дополнительных обременений** для обвиняемого. Как правило, уголовный процесс не может игнорировать указание на невиновность обвиняемого с ссылкой на серьезные нарушения процесса (Dencker, F., Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977, S.73ff; Brandis, T., Beweisverbote als Belastungsverbote aus der Sicht des Beschuldigten, 2001, S. 305).

До сих пор еще нельзя разработать общее правило, когда нарушение запрета на сбор доказательств ведет к применению запрета их использования в процессе (s. Gössel, GA 1991, 483ff).

б) Критерии определения наличия или отсутствия запрета использования доказательств

При каждом нарушении процессуальных положений, регулирующих способ собирания доказательств, нужно в рамках конкретной проверки устанавливать, можно ли использовать полученное таким образом доказательство для вынесения приговора. Вызывают споры критерии, определяющие наличие или отсутствие запрета использования. **458**

Частично рассчитывают на **цель защиты** нарушенной при собирании доказательств нормы (BGHSt 46, 189, 195; Gründwald, S. 155; Rudolphi, MDR 1970, 93, 97ff; KMR-Paulus, § 244, Rn 516ff; Frisch, in: Rudolphi-Sym, S. 182ff).

В противоположность этой позиции необходимо **взвешивать** в каждом конкретном случае государственный интерес по осуществлению уголовного преследования и индивидуальный интерес гражданина на соблюдение своих прав, где, в частности, тяжесть деликта и значимость процессуального нарушения играют большую роль (BGHSt 38 214 221ff; 42, 372, 377; BGH wistra 2002, 110, 112; Rogall, ZStW 91 (1979), l, 31; ders., Hanack-FS, S. 293 (normative Fehlerfolgen – Lehre); ders., Grünwald-FS, S.523; K/M-G, Einl. Rn 55).

Третья позиция предлагает комбинацию по мере надобности учения о цели защиты нарушенной нормы и теории о взвешивании противоположных законных интересов (BGHSt 46, 189, 195f; SK-Wolter, Vor § 151 Rn 197). В последнее время они соединяются в **праве требования устранить последствия**. Если в результате сбора доказательств было нарушено право на информационное самоопределение, то обвиняемый может требовать воздержаться от использования в процессе полученных таким образом доказательств (Amelung, K., Informationsbeherrschungsrechte im Strafprozeß, 1990; ders., Roxin-FS, S.1259; Müssig, GA 1999, 119; Störmer, R., Dogmatische Grundlagen der Verwertungsverbote, 1992).

Результат: если были нарушены положения уголовно-процессуального права, как в случае регулярного несамостоятельного запрета использования доказательств в процессе, то представляется нецелесообразным использование теории о взвешивании противоположных законных интересов, поскольку **законодатель** уже взвесил и решил относительно приоритета защищаемых законных ценностей. В этом отношении решение вопроса о применении запрета использования может зависеть еще только от **сферы защиты соответствующей нормы**. Если существуют нарушения ограничения доказательств, следуемые из конституции, как в случае регулярных самостоятельных запретов использования, то нужно возвратиться к **теории о взвешивании противоположных законных интересов** (из-за отсутствия оценки со стороны законодателя) (Beulke, ZStW 103 (1991), 657, 663f; SteRn berg-Lieben, JZ 1995, 848; Eisenberg, Rn 370; der Sache nach ähnlich Fezer, 16 Rn 5ff, 29ff mit zT abw. Herleitung; vgl zum überblick auch Wolter, in: Wolter /Riedel /Taupitz, S. 319).

в) Правовая теория кругов

459 В качестве попытки общего решения проблемы Верховный суд ФРГ частично предлагает исходить из **правовой теории кругов**. Согласно данной теории в случае нарушения обязанности разъяснить право свидетеля, предусмотренное в § 55 II УПК, возможность обжалования нарушения запрета на сбор доказательств (а также в конечном счете используемость доказательства в процессе) зависит от того, существенно ли затрагивает данное нарушение права лица, подающего жалобу, или оно для него только как следствие, или не имеет никакого значения (BGHSt GrS 11, 213, 215; 38, 214, 220). Но с самого начала правовая теория кругов была сильно раскритикована (s. Eb. Schmidt, JZ 1958, 596; Rudolphi, MDR 1970, 93, 95ff; zusammenfassend Fezer, JuS 1978, 325, 327ff), и ее **нельзя использовать в качестве общего ориентира** для определения наличия или отсутствия запрета использования доказательств, поскольку она только **частично** решает данную проблему (ebenso BGHSt 42, 73, 77; s.u. Rn 464).

460 **г) Обзор самых важных случаев, рассмотренных судебной практикой, связанных с запретом использования доказательств:**

– отсутствие разъяснения свидетелю его прав, § 52 III УПК;
– отказ свидетеля давать показания в судебном разбирательстве, § 252 УПК;
– отсутствие разъяснения обвиняемому его прав, § 136 I УПК;
– недопустимая запись в рамках уголовного преследования, § 100c УПК;
– записи из дневников, частные записи;
– недопустимое прослушивание телефонных разговоров, § 100a УПК.
Gute Gesamtschau bei Schroth, JuS 1998, 969; Rosa /Witt, JA 1998, 400.

II. Запреты на использование доказательств в связи с правом отказа от дачи свидетельских показаний, §§ 52ff, 252 УПК

1. Отсутствие разъяснения свидетелю его права отказа от дачи показаний по личным основаниям, § 52 III УПК

§§ 52-55 УПК предоставляют достаточно большую защиту свидетелям, которые по определенным основаниям обладают правом отказа от дачи показаний. Самая большая защита предоставлена свидетелям, которые собираются воспользоваться своим правом **по личным основаниям** в соответствии с § 52 I УПК. Так, например, могут отказаться от дачи показаний супруги, обвенчанные или дети, а также если они единственные свидетели преступления (при определенных обстоятельствах – потерпевшие), и обвиняемый должен быть соответственно оправдан из-за отсутствия других доказательств. Согласно § 52 III 1 УПК лица, обладающие правом отказа от дачи показаний, должны предупреждаться о их праве перед каждым допросом. **461**

При нарушении обязанности разъяснить свидетелю его права в соответствии с § 52 III 1 УПК, которая действует также и для допросов, проводимых полицией и прокуратурой (§§ 161a I 2, 163a V УПК), из сферы защиты нормы (учет «семейных уз», BGHSt GrS 11, 213, 216) следует **недопустимость использования** такого показания в процессе (BGHSt 14, 159, 160). Это действует также тогда, когда суду на момент допроса свидетеля не было еще известно о личных связях его с обвиняемым /подсудимым, так, например, свидетель не сказал, что находится с подсудимым в близких, родственных отношениях (BGH StV 2002, 3).

Запрет на использование показаний свидетеля, которому не разъяснили его право, имеет **существенное ограничение**: он действует только тогда, когда отсутствие разъяснения прав находилось **в причинной связи** с тем, что показал свидетель. Если установлено, что он знал о своем праве отказа от дачи показаний и повел бы себя так же, как и при разъяснении прав, то отсутствует запрет на использование, поскольку свидетельское показание не основывается на несделанном разъяснении, и в данном случае не нарушается при вынесении приговора положение § 52 III УПК (BGHSt 38, 214, 225). В отличие от нарушения § 136 УПК (см. Rn 468) запрет на использование доказательств, предусмотренный в § 252 УПК, согласно судебной практики не зависит от того, выступает ли защищаемый подсудимый против использования в судебном разбирательстве (BGHSt 45, 203, 205).

Очень спорно, действует ли в данной ситуации запрет на использование, когда свидетель был допрошен без разъяснения ему прав, а затем умер. Поскольку § 52 УПК защищает не только свидетеля, но и всю «семью», в том числе и обвиняемого, то и после смерти свидетеля запрет на использование должен действовать (ebenso Peters, JR 1969, 428f-aA BGHSt 22, 35ff; Geppert, Jura 1988, 305, 310).

2. Случаи, когда свидетель, обладающий правом отказа от дачи показаний (§ 53 УПК), совершает уголовно наказуемое деяние (§ 203 УК)

Право отказа свидетеля от дачи показаний по профессиональным основаниям, включая их помощников (§§ 53, 53a УПК), по своей защите значительно приближено к аналогичному праву, предусмотренному § 52 УПК. Однако в § 53 УПК не существует обязанности разъяснения прав свидетелю, как это предусмотрено в § 52 III УПК. Эта обязанность как таковая может вытекать из обязанности суда **462**

заботиться об осуществлении уголовного судопроизводства, когда свидетелю очевидно не знакомо данное право отказа от дачи показаний (K /M-G, § 53 Rn 44).

Если носитель профессиональной тайны, обладающий правом отказа от дачи показаний согласно § 53 УПК, дает показания и тем самым нарушает § 203 I УК, то, в соответствии с господствующим мнением, это **не** приводит к недопустимости использования данного показания в процессе, хотя свидетель совершает уголовно наказуемое деяние (BGHSt 9, 59; 15, 200, 202; 18, 146, 147; Hellmann, IV § 3 Rn 29). Это обосновывается тем, что ответственность, следуемая из § 203 I УК, касается только сферы риска свидетеля, и тем самым нельзя ограничивать обязанность суда по установлению истины (§ 244 II УПК). Но данное толкование не учитывает в достаточной мере интересы по защите заинтересованного лица. Только тогда существует настоящее доверительное отношение, которое § 53 УПК хотел бы защищать в интересах всех участников, когда заинтересованное лицо может быть уверено, что его собеседник не будет давать показания в суде. Таким образом, **из сферы защиты нормы** следует, что материальная противозаконность показания влечет за собой также процессуальную недопустимость использования (Beulke, S. 46; Freund, GA 1993, 49ff; Haffke, GA 1973, 65ff; Ranft, Rn 536; Rüping, Rn 490; Welp, Gallas-FS, S. 391, 406ff).

Согласно судебной практике показание свидетеля нельзя использовать, если суд умышленно или неосторожно сообщил ему неправильную информацию, что он освобожден от обязанности неразглашения (BGHSt 42, 73, 76 m. Anm. Welp, JR 1997, 35).

3. Нарушение запрета на выемку, § 97 I УПК

463 Кроме того, необходимо сослаться на **запрет на выемку (§ 97 I УПК)**, который должен предотвратить обход §§ 52, 53, 53a УПК. Если предмет, не подлежащий выемке (§ 97 I УПК), изымается, то это ведет к запрету на использование полученного таким образом доказательства в процессе (BGHSt 18, 227, 229; KK-Nack, § 97 Rn 9).

4. Отсутствие разъяснения свидетелю о его праве отказа от дачи показаний в соответствии с § 55 УПК

464 Согласно § 55 I УПК каждый **свидетель** может отказаться от сообщения сведений по таким вопросам, ответы на которые повлекли бы для него самого или одного из его родственников, указанных в § 52 УПК, **опасность преследования за совершение уголовно наказуемого деяния или административного проступка**. Свидетель должен быть предупрежден о его праве отказа от сообщения таких сведений (§ 55 II УПК). Эта обязанность разъяснения свидетелю его прав возложена также и на полицию, и на прокуратуру (§§ 161a I 2, 163a V УПК).

Сильная позиция меньшинства выступает при нарушении данной обязанности за запрет на использование, поскольку § 55 УПК должен также защищать интерес подсудимого на лишенное конфликта и соответствующее действительности показание свидетеля (Roxin, § 24 Rn 36; Gössel, § 25 D V c ua).

Но господствующая позиция **не признает** запрета на использование, поскольку § 55 I УПК направлен на защиту свидетеля от самообвинения или от обвинения одного из его родственников, а круг интересов подсудимого не затрагивается в ре-

зультате нарушения обязанности разъяснения («**Rechtskreistheorie**»: BGHSt 11, 213, 218; K/M-G, § 55 Rn 17; Meurer, § 32 IV 2c).

Иначе следует решать проблему, если свидетель превращается в **обвиняемого**. Нарушение обязанности разъяснения приведет в более позднем **процессе против него** к недопустимости использования данного показания, поскольку § 55 УПК защищает именно свидетеля от уголовного преследования (SK-Rogall, Vor § 133 Rn 188; K/M-G, § 55 Rn 17). В соответствии с новой судебной практикой запрет на использование должен действовать только тогда, когда подсудимый в судебном разбирательстве протестует против использования его прежних показаний (BGH NZV 2001, 527; BayObLGSt 2001, 64; zur sog. Widerspruchslösung s. Rn 150).

5. Право отказа свидетеля от дачи показаний в судебном разбирательстве, § 252 УПК

а) §§ 52-53а УПК

Показания свидетеля, допрошенного до судебного разбирательства, который лишь в судебном разбирательстве впервые использовал свое **право отказа от дачи показаний** (§§ 52-53а УПК), **не могут быть оглашены** (§ 252 УПК). На нынешний день судебная практика и теоретики выводят из § 252 УПК **запрет на использование** более раннего показания. Спорным является только его объем. По мнению судебной практики, он существует только для допросов свидетелей, которые были проведены полицией или прокуратурой; в то время как результаты судебного допроса (в том числе допрос следственного судьи в качестве свидетеля) возможно использовать в процессе (BGHSt 2, 99ff; Einzelheiten s.o. Rn 418ff; lesenswert Schroeder/Meindl, Fall 6, S.64). **465**

б) § 55 УПК

Очень спорно, действует ли § 252 УПК, когда свидетель, обладающий правом отказа от дачи показаний согласно § 55 УПК, на более ранней стадии процесса при соответствующем разъяснении своих прав дал показание, а потом в судебном разбирательстве ссылается на свое **право отказа от дачи показаний** (dafür Eisenberg, Rn 1129; Geppert, Jura 1988, 305, 313ua). В итоге это следует не признать, поскольку § 252 УПК охватывает только случаи отказа от дачи показаний в целях другого лица, а здесь речь идет об отказе от дачи показаний в отношении себя. Не учитывается применение § 252 УПК по аналогии для случая отказа от дачи показаний на основе § 55 УПК из-за отсутствия соответствующих интересов по защите. § 55 УПК направлен на защиту только свидетеля. Если ему в соответствии с законом были разъяснены права свидетеля, то он, давая показания, действительно окончательно отказывается от защиты. Поскольку теперь может быть проведен процесс в отношении него, то его показания должны использоваться в уголовном процессе только в отношении первоначального обвиняемого (ebenso ua BGHSt 6, 209, 211; 337, 350; BGH NStZ 1998, 46 m. zust. Anm. Rengier; KK-Diemer, § 252 Rn 7; Dölling, NStZ 1988, 6, 8ff). То же правило действует, если свидетель незадолго до окончания допроса в полиции или в прокуратуре ссылается на свое право отказа от дачи показаний на основе § 55 УПК; данные им до этого момента показания допустимо использовать в уголовном процессе (BGH NStZ 1998, 312). **466**

При вопросе о том, как процессуально правильно осуществлять использование, нужно обратить внимание на следующие моменты: по общему правилу **оглашение протокола допроса** обречено на неудачу в соответствии с § 250 УПК. Исключение, предусмотренное § 251 II 2 УПК, не действует, поскольку не охвачены правовые препятствия для проведения допроса (vgl o. Rn 413). Использование прежних показаний возможно при осуществлении **допроса лица, который ранее проводил допрос** (BGH NStZ 1996, 96, str.). Только если все участники процесса с оглашением протоколов допросов согласны, то это допустимо в соответствии с § 250 I № 4, II 1 УПК (см. Rn 414; BGH NJW 2002, 309).

III. Защита обвиняемого от принуждения к самооговору

467 В конституционном праве (ст.1 I, 20 III ОЗ) закреплен принцип уголовного процесса, согласно которому **обвиняемый не может быть принужден к самооговору** (s. BVerfGE 56, 37, 49; ausf. Rogall, K., Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977 u. o. Rn 125). Нарушение органами уголовного преследования данного принципа, имеющего первостепенное значение, влечет за собой запрет на использование доказательств в процессе (BGHSt 38, 214, 218ff, insbes. 220). Zu den einzelnen wichtigen Fallgruppen ausf. Verrel, S. 119ff.

1. § 136a УПК

Очевидное выражение принципа непринуждения к самооговору – это свобода высказывания обвиняемого, который свободен решать: давать показания или отказаться от обжалования. Нельзя принудить обвиняемого ни силой, ни обманом к даче показаний. Нарушение этого положения влечет за собой согласно § 136a I, III 2 УПК запрет на использование доказательств в процессе (см. Rn 142).

2. Отсутствие разъяснения в соответствии с § 136 УПК

468 Законодательно не регулируются последствия **неразъяснения** права обвиняемому об отказе от дачи показаний согласно **§ 136 УПК**, которое является ядром принципа непринуждения обвиняемого к самооговору. До недавнего времени было спорно: влечет ли за собой отсутствие разъяснения запрет на использование доказательства в процессе, поскольку допрос был проведен **за пределами** судебного разбирательства. Между тем судебная практика и господствующая позиция в литературе объединились и признали запрет использования показания обвиняемого, полученного в результате проведения **любого** допроса без предварительного разъяснения ему права отказа от дачи показаний. Однако, по мнению судебной практики, этот запрет действует только, когда защищаемый подсудимый до обозначенного в § 257 УПК момента **возражал** против использования его прежнего показания (BGHSt 38, 214, 218; s.o. Rn 117, 150).

Недопустимость использования не действует в процессе против третьего лица, в котором «непроинформированное» лицо является только свидетелем, поскольку несделанное ему разъяснение **не касается затрагиваемых интересов** настоящего обвиняемого (BayObLGSt 1993, 207, 208; BGH StV 1995, 231 m. abl. Anm. Dencker; abl. auch Roxin, § 24 Rn 26; s. Auch o. Rn 464).

3. Отказ в обращении к защитнику

469 Если обвиняемому до его первого допроса **отказывают** в желаемом с его стороны **обращении** к выбранному **защитнику**, то это нарушение §§ 136, 137 УПК, ст. 6 IIIc Европейской конвенции, а также принципа справедливого уголовного процесса влечет за собой запрет на использование полученного таким образом доказательства (BGHSt 38, 372, 373). Аналогично должен действовать запрет, если ему вообще не сообщается, что он может пригласить защитника (BGH NJW 2002, 976;

zurückhaltender SK-Rogall, § 136, Rn 55). Так же нужно решать, когда органы уголовного преследования осознанно не выполняют свои обязанности по содействию в консультации с защитником.

Ein guter überblick zur Belehrungsproblematik im Strafverfahren findet sich bei BeRn smann, StraFo 1998, 77.

IV. Защита интимной сферы – конституционно-правовые запреты на использование доказательств в уголовном процессе

1. Теория сфер Конституционного суда ФРГ и ее реализация в уголовно-процессуальном праве

470 В ходе производства дознания могут быть проведены различные **вмешательства в интимную сферу** обвиняемого. Самые яркие и важные примеры – это негласная запись, негласно сделанная фото- или видеосъемка, а также выемка дневников. Тем не менее интимная сфера человека является согласно ст. 2 I в сравнении со ст.1 I ОЗ частью общего права личности, которое защищено законом, Конституцией. В соответствии с основополагающим решением Конституционного суда ФРГ (BVerfGE 34, 238, 245ff) нужно различать три сферы проявления личности. При решении вопроса об использовании полученных доказательств необходимо руководствоваться тем, на каком уровне произошло вмешательство органов уголовного преследования в основные права и свободы человека (vgl auch BVerfGE 32, 373ff; Geis, JZ 1991, 112ff):

сфера 1 – социальная область (например, деловые переговоры);
сфера 2 – просто частная область (например, частные разговоры во время прогулки);
сфера 3 – интимная область (например, интимная жизнь супругов в спальной комнате собственной квартиры).

Социальные контакты в 1-й сфере не пользуются особенной защитой. Во 2-й сфере (просто частная область) необходимо уже взвешивать интересы уголовного преследования и защиту частной жизни. В 3-й сфере ст. 2 I в сравнении со ст. 1 I ОЗ гарантирует каждому гражданину **неприкосновенность интимной частной жизни**, лишенной любого вмешательства со стороны государственной власти. В данной сфере недопустимо взвешивать различные противоположные интересы с государственным интересом по осуществлению уголовного преследования.

471 С реализацией теории Конституционного суда о трех сферах возникают различные трудности (s. auch Gössel, NJW 1981, 649ff; Hofmann, JuS 1992, 587, 591; Wolter, NStZ 1993, lff). Частично это уже закреплено теперь в §§ 100c, 100d УПК, а именно производство фото-, видеосъемки, наблюдение с применением технических средств, а также контроль и запись конфиденциального слова, т.н. «подслушивание» (см. Rn 265ff). Из § 100d V УПК следует (непосредственно и при помощи толкования), что допустимо полученное доказательство использовать без ограничений в данном процессе, а в других уголовных процессах при наличии строгих оснований. При отсутствии оснований для вмешательства в основные права доказательство является **недопустимым**, даже если это специально не было определено законом (K/M-G,

§ 100c Rn 20). При нарушении формальных оснований принимается в расчет запрет на использование доказательства в процессе, так, например, при несоблюдении компетенции отделения Верховного суда земли, расследующего преступления против охраны государства, при вынесении постановления о проведении мероприятия согласно § 100d II 1 УПК (vgl Bludowsky, O., Rechtliche Probleme bei der Beweiserhebung und Beweisverwertung im Zusammenhang mit dem Lauschangriff nach § 100c Abs.1 № 3 StPO, 2002, S.308; Vieles ist hier noch ungeklärt; zum Problem s. auch Fezer, 16 Rn 39; ders., Grundfragen der Beweisverwertungsverbote, 1995, S.28; feRn er Zaczyk, StV 1993, 496; und o. Rn 258, 429 sowie u. Rn 475ff). Решающим здесь выступает также сфера защиты нормы.

В нерегулируемой на сегодня еще законом области продолжают действовать старые разработанные судебной практикой принципы. При необходимом взвешивании, с одной стороны, основных прав обвиняемого, и с другой – интересов по осуществлению уголовного преследования **за возможность использования** доказательств в процессе свидетельствуют, в частности, **тяжесть вменяемого обвиняемому деяния**, а также **необходимость доказательства; за возможность против использования – степень затронутого конституционного права, а также тяжесть конкретного вмешательства** (vgl nur BGH JR 1994, 430 m. Anm. Lorenz).

Особенно важны следующие вмешательства в интимную сферу человека:

2. Негласная запись на магнитоленту /подслушивание

472 **Записи на магнитоленту**, которые проводятся при наличии оснований, предусмотренных § 100c I № 2 и 3 УПК, можно использовать в данном процессе без ограничений, а для **последущих, иных процессов** действуют специальные положения § 100d V УПК. В отношении записей на магнитоленту, не подпадающих под сферу действия §§ 100c I № 2 и 3, 100d II УПК, допустимость их использования определяется при взвешивании интересов на основе теории о трех сферах. Подробности полностью еще не выяснены (statt aller SK-Rudolphi /Wolter, § 100d Rn 12; Schlothauer, StraFo 1998, 402).

По меньшей мере, признано, что существует запрет на использование полученных результатов посредством осуществления «большого подслушивания» в жилище в смысле ст.13 ОЗ, если только оно проводилось по правилам «малого подслушивания» (vgl BGHSt 42, 372, 377; dazu Martin, JuS 1997, 748; zust. Wollweber, NStZ 1997, 351). Напротив, BGH при несоблюдении 3-месячного срока §§ 100d I в сравнении с l00b II 3 УПК отказался от запрета применения доказательства (BGHSt 44, 243, 248 m. iE zutr. Kritik von Fezer, JZ 1999, 526; Malek /Wohlers, Rn 567; Wolters, JR 1999, 524 und Bludowsky, O., aaO S .322). О других запретах на использование доказательств, полученных в результате «**подслушивания**», см. Rn 265f.

3. Длительное наблюдение, § 163f УПК

472a Еще полностью неясными являются последствия несоблюдения формальных и материальных оснований для проведения длительного наблюдения, предусмотрен-

ных в § 163f УПК (см. Rn 233a). По меньшей мере, при осознанном обходе в получении санкции судьи (продление мероприятия более чем на месяц, § 163f IV УПК) не подлежит обсуждению недопустимость использования полученных таким образом доказательств (аналогичное решение в отношении § 81a УПК, см. Rn 477).

4. Записи из дневника

473 В отношении записей из личного дневника возможность их использования в уголовном процессе следует только из взвешивания защиты личностной сферы автора записей в дневнике и интересов государства на осуществление уголовного преследования. Записи интимного характера часто не предназначены для других людей и поэтому являются преимущественно недопустимыми доказательствами в уголовном процессе. С другой стороны, объявления тетради как «дневник» еще не достаточно для признания его полностью недопустимым доказательством в уголовном процессе, поскольку иначе были бы открыты большие возможности для злоупотребления. Скорее это всегда зависит, согласно теории о трех сферах, от степени интимности содержания.

Верховный суд ФРГ по уголовным делам – BGHSt 19, 325. А. предъявлено обвинение в **даче ложного показания под присягой**. Доказательство совершения преступления возможно взять только из выдержек его дневника. Может ли он быть осужден?

Решение. Верховный суд ФРГ **признал недопустимость** использования выдержек из дневника в качестве доказательства. Поскольку дневник содержит не просто какие-либо статистические данные, то его следует причислить ко второй сфере частной жизни. Затем необходимо взвесить государственные интересы по осуществлению уголовного преследования с охраняемым конституцией интересом по защите собственно частной жизни. Учитывая не большую значимость совершенного уголовно наказуемого деяния по сравнению с защищаемым правом на частную жизнь, представляется правильной позиция суда о недопустимости использования в качестве доказательства выдержек из дневника А.

Верховный суд ФРГ по уголовным делам – BGHSt 34, 397. Серийный **женский убийца** записывает в свой дневник о влечении к совершению убийств женщин. Может ли быть использован в процессе изъятый у него дневник?

Решение. Если причислять записи в дневнике о влечении к совершению убийств к неприкосновенности интимной частной жизни, то следует недопустимость использования записи в качестве доказательства (so ua SK-Wolter, Vor § 151 Rn 31ff; Lorenz, GA 1992, 254ff; Roxin, § 24 Rn 42; s. auch Amelung, NJW 1990, 1753ff). Однако рациональнее было бы причислить записи к простой частной сфере, где возможно взвесить разные законные интересы, и ввиду особой тяжести совершенного преступления необходимо склониться в пользу использования записей в дневнике в качестве доказательства в процессе (so iE der BGH aaO; bestätigt von BVerfGE 80, 367ff; für Verwertbarkeit iE auch Geppert, JR 1988, 471ff; Rogall, ZStW 103 (1991), 931 Rn 147; lesenswert feRn er BGH NStZ 2000, 383 m. Anm. Jahn; Schroeder /Meindl, Fall 5, S.58; Ellbogen, NStZ 2001, 460).

5. Фото-, киносъемка, видеозапись

474 Вопрос о допустимости использования в процессе **фото-, киносъемки и прочих наблюдений** при помощи технических средств (в особенности видеонаблюдения) решается органами уголовного преследования на основании § 100c I №1 УПК (Rn 263ff). Если не существуют данные основания для вмешательства, то действует запрет на использование в процессе.

Об использовании данных в **другом** процессе, а также **иным образом** (например, полицейское видеонаблюдение в качестве превентивной меры) уголовно-процессуальный кодекс не содержит специальных норм, т.е. в данной ситуации действуют общие принципы. В частности, это зависит от взвешивания интенсивности вмешательства в частную сферу и интересов по осуществлению уголовного преследования.

V. Контроль за телекоммуникациями, §§ 100a f УПК

1. Отсутствие оснований для вынесения постановления о проведении данных мероприятий (перечень преступлений /формальное постановление)

475 Результаты контроля за **телекоммуникациями** недопустимы для использования в процессе, если отсутствуют **материальные основания** для проведения контроля (в частности, § 100a УПК), например, отсутствует подозрение в совершении преступления, входящего в перечень преступлений, не учитывается принцип субсидиарности, наблюдение недопустимо по другим основаниям, например, контроль за телекоммуникацией защитника со своим обвиняемым не разрешен на основании § 148 УПК (BGHSt 31, 304, 309; 32, 68, 70). При проверке наличия или отсутствия материальных оснований существует **свобода действия оценки** уполномоченного на это лица. Согласно судебной практике запрет на использование доказательств в процессе действует только при объективном **произволе** или грубой ошибочной оценке (BGHSt 41, 30, 34 m. krit. Anm. BeRn mann, NStZ 1995, 512; Störmer, StV 1995, 653 u. Küpper, JR 1996, 214; BGH StV 1998, 247; vgl auch Landau /Sander, StraFo 1998, 397: Maßstab der «verfahrensrechtichen Nachvollziehbarkeit»).

Нарушения **формальных оснований** §§ 100b, 101 УПК не влекут за собой запрета на использование доказательств в процессе, например, когда постановление не соответствует требованиям письменной формы (§ 100b II УПК) или не было уведомления согласно § 101 УПК (Schlüchter, Rn 354; offengelassen in BGHSt 31, 304, 308). Однако иная ситуация существует, когда полностью отсутствует постановление судьи или прокуратуры в соответствии с § 100b I УПК. Это нарушение ведет к запрету на использование доказательств в процессе (BGHSt 31, 304, 308f; aA LG Mannheim StV 2002. 242 m. zutreffend krit. Anm. Jäger; vgl auchOLG Saarbrücken NStZ 1991, 386 m. Anm. Krehl). Так же необходимо рассматривать ситуацию, когда решение вынес некомпетентный судья (Malek /Wohlers, Rn 446).

2. Случайные находки

476 Особенное значение в пределах действия § 100a УПК приобретают проблемы с т. н. **случайными находками**. Под ними понимают сведения, которые не относятся к совершенному преступлению, для расследования которого проводился контроль за телекоммуникациями, однако касаются совершения других уголовно наказуемых деяний. В данном случае действует правило согласно § 100b V УПК, что в результате проведенного допустимого контроля за телекоммуникациями случайные находки возможно использовать при наличии постановления и в отношении лица, ради которого было направлено производство наблюдения, так и в отношении третьих лиц с целью доказать их участие в совершении преступлений, предусмотренных каталогом § 100a УПК, либо других преступлений, не включенных в данный перечень, но находящихся с ними в непосредственной связи (OLG Düsseldorf NStZ 2001, 657; abw.

Kretschmer, StV 1999, 221). Впрочем, действует запрет на использование доказательств в процессе, который основывается на допустимом собирании доказательств. Судебная практика не исключает, однако, использование в процессе доказательств, чтобы расследовать далее обнаруженные следы и получить таким образом другие доказательства (vgl BGHSt 27, 355, 358; LG Landshut NStZ 1999, 636). От этого решения нужно отказаться с учетом общих правил о последующем действии запретов на использование в процессе доказательств (SK-Rudolphi, § 100a Rn 32; Lohberger, Hanack-FS, S.253; s. auch u. Rn 482). Нужно также признать неправомерными стремления Верховного суда ФРГ считать в сущности разрешенным недопустимое использование полученных в ходе проведения прослушивания телефонных разговоров случайных находок, если нет возражений против этого использования до момента, указанного в § 257 УПК (BGH StV 2001, 545 m. abl. Anm. Ventzke). Однако правомерность данного решения является очень проблематичной, принимая во внимание также ст. 10 ОЗ (Wollweber, wistra 2001, 182).

VI. Телесное освидетельствование, взятие пробы крови, § 81a УПК

477 В результате многочисленных дискуссий ученые пришли к выводу, что § 81a УПК не в полной мере регулирует проведение **телесного освидетельствования**. Прежде всего, возникают значительные проблемы при взятии крови на анализ в соответствии с § 81a I 2 УПК.

В качестве возможных нарушений § 81a УПК рассматриваются, например, вынесение постановления о взятии пробы крови полицейским, который не является помощником прокуратуры, или взятие крови на анализ не врачом (zu den weiteren Fallgruppen s. LR-Dahs, § 81a Rn 74ff). Согласно абсолютно господствующей позиции, в данных случаях следует **отказаться от применения запрета на использование** (BGHSt 24, 125, 128; Fahl, JuS 2001, 53; aA zB Eb. Schmidt, MDR 1970, 461, 464). Важная причина этого заключается в том, что § 81a УПК направлен только на предостережение причинения вреда, касающегося здоровья, с которым возможно не считаться в рассмотренных случаях, так, например, если мероприятие проводится врачом, не имеющим право практиковать, или медсестрой (s. auch Beulke, ZStW 103 (1991), 657, 672). Другие правила действуют только тогда, когда лицо, уполномоченное на проведение освидетельствования или взятие пробы крови, **осознанно** нарушает § 81a УПК. Кроме того, такое поведение нарушает принцип справедливого осуществления процесса, следуемый из принципа правового государства, предусмотренного в ст. 20 III ОЗ. Полученное таким образом доказательство является недопустимым (BGHSt 24, 125, 131; Einzelheiten bei SK-Rogall, § 81a Rn 83).

VII. Установление личности по ДНК, § 81g УПК

477a Ошибочное применение § 81g УПК может сделать запрещенным для будущих процессов использование сохраненных образцов ДНК для установления личности обвиняемого. Запрет на использование должен действовать, когда признаки состава деяния, на основе которого проводилось сохранение идентифицированных образ-

цов ДНК, впоследствии нужно отрицать (например, наличие значительного преступления, отрицательный прогноз, см. Rn 242). Чтобы избежать ошибочной оценки, недостаточно руководствоваться неопределенными правовыми понятиями при применении § 81g УПК (Eisenberg, Meyer-Goßner-FS, S.293, 303ff).

VIII. Последствия полученных с нарушением закона доказательств от частных лиц

478 1. Положениями в УПК, регулирующими сбор доказательств, руководствуются только органы уголовного преследования при осуществлении своей деятельности, а не **частные лица**. Следовательно, доказательства, полученные частными лицами противоправным способом, например, в результате кражи или с использованием методов § 136a УПК, являются **в принципе используемыми в процессе** (KK-Senge, Vor § 48 Rn 52; aA Rogall, ZStW 91 (1979), 1, 41f; zum Ganzen Hassemer/Matussek, Das Opfer als Verfolger, 1996; Krey, V., Zur Problematik privater Ermittlungen des durch die Straftat Verletzten, 1994; Bockemühl, J., Private Ermittlungen im Strafprozeß, 1996).

2. Однако из этого правила необходимо сделать несколько важных исключений:

479 а) непригодные для использования доказательства, полученные частными лицами при совершении поступков, которые явно **нарушают человеческое достоинство**, например, если супруг убитой под пыткой добивается от преступника признания его вины (ganz hM; s. K/M-G, § 136a Rn 3; differenzierend KK-Senge, Vor § 48 Rn 52; Wölfl, JA 2001, 504; Mende, B., Grenzen privater Ermittlungen durch den Veletzten einer Straftat, 2001, S.244; abl. KMR-Lesch, § 136a Rn 11; s. auch o. Rn 131).

Решение Верховного суда ФРГ по уголовным делам – BGHSt 44, 129. А. находится под стражей в связи с начавшимся в отношении ее производства по подозрению в убийстве с отягчающими обстоятельствами. Ее сокамерница С., **гадалка, предсказательница**, утверждает, что владеет сверхъестесвенными силами и могла бы воздействовать на судью с целью вынесения более мягкого приговора, если А. расскажет ей как было совершено преступление. За несколько сеансов под воздействием наркотиков А. раскрывает ей обстоятельства совершения преступления. Эти сведения С. передает органам дознания (что она уже неоднократно делала раньше), чтобы пользоваться льготами в заключении.

В данном случае Верховный суд ФРГ признал запрет на использование таким образом полученного доказательства. Даже если исходить только из того, что С. не действовала, по меньшей мере, по молчаливому поручению органов дознания (см. Rn 136 и 481), в данном случае должен применяться § 136a УПК по аналогии, поскольку применяемые методы С. (обман, введение специальных препаратов) являются грубыми нарушениями положений правового государства и также нарушают человеческое достоинство (iE ebenso Hanack, JR 1999, 348; Roxin, NStZ 1999, 149; Fahl, JA 1999, 102; Jahn, JuS 2000, 441; abw. Lesch, 3/133; schöner Beispielsfall bei Hellmann, Fallsammlung, S.27).

480 б) Аналогично рассматривается вмешательство в интимную сферу, например, в результате **записи на пленку** или при использовании **дневника**, и несущественно, осуществлялось ли посягательство органами уголовного преследования или частными третьими лицами (vgl BGHSt 14, 358, 359 (Tonband); BGHSt 19, 325, 331

(Tagebuch)). В вопросах о допустимости использования подобных вещей в уголовном процессе следует руководствоваться теорией сфер Конституционного суда ФРГ (dazu o. Rn 470; s. auch Eisenberg, Rn 386ff). Одинаковый подход к соответствующим мероприятиям органов уголовного преследования уже оправдан, потому что снова будет нарушено право при проигрывании записи и оглашении содержимого дневника в судебном разбирательстве (ausf. Wölfl, B., Die Verwertbarkeit heimlicher privater Ton– und Bildaufnahmen im Strafverfahren, 1997, S. 107ff).

Тем не менее использование доказательств допустимо в любом случае, когда вмешательство третьего лица в частную сферу заинтересованного было **оправдано**, например, если негласная запись на пленку в смысле § 201 I УПК была законной, и это основание, исключающее ответственность, продолжает еще действовать на момент введения доказательства в судебное разбирательство (LR-Hanack, § 136a Rn 10; Tenckhoff, JR 1981, 255, 258; Otto, Kleinknecht-FS, S.319, 332; zT abw. BayObLGSt 1994, 6, 8; Störmer, Jura 1994, 621f). Это возможно к примеру, когда звонок вымогателя был записан в частном порядке на магнитопленку (s. auch Gropp, StV 1989, 216, 222; Kramer, NJW 1990, 1760).

в) Непригодными являются также доказательства, полученные частными лицами противоправно **по специальному поручению органов уголовного преследования**, т.е. подпадали бы под запрет на использование доказательств в процессе, если бы этим занимались сами органы уголовного преследования. В соответствии с абсолютно господствующим мнением, органы уголовного преследования не могут обойти защищаемые обвиняемого положения УПК тем, что побуждают третьих лиц, например, при использовании запрещенных методов § 136a УПК, получить показания у обвиняемого или свидетелей (BGHSt 34, 362, 364). 481

IX. Специальные запреты использования доказательств в процессе при негласных методах расследования

1. Отсутствие общих предпосылок для использования тайных агентов, доверенных лиц и осведомителей

а) Тайные агенты

Предпосылки для использования тайных агентов закреплены в §§ 110a ff УПК. Учитывая сходство положений с контролем за телекоммуникацией (§§ 100a ff УПК), разработанные там принципы (см. Rn 475) переносятся также и на использование тайных агентов. 481a

При отсутствии **материальных** предпосылок для использования, например, нет подозрения в совершении преступления из соответствующего каталога, следует признавать запрет на использование доказательств в процессе (AG Koblenz StV 1995, 518; K/M-G, § 110b Rn 11; Beulke/Rogat, JR 1996, 520; v. Stetten, A., Beweisverwertung beim Einsatz verdeckter Ermittler, 1999, S.179). Но, по мнению судебной практики (как и при прослушивании телефонных разговоров), запрет на использование доказательств должен действовать только при объективном произволе или неприемлемом решении (BGHSt 42, 103, 104 m. krit. Anm. BeRn smann, NStZ 1997, 250; Weßlau, StV 1996, 579).

При нарушении **требований формы** (например, необходимо представление в письменном виде согласно § 110b I 3 УПК) это не мешает их использованию в процессе (BGH StV 1995, 398). Однако **если не хватает в целом согласия судьи или про-**

курора, то снова действует запрет на использование доказательств в процессе (Pfeiffer, § 110h Rn 5; K /M-G, § 110b Rn 11; abw. Jähnke, Odersky-FS, S. 427 – 434f; Zaczyk, StV 1993, 496).

В случае использования тайного агента в жилище, при котором необходимо участие судьи, достаточно при опасности в промедлении сначала получить согласие прокуратуры, а затем по окончании мероприятия в течение трех дней необходимо получить согласие судьи (§ 110b II 4 УПК). Формальное требование **относительно первых трех дней** соблюдено также тогда, когда судья позже не согласен или к нему вообще не обращались. Как правило, доказательство, полученное с соблюдением данного требования, является пригодным для использования в процессе (BGHSt 41, 64, 66; zust. Beulke /Rogat, JR 1996, 520; Rogall, JZ 1996, 260; abl. SK-Rudolphi /Wolter, § 100d Rn 13; Weßlau, StV 1995, 506).

Если использование тайного агента в отношении конкретного обвиняемого правомерно и на данное мероприятие получено согласие судьи (§ 110b II 1 № 1 УПК), то оно распространяется также на необходимое иное посягательство в отношении лиц, соприкасающихся тесно с обвиняемым. Допустимость использования доказательства в процессе против третьих лиц зависит от того, были ли соблюдены в отношении них – с точки зрения гипотетического вмешательства – предпосылки для применения тайного агента (BGH NStZ 1997, 294).

б) Доверенные лица /осведомители/ негласные служащие полиции, принимающие участие в расследовании

481b В отношении доверенных лиц, осведомителей и негласных служащих полиции, принимающих участие в расследовании преступлений, до сих пор отсутствуют законные предписания, нет ни формальных, ни материальных предпосылок в законе для их использования. Поэтому полностью неясно, принимаются ли во внимание и в каком объеме запреты на использование полученных таким образом доказательств в уголовном процессе, например, если использовалось доверенное лицо для выявления только преступлений небольшой тяжести или чтобы обойти ограничения в законе относительно использования тайных агентов.

2. Случайные находки при применении тайных агентов

481c Относительно тайного агента для **другого** уголовного дела действует **предусмотренный в § 110e УПК запрет на использование доказательств в процессе**. Полученную информацию в результате внедрения тайного агента можно использовать в другом уголовном процессе в целях доказывания, только если при оценке результатов возникает необходимость расследовать преступление, входящее в соответствующий каталог преступлений. Возможно ли и нужно ли применять по аналогии данное правило к использованию доверенного лица – остается еще неясным.

3. Ошибка при конкретном разведывательном мероприятии тайного агента или доверенного лица

481d В случае применения тайного агента и доверенного лица часто речь идет о балансе противоположных интересов, которые возникают из того, что, с одной стороны, внедрение таких лиц допустимо только для расследования особо тяжких преступлений и в ограниченном объеме, а с другой, – органы уголовного преследования в результате переключения на негласные или частные методы допроса нецеленап-

равленно могут отклоняться от соблюдения норм, защищающих обвиняемого и его семью (в особенности §§ 136, 136a, 52, 252 УПК). При отсутствии ясного четкого законного регулирования практически все основные моменты в данной сфере являются очень спорными, а также пока еще нет устоявшейся судебной практики по вопросам данной проблематики. Прежде всего, необходимо выделять следующие проблемные области.

а) Нарушение § 136 УПК

Если тайный агент или доверенное лицо разыскивает кого-либо без уведомления опрошенных о своем служебном поручении, то нет нарушения обязанности указания (§ 163a IV 2 в сравнении с § 136 УПК). Непосредственное нарушение этих положений не учитывается уже потому, что тайный агент или доверенное лицо не позволяет другим обнаружить себя как лицо, обладающее специальным **официальным** правом осуществлять допрос, т.е. отсутствует, таким образом, признак **допроса** (BGHSt GrS 42, 139, 145; str., aA zB Ranft, Rn 338; s.o. Rn 115). В отношении частного лица, действующего открыто, обвиняемый изначально знает об отсутствии обязанности предоставлять сведения, которые могут неблагоприятно отразиться на его судьбе. Поэтому не существует конфликтная ситуация с обязанностью разъяснения. Если тайный агент или доверенное лицо проникают в преступную группу и получают там сведения о ранее совершенных преступлениях, то эти данные можно использовать в процессе. Это действует также при его наблюдениях во время совершения преступлений, поскольку никто не имеет права не замечать совершение преступлений.

С другой стороны, нельзя **целенаправленно** обойти § 136 УПК. Если органы уголовного преследования используют тайного агента или доверенного лицо для расследования ранее совершенного **определенного** преступления в отношении конкретного подозреваемого, то существует целенаправленный обход § 136 УПК. Теперь органы уголовного преследования должны рассматривать действия данных лиц как свои собственные, и по аналогии необходимо применять § 136 УПК.

б) Нарушение § 136a УПК

481e В отношении тайных агентов или доверенных лиц – иначе, чем у просто третьих частных лиц (см. Rn 478), – необходимо применять без ограничений по аналогии положения § 136a УПК. При этом нужно помнить, что просто умалчивание официального, служебного поручения не является обманом в смысле § 136a УПК (см. Rn 138). Иначе это противоречило бы принципу правового государства, когда действующий «под прикрытием» государственных органов тайный агент или доверенное лицо могли бы добиваться показаний подозреваемого путем угрозы, обмана, насилия и т.д.

в) Коллизии с §§ 52, 252 УПК

481f Согласно § 252 УПК свидетель, обладающий правом отказа от дачи показаний (в особенности в соответствии с § 52 УПК), вправе аннулировать в судебном разбирательстве сделанное им прежнее показание на более раннем допросе (см. Rn 418ff, 465). При применении тайного агента или доверенного лица нельзя также уклониться от следуемого из § 252 УПК запрета на использование доказательств в процессе. Однако из-за этого сообщения лица, обладающего правом отказа от дачи показаний, по отношению к доверенному лицу не всегда будут непригодными для использования, поскольку § 252 УПК (так же, как и § 136 УПК) действует косвенно при отсут-

ствии «допроса» в узком смысле слова. Эту ситуацию, похожую на допрос, нельзя признать допросом, поскольку то лицо, которое по отношению к тайному агенту или доверенному лицу сообщает невыгодные для его родственника сведения, изначально знает, что он не обязан этого делать. При отсутствии сравнительно равных по значимости противоположных интересов исключается паушальное аналогичное применение § 252 УПК в случаях с доверенными лицами. Здесь нет обмана в смысле § 136a УПК, поскольку собеседник не объясняет, что он – не доверенное лицо. Поэтому, как правило, сведения, полученные от человека в результате беседы с доверенным лицом, можно использовать в судебном разбирательстве через допрос доверенного лица (BGHSt 40, 211, 216 (Fall Sedlmayr); iE zust. ua Gollwitzer, JR 1995, 473; Lesch, 2 /Rn 153ff; SteRn berg-Lieben, JZ 1995, 844; krit. Ranft, Rn 1732; Widmaier, StV 1995, 621). Однако Конституционный суд ФРГ в случае с Sedlmayer установил, что негласный опрос доверенным лицом свидетеля, обладающего правом отказа от дачи показаний, без законного полномочия является недопустимым и нарушает принцип справедливого процесса. Суд оставил открытым вопрос: следует ли из этого запрет на использование доказательств в процессе (BVerfG NStZ 2000, 489 m. krit. Anmerkung Rogall; Lesch, JR 2000, 334). Аналогичное применение § 252 УПК – соответственно также при § 136 УПК – является возможным, когда государство вместо непосредственного допроса лица **осознанно** выбрало «обход» посредством частных доверенных лиц или тайных агентов, а именно – когда свидетель еще не категорически воспользовался своим правом отказа от дачи показаний (abw. K /M-G, § 252 Rn 8; Arloth, S.131). Целенаправленное поручение третьему лицу на получение информации при обходе обязанности разъяснения § 52 III УПК должно влечь за собой то, что органы уголовного преследования должны рассматривать поведение третьего лица как свое собственное (so iE wohl auch BGH aaO; Hilger, Hanack-FS, S.215).

4. Прочие случаи подслушивания

481g До недавнего времени судебная практика многократно рассматривала ситуации, когда не было никаких тайных агентов или доверенных лиц, но использовалась помощь частных третьих лиц. Например, речь идет о подслушивании полицией разговора между третьим лицом и подозреваемым. Этот случай разрешается также при соответствующем применении положений 1-3 в данной части, где учитывается **аналогичное применение §§ 136, 136a, 52, 252 УПК**, когда государство **осознанно хотело бы отклониться** при помощи третьего лица от данных защищаемых норм.

Пример. Полицейский П. подозревает Д. в разбойном нападении на банк и обращается к его другу Ф. за помощью. Ф., уже подготовленный, звонит Д. и упоминает о разбойном нападении на банк. П. с согласия Ф. подслушивает их телефонный разговор, в котором Д. рассказывает все о своем преступлении.

Решение. Исключается запрет на использование доказательств в процессе вследствие нарушения положений о контроле за телекоммуникациями (§§ 100a ff УПК), поскольку Ф. согласился, чтобы П. подслушал его разговор с Д. (подробно см. Rn 254). Использованию показаний Д. (через допрос Ф. или П.) может противостоять то, что Д. не были разъяснены его права согласно §§ 163a IV 2, 136 УПК. Непосредственное применение данных положений терпит неудачу из-за того, что не было формального допроса. Если Д. по телефону рассказывает то, что не должно было стать достоянием гласности, то это в принципе его собственный риск. Он не защищен от того, что Ф. дальше передаст его

рассказ. Так же следовало бы рассматривать случай, если бы Ф. по собственной инициативе как третье лицо позволил бы подслушать свой разговор. Но, с другой стороны, органы уголовного преследования не могут **уклоняться** целенаправленно от обязанности разъяснения § 136 УПК так, чтобы включить в процесс «частных» людей, которых возможно допросить. При использовании Ф., когда тому было дано **специальное поручение**, существует данный недопустимый обход, так что согласно по аналогии § 136 УПК показание Д. является непригодным для использования.

В данном случае не требуется обращение к § 136а УПК, поскольку собеседник по телефону не вводит в заблуждение о том, что никто другой не подслушивает их разговор. Кто исходит из такого обмана и вместе с тем подтверждает т.н. «подслушивание» (см. Rn 138), тот может вывести запрет на использование доказательств в процессе из § 136а УПК по аналогии, так что в результате не изменяется недопустимость полученного таким образом доказательства. Но такое решение подвергается сильной критике. В литературе господствующая позиция признает запрет на использование полученного доказательства (ua BeRn smann, StV 1997, 116; Bosch, Jura 1998, 236; Dencker, StV 1994, 671; Derksen, JR 1997, 167; Fezer, NStZ 1996, 289; jung, JuS 1994, 618; Renzikowski, JZ 1997, 710; Roxin, NStZ 1997, 18; Weßlau, ZStW 110 (1998), 1; ebenso noch BGH NStZ 1996, 200). Однако Верховный суд ФРГ по уголовным делам (BGHSt GrS 42, 139, 149) в данном случае отрицает запрет на использование доказательств в процессе, поскольку речь идет о расследовании преступления, представляющего большое значение, и выяснение обстоятельств дела при применении иных следственных методов было бы значительно менее успешным или существенно затрудненным (iE ebenso Franke, JR 2000, 470; KMR-Lesch, § 136 Rn 30; Lesch, 3 / 113; Popp, NStZ 1998, 95; Rieß, NStZ 1996, 505; Seitz, NStZ 1995, 519).

X. Дальность действия запретов на использование доказательств в процессе (теория «плодов отравленного дерева»)

1. До настоящего времени очень спорным моментом является **дальность действия** **482**
запретов на использование доказательств в процессе, т.е. распространяется ли также запрет на использование (последующих) результатов расследования, полученных на основе непригодных доказательств (например, использование деловых бумаг, место нахождения которых обвиняемый выдал под пыткой).

До сих пор Верховный суд ФРГ признал только действие запрета на использование § 7 III закона об ограничении тайны переписки, почтовых сообщений и телефонных переговоров по отношению к ст.10 ОЗ, а сейчас § 6 II 3 в сравнении с § 7 VI закона об ограничении тайны переписки, почтовых сообщений и телефонных переговоров (BGHSt 29, 244, 247), при прочих нарушениях суд **отрицает** запрет на использование (BGHSt 27, 355, 358; 32, 68, 71; 34, 362, 364; OLG Köln NZV 2001, 137 m. Anm. Geppert, JK 01, StPO § 52 III /6). Это обосновывается тем, что нарушение процесса не смогло бы парализовать весь уголовный процесс, и едва ли возможно когда-либо установить, получила ли полиция следующее доказательство без предыдущего процессуального нарушения.

Однако сильная оппозиция, опираясь на американскую доктрину **«плодов отравленного дерева»**, считает непригодными для использования доказательства, косвенно полученные в результате нарушения процесса, поскольку иначе возможно было бы уклониться от смысла и предназначения запретов на использование доказательств в процессе (vgl nur Roxin, § 24 Rn 47; Otto, GA 1970, 289, 294).

Третья позиция предлагает решать данную проблему путем **взвешивания в каждом единичном случае** степени первоначального нарушения процесса и тяжести расследуемого деяния (vgl KK-Senge, Vor § 48 Rn 45ff; Hellmann, II § 5 Rn 58; Maiwald, JuS 1978, 379, 384; Rogall, JZ 1997, 944, 948).

Но более целесообразно сделать, в первую очередь, акцент на **сферу защиты нарушенной уголовно-процессуальной нормы** при всех существующих в УПК запретах, связанных с доказательствами. Поскольку далее нарушение процесса преимущественно усиливается с учетом полученного косвенного доказательства на основе «запрещенного», то следует, как правило, исходить из признания запрета на использование. Это касается, в частности, наиболее важной для практики сферы запрещенных методов ведения допроса в соответствии с § 136a УПК. Только в отношении запретов на использование доказательств, которые следуют из конституционного права, можно решать о дальности их действия только при помощи взвешивания разных интересов (Einzelheiten bei Beulke, ZStW 103 (1991), 657ff).

483 2. В этой связи также обсуждается вопрос: возможно ли узаконить противоправное использование доказательств посредством того, что органы уголовного преследования при законном образе действия получили бы такой же доказательственный результат. В первую очередь, эту проблему **гипотетического правомерного причинно-следственного развития** (при урегулированных в законе или следуемых из УПК запретах на использование в процессе) нужно решать, используя учение **о цели защиты** нарушенной уголовно-процессуальной нормы (vgl OLG Celle NStZ 1989, 385; OLG Zweibrücken NJW 1994, 810 m. Anm. Flöhr, Jura 1995, 131). Так, полученное в ходе проведения запрещенных методов допроса **прямое доказательство** (например, показание, данное под пыткой), используя гипотетические соображения (например: «Преступник сознался бы в совершении преступления так или иначе»), нельзя легализовать. Однако **косвенные доказательства** возможно привлечь в процесс, если органы уголовного преследования получили бы данное доказательство так или иначе, используя законные способы. При следуемых из Конституции ограничениях, связанных с доказательствами, аспект гипотетического правомерного причинно-следственного развития является составной частью общего взвешивания законных интересов (Einzelheiten bei Beulke, ZStW 103 (1991), 657ff).

Zur Vertiefung s. Eisenberg, Rn 403; SK-Rogall, § 136a Rn 100ff; SK-Schlüchter, Vor § 213 Rn 66; SK-Wolter, Vor § 151 Rn 202ff; Fahl, JuS 1996, 1013ff; Gössel, NStZ 1998, 126; Weiler, NStZ 1995, 98; Schröder, S., Beweisverwertungsverbote und die Hypothese rechtmäßiger Beweiserlangung im Strafprozeß, 1992; Kelnhofer, E., Hypothetische Ermittlungsverläufe im System der Beweisverbote, 1994.

Zur gesamten Problematik der Beweisverwertungsverbote s. neben den bisher Genannten auch noch Dencker, F., Verwertungsverbote im Strafprozeß, 1977; ders., Meyer-Goßner-FS, S.237; Dudel, B., Das WiderspruchserfordeRn is bei Beweisverwertungsverboten, 1999; Gössel, Hanack-FS, S.277; Nagel, M., Verwertung und Verwertungsverbote im Strafverfahren, 1998.

484 **Решение задачи 55.** Следственный судья должен был разъяснить Е. ее свидетельское право отказаться от дачи показаний (§ 52 III 1 УПК). При отсутствии разъяснения, в соответствии с господствующей позицией, следует **запрет на использование полученного таким образом доказательства**, поскольку свидетель (из чего необходимо исходить в данном случае) не знал о своем праве отказа от дачи показаний (BGHSt 14, 159, 160). Таким образом, нельзя ни огласить протокол ее допроса, ни допросить в качестве свидетеля следственного судью. Из-за отсутствия других доказательств А. должен быть оправдан. Подробно см. Rn 461.

Решение задачи 56. а) П. ссылается на предоставляемое ей право отказа от дачи показаний в смысле § 55 УПК. Если для осуждения А. необходимы ее показания, то осуществить это нужно, только если ее ранние показания, полученные в полиции, в соответствии с законом вводятся в судебное разбирательство. Использование ранних показаний возможно двумя путями: либо **огласить** протокол полицейского допроса, либо **допросить** в качестве свидетеля лицо, проводившее раньше допрос. **485**

Оглашение протокола полицейского допроса терпит неудачу уже из-за § 250 УПК. Исключение предусмотрено в § 251 II 2 УПК, который допускает замену личного допроса свидетеля оглашением протоколов его прежних показаний. Однако это исключение в данном случае не действует, поскольку оно не охватывает ситуацию с наличием **правовых** препятствий для проведения допроса (см. Rn 413).

Допустимости **использования допроса полицейского в качестве свидетеля** противостоит § 55 УПК. В данном случае не было разъяснено в соответствии с § 55 II УПК свидетельнице ее право отказа от дачи показаний. На основе т.н. «правовой теории кругов», согласно господствующей позиции, нарушение § 55 II УПК в процессе против обвиняемого не влечет за собой запрета на использование доказательств в процессе. В § 55 УПК речь идет только о защите свидетелей, а не обвиняемого. § 252 УПК не влечет также непригодность использования прежних показаний, поскольку он предусматривает отмену, имеющую обратную силу, прежних свидетельских показаний только в случае отказа от дачи свидетельских показаний в целях другого лица, а не в отношении самого себя. В данном случае полицейский может быть допрошен в качестве свидетеля, и таким образом, возможно использовать показания П. Подробно см. Rn 464, 466.

б) После предъявления П. обвинения ее прежние показания нельзя использовать в процессе **против нее**. Рассматривать последствия несделанного разъяснения свидетелю согласно § 55 II УПК надо таким же образом, как и при отсутствии разъяснения обвиняемому его права отказа от дачи показаний в соответствии с § 136 УПК. Подробно см. Rn 464.

в) В процессе против А. допустимо использовать показания П., несмотря на отсутствие разъяснения ей права об отказе от дачи показаний согласно § 136 УПК, поскольку нарушение обязанности разъяснения не затрагивает круг правовых интересов А. Подробно см. Rn 468.

Решение задачи 57. Допустимость вмешательства в частную сферу А. осуществляется на основании теории Конституционного суда ФРГ о трех сферах (BVerfGE 34, 238, 245ff). В данном случае нет вмешательства в неприкосновенную интимную частную жизнь, скорее речь идет о посягательстве на частную жизнь А., при котором необходимо взвешивать интерес по защите личной тайны с осуществлением уголовного преследования. Учитывая тяжесть совершенного А. преступления, следует признать возможность использования дневника в качестве доказательства. Подробно см. Rn 473. **486**

Решение задачи 58. Признание было получено в результате применения запрещенных методов ведения допроса (§ 136а УПК) и поэтому не может быть использовано. Судебная практика не признает дальности **действия запрета на использование доказательства в процессе**. Согласно представленному в книге решению запрет использования относится также и к косвенным доказательствам. Поэтому суд не может привлекать в качестве доказательств труп и отпечатки пальцев. Подробно см. Rn 482. **487**

§ 24. Вынесение приговора и действие приговора

Задача 59. В. должен по поручению А. продать героин. В уголовном процессе против В. А., ссылаясь на § 55 УПК, отказывается от дачи показаний. В процессе, где А. – подсудимый, он оспаривает каждое поручение, возложенное на В. Суд осуждает А. и в обосновании приговора излагает, что отказ А. дать показания в процессе против В. тем самым уличает А., так как если было бы правдой то, что А. не занимался торговлей героином, то он мог бы в качестве свидетеля дать показания в процессе против В. Обладает ли приговор законной силой?

I. Понятие приговора

488 Приговор – решение суда, обладающее определенными последствиями, принятое на основе судебного разбирательства с соблюдением особой формы и завершающее основную стадию уголовного процесса (Peters, § 52 I 1). Приговор обладает определенными процессуальными последствиями.

Решение суда о прекращении процесса по процессуальным основаниям объявляет недопустимым дальнейшее продолжение процесса (например, прекращение процесса в соответствии с § 260 III УПК при отсутствии процессуальных предпосылок или при наличии обстоятельства, препятствующего ведению процесса). **Решение суда по существу дела (приговор)** высказывается относительно материально предъявленного обвинения и либо подсудимого оправдывает, либо осуждает.

От приговора необходимо отличать:

- **постановления и определения** (процессуально-сопровождающие, например, решение об отводе судьи (ср. § 28 УПК) или решения, завершающие процесс, например, прекращение процесса согласно § 153 II УПК) и
- **распоряжения** (процессуально-сопровождающие единичные предписания председателя, например, лишение слова в соответствии с § 241 II УПК).

II. Принципы вынесения приговора

489 Суд, рассматривающий дело, выносит по нему приговор с соблюдением определенных принципов.

1. Вынесение приговора ограничивается предъявленным обвинением и решением суда об открытии судебного разбирательства

Предметом вынесения приговора является деяние, указанное в обвинении, как оно представляется по результатам рассмотрения дела (§ 264 I УПК). Под **обвинением** следует понимать допущенное до вынесения **решения суда об открытии судебного разбирательства** (§ 207 УПК, см. Rn 356ff) **обвинительное заключение** (ср. § 200 I 1 УПК). Деяние в смысле § 264 УПК – это общее поведение обвиняемого, если оно,

исходя из представлений большинства людей о жизни, образует с указанным происшествием посредством органов уголовного преследования (в обвинительном заключении, в решении суда об открытии судебного разбирательства) единое целое (BGHSt 35, 60, 62; подробно см. Rn 512ff). Суд не связан квалификацией деяния, которая дана в решении об открытии судебного разбирательства (§ 264 II УПК).

Если суд собирается **осудить** подсудимого на основании **другой нормы уголовного закона**, не фигурирующей в допущенном к судебному рассмотрению обвинении (в случае изменения уголовного преследования), т.е. оценивает обстоятельства дела в материально-правовом отношении иначе, нежели в решении об открытии судебного разбирательства, то подсудимому необходимо **указать** на изменение обвинения и предоставить возможность для защиты (§ 265 I УПК).

Если суд собирается осудить подсудимого за **другое процессуальное деяние**, не фигурирующее в допущенном к суду решении об открытии судебного разбирательства согласно § 207 УПК, то речь идет о **дополнительном обвинении** в соответствии с § 266 УПК (подробно см. Rn 384ff).

2. Принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда

а) Основные положения

490 Согласно § 261 УПК о результатах исследования доказательств суд решает по своему внутреннему свободному убеждению, сложившемуся на основании рассмотрения всех обстоятельств дела в их совокупности (**принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда**). Решающим является личное убеждение судьи в виновности подсудимого. Это зависит от того, сформировал ли судья не связанное с правилами доказывания убеждение об определенных обстоятельствах дела. Эта личная уверенность необходима и достаточна для осуждения. Поскольку познание человека оставляет в существенной мере имманентно закрытым абсолютно верное знание о ходе события преступления, то **только теоретическая возможность иной последовательности события преступления не** препятствует осуждению (BGHSt 10, 208, 211; BGH StV 1999, 5 (Fall Weimar)). Разумное сомнение судьи в том, что именно подсудимый совершил уголовно наказуемое деяние, исключает осуждение; «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» (BGH NJW 1999, 1562 (Pistazieneisfall) m. Anm. Fahl, JA 1999, 925; s. auch KMR-Stuckenberg, § 261 Rn 16; Erb, Rieß-FS, S.76; Freund, Meyer-Gossner-FS, S.409; Hanack, JuS 1977, 727ff; Jerouschek, GA 1992, 493, 504; Stein, in: Rudolphi-Sym, S. 233ff).

Принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» при вынесении приговора не действует в отношении отдельных элементов оценки доказательств, но приобретает значение только тогда, когда суд завершил оценку доказательств и полученный на ее основе результат оставляет еще у суда место для сомнений в виновности подсудимого (BGH NStZ 2000, 609).

б) Пределы оценки доказательств по свободному усмотрению суда

491 аа) Формальная граница оценки доказательств у судьи – **логика**, которой он обязан придерживаться. Аргументация судьи должна быть ясной, последовательной и свободной от противоречий.

492 бб) Судья должен настоятельно принимать во внимание **общепринятые и естественно-научные правила, сформированные на основе накопленного опыта**. Под данными правилами следует понимать выработанные практикой и жизненным опытом большинства людей правила, не допускающие исключений и содержащие

знания о действительности с вероятностью, граничащей с достоверностью (BGH StV 2000, 69). Если факт установлен на основе данных правил, то у судьи нет никакой возможности для формирования иного убеждения (BGHSt 10, 209, 211).

С другой стороны, судья не может быть связан с правилами, которые не общеприняты, например, родители не оставляют на Рождество 6-летнего ребенка с бабушкой и дедушкой (BGH StV 1993, 116).

вв) § 261 УПК требует, чтобы судья изучал все представленные в судебном разбирательстве доказательства всесторонне, полно (**требование всесторонности, полноты изучения доказательств**). Это действует, в особенности когда в деле фигурируют противоречивые показания (BGHSt 44, 256, 257).

493 гг) В виде исключения уголовно-процессуальное и уголовное право содержат **правила доказывания** (§§ 274 УПК, 190 УК, 51 I федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики).

494 дд) Доказательства, на которые действует **запрет использования**, не могут учитываться при вынесении приговора (K /M-G, Einl. Rn 55; dazu o. Rn 454ff).

495 ее) **Из осуществления обвиняемым своих прав** нельзя делать никакие неблагоприятные заключения, поскольку в противном случае это опосредованно принуждало бы обвиняемого не пользоваться своими правами.

Примеры (Einzelheiten s. Eisenberg, Rn 885ff; Schneider, Jura 1990, 572ff):

Полный отказ подсудимого заявлять возражения в судебном разбирательстве нельзя интерпретировать неблагоприятно для подсудимого (BGHSt 25, 365, 368; 34, 324, 326). Мимику и жестикуляцию также нельзя использовать в ущерб ему (BGH StV 1993, 458; vgl auch Rn 125).

Временное молчание подсудимого (например, на стадии дознания), который дает показание, смягчающее его вину, не может оцениваться отрицательно при оценке доказательств в судебном разбирательстве (BGHSt 20, 281, 282f).

Тем не менее иначе реагируют, когда подсудимый хотя принципиально возражает по делу, но не предъявляет сведений об отдельных обстоятельствах совершения преступления или участия в нем, либо не отвечает, или неполно отвечает на поставленные перед ним конкретные вопросы. В результате своего принципиального возражения подсудимый добровольно предъявляет доказательства и подвергает себя вместе с тем свободной оценке суда. Из т.н. «**частичного молчания**» судья может сделать неблагоприятные для подсудимого выводы (BGHSt 20, 298, 300; aA SK-Rogall, Vor § 133 Rn 205; Park, StV 2001, 591f; ausf. Miebach, NStZ 2000, 234). То же самое действует, когда обвиняемый на стадии дознания полностью сознается в совершении преступления и дает обширные по данному поводу показания, но позже в судебном разбирательстве опровергает их (BGH NStZ 1998, 209).

Если подсудимый возражает только против одного из **нескольких предъявленных ему преступлений**, а по остальным молчит, то Верховный суд ФРГ не признает в данном случае частичного молчания, так что из этого нельзя делать какие-либо выводы (vgl BGH JR 2001, 79 m. Anm. Aselmann; BGHSt 32, 140, 145; dazu Kühl, JuS 1986, 115, 119; abl. Rüping, Rn 102). В случае заявления позднего ходатайства о предъявлении доказательств, оправдывающих подсудимого, основанного на фактах, известных подсудимому с самого начала, нельзя из этого выводить доказательство его вины (BGH NStZ 2002, 161). По мнению Верховного суда ФРГ, возражения или опровержения осознанно не соответствующего реальной действительности показания обвиняемого обладают ограниченной доказательственной силой

его виновности в совершении преступления, поскольку даже невиновный может прибегнуть ко лжи перед судом (BGH StV 2001, 439).

жж) Оценка надежности свидетеля и достоверности его показания является также «подлинным заданием» суда, рассматривающего дело. При этом суд относительно надежности личности обязан выяснить, как и в чьих интересах воспринимал свидетель происходящее, искажено ли уже его восприятие обстоятельств дела или изменено ли позже воспоминание об этом. Достоверность показания определяется по критериям реальности, как, например, конкретность и наглядность описания обстоятельств дела, детализированность показания, внутренняя согласованность и последовательность сведений, а также изображения комплексных процессов. Значимы также обстоятельства возникновения показания и его развития (BGH StV 2001, 551 (Aussage gegen Aussage); zu den Bewertungsmerkmalen vgl statt aller Eisenberg, Persönliche Beweismittel, Rn 926ff; Jahn, Jura 2001, 450; Sander, StV 2000, 45). **496**

Если **свидетель** молчит, то для вопроса оценки доказательств необходимо различать, может ли он воспользоваться своим правом отказа от дачи показаний или нет.

Если свидетель молчит **неправомерно**, то это обстоятельство суд может использовать при оценке доказательств, даже с «требуемой осторожностью» (BGH NJW 1966, 211).

Если свидетель отказывается от дачи показаний на основе **своего права, предусмотренного §§ 52-53а УПК**, то это обстоятельство не подлежит судебной оценке. Правомерное молчание свидетеля нельзя рассматривать в ущерб подсудимому (BGHSt 22, 113; 34, 324, 327; BGH StV 2002, 4).

Поведение свидетеля, отказавшегося от дачи показаний согласно § 55 УПК, возможно использовать (BGH StV 1984, 233; aA KMR-Paulus, § 55 Rn 26; Rüping, Rn 179); в **процессе против свидетеля** и позднего подсудимого нельзя из поведения свидетеля (ссылка на § 55 УПК) сделать неблагоприятные выводы (BGHSt 38, 302, 303 m. Anm. Dahs/Langkeit, NStZ 1993, 213; Rogall, JR 1993, 380).

Если свидетель только **частично** дает показания, то действуют такие же положения, как и в отношении частичного молчания подсудимого, и возможна, таким образом, оценка доказательств (BGHSt 32, 140, 142; aA Kühl, JuS 1986, 115, 121; Rogall, aaO; schöner Beispielsfall zum Teilschweigen bei Schroeder/Meindl, Fall 4, S. 36).

3. Компетенция по предварительному разрешению гражданско-правовых вопросов

Согласно § 262 УПК разрешение гражданско-правового отношения, от которого зависит наказуемость деяния в уголовном процессе, – это, в принципе, компетенция судьи по уголовным делам (zu Ausnahmen s. K/M-G, § 262 Rn 3f). В отношении процесса и доказательств действуют, однако, положения УПК, в частности, принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда (§ 261 УПК. § 262 УПК) применим также при предварительном разрешении вопросов из иных областей права, в частности, публичного права. **497**

III. Совещание и голосование

498 Совещание и голосование судей непосредственно предшествуют вынесению приговора (§ 260 I УПК). Законные положения о совещании суда закреплены в § 260 I УПК, §§ 192 и на следующих страницах закона о судоустройстве, а также в §§ 43, 45 закона о судьях.

Если закон не определяет иного, суд принимает решение **абсолютным большинством** голосов (§ 196 I закона о судоустройстве), например, при голосовании за ходатайство о представлении доказательств. Самое важное исключение из этого – принятие решения **по вопросу вины** (в частности, участие подсудимого в совершении преступления) и о **правовых последствиях** деяния (в частности, размер наказания в виде лишения свободы), для которых необходимо **две трети** большинства голосов, § 263 I УПК (vert. KMR-Stuckenberg, § 263 Rn 5).

IV. Оглашение приговора

499 В соответствии с § 268 УПК приговор провозглашается именем народа в конце слушания дела председателем (§ 238 I УПК). При этом оглашается резолютивная часть приговора путем прочтения, а также объясняются основные моменты мотивировочной части приговора. После оглашения приговора подсудимому необходимо разъяснить его право на обжалование (§ 35a УПК).

V. Содержание приговора

500 Поскольку устное сообщение мотивировочной части приговора в связи с оглашением резолютивной его части является неполным, особое значение приобретает протокол как документ. Его содержание урегулировано в законе в различных местах (подробно см. Huber, M., Das Strafurteil, 1993; Schäfer, Rn 1381ff; KMR-Sluckenberg, § 260 Rn 84).

1. Вводная часть приговора

В вводной части приговора обозначен данный документ как приговор. Он провозглашается от имени народа (§ 268 I УПК). Затем следует фамилия и личные данные подсудимого (ср. № 141, 110 II директив к уголовному судопроизводству и порядку наложения денежного штрафа). Согласно § 275 III УПК необходимо также указать дату судебного заседания и фамилии лиц, принимавших участие в судебном заседании.

2. Резолютивная часть приговора

Резолютивная часть приговора – это самая важная часть приговора, она содержит в краткой форме мнение суда о виновности или невиновности подсудимого, а также правовые последствия. Резолютивная часть закрепляется в документе в таком объеме, в каком ее огласили путем прочтения на основании § 268 II УПК (ср. § 260 II-IV УПК). Законные правила определения размера наказания не относятся к правовому определению деяния в смысле

§ 260 IV 1 УПК; их нельзя включить в резолютивную часть приговора (однако Верховный суд ФРГ делает исключение при изнасиловании в соответствии с § 177 II 2 № 1 УК; BGH NJW 1998, 2987).

3. Мотивировочная часть приговора

Мотивировочная часть приговора закрепляет: доказано ли определенное уголовно наказуемое деяние, указанное в решении суда об открытии судебного разбирательства, и образует ли оно состав преступления. Ее необходимое содержание следует из § 267 УПК.

4. Подпись

Приговор должен быть скреплен **подписями** профессиональных судей, принимавших участие в его постановлении; не требуется подписи приговора шеффенами (§ 275 II 1, 3 УПК).

Образцы приговоров: Huber, S.13ff; Kühne, Rn 609; Rahn, Muster 57ff; Weiland, S.159; s. auch Mansdörfer /Timmerbeil, JuS 2001, 1102,

VI. Законная сила приговора

1. Формальное и материальное вступление в силу закона

Законная сила приговора означает **окончательность и значимость принятого решения**. Процессуально установленный результат после вступления приговора в законную силу в принципе более не подлежит изменению и обладает обязательным действием. **501**

а) **Формальное вступление в законную силу** возникает, когда **приговор** в том же самом процессе более нельзя обжаловать, т.е. если: **502**

- **срок обжалования истек** без того, чтобы эффективно обжаловать данное решение суда; ср., в частности, §§ 314, 319 StPO УПК для апелляции и §§ 341, 346 УПК для кассации;
- **действительно отказались** от обжалования все лица, правомочные это осуществить, **действительно отозвана** поданная жалоба (ср. § 302 УПК);
- **решил кассационный суд** (§ 354 I УПК).

Формальное вступление приговора в законную силу обладает двумя последствиями:

- приговор может **приводиться в исполнение** (§ 449 УПК);
- наступает **материальное** вступление приговора в законную силу (запретительное воздействие).

б) **Материальное вступление приговора в законную силу** предполагает формальное вступление. Оно относится к **содержанию решения** и свидетельствует, что деяние в процессуальном смысле (§ 264 УПК), которое уже было предметом процесса, завершившегося вынесением приговора, не может еще раз выступать предметом уголовного процесса и соответственно приговора по делу, т.н. **запретительное воздействие**. Принцип **невозможности повторного осуждения за одно и то же преступление** – конституционный принцип (ст.103 III ОЗ). Решение, всту- **503**

пившее в законную силу, является **обстоятельством, препятствующим ведению в будущем процесса** (BVerfGE 3, 248, 251; BGHSt 5 323, 328; s.o. Rn 280). Это относится как к обвинительному, так и к оправдательному приговору. В соответствии с господствующим мнением, решение о прекращении процесса как один из видов приговоров (§ 260 III УПК) влечет расходы по осуществлению уголовного преследования, если оно предполагает наличие **неустранимого** обстоятельства, препятствующего ведению процесса, например, давность (Roxin, PdW Fall № 490; abw. K /M-G, Einl. Rn 172; offengelassen von BGHSt 32, 209, 210).

Законная сила распространяется только на **резолютивную**, но не на мотивировочную часть приговора.

Пример. А. был оправдан вступившим в законную силу приговором в 1895 г. по обвинению в браконьерстве (§ 292 I УК). В 1898 г. он снова предстал перед судом по обвинению в другом браконьерстве. Второй суд признал в деяниях А. состав профессионального браконьерства (§ 292 III УК (сегодня § 291 II 2 № 1 УК)) и вывел этот признак состава из того, что А. уже совершил подобное деяние в 1895 г. Это было допустимым, поскольку законная сила распространяется только на резолютивную часть, и возможно рассматривать основания, приведенные в мотивировочной части прежнего приговора (RGSt 33, 303, 304; abw. Zaczyk, GA 1988, 371).

504 в) Очень спорной является **природа законной силы**:

ранее представленная теория **материально-правовой** законной силы исходила из того, что приговор, вступивший в законную силу, создавал новое материальное право. В отношении невиновно осужденного существовало скорее материальное требование наказания (vgl Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht, 1898, S. 680);

частично утверждается, что не существует никакой материальной наказуемости, однако невиновно осужденный приобретал положение виновно осужденного (разработанная вместе с Goldschmidt (Der Prozeß als Rechtslage, 1925, S. 211ff) **организационная теория**);

в соответствии с абсолютно господствующей сегодня позицией приговор обладает чисто процессуальными последствиями, т.н. **теория процессуально правовой законной силы** (vgl Ranft, Rn 1875; Roxin, § 50 Rn 9). Приведение в исполнение несправедливого приговора хотя и является противоправным, но невиновно осужденный не наделен никакими правами необходимой обороны.

505 г) Возможна также **частичная законная сила**, когда приговор допустимым образом частично обжалуется или когда приговор обжалует только один из нескольких подсудимых (см. Rn 542f).

2. Отмена законной силы

506 Отмена законной силы приговора возможна, в частности, при:

- возобновлении производства, §§ 359ff УПК (dazu Rn 585ff);
- восстановлении пропущенного срока, §§ 44ff УПК (dazu Rn 305ff);
- отмене приговора кассационным судом в пользу других подсудимых, § 357 УПК (dazu Rn 575);
- отмене приговора Конституционным судом ФРГ в случае удовлетворения этим судом конституционной жалобы (§ 95 II закона о федеральном Конституционном суде).

3. Недействительные приговоры – неприговоры

507 Приговоры вступают в законную силу, даже когда они по содержанию неправильные или присутствуют процессуальные ошибки, а также когда вместе с тем нарушают право Европейского союза (Satzger, S. 670ff). Осужденные должны защищаться против таких приговоров при помощи различных средств обжалования. Это действует также и при грубых нарушениях процесса. Однако судебная практика и господствующая позиция в литературе из соображений конституционного государства допускают в крайних случаях исключения.

Недействительными являются, в частности:

- приговоры, в которых содержится санкция, законом непредусмотренная (например, порка),
- приговоры в отношении лиц, не достигших возраста уголовной ответственности (например, в отношении 12-летнего ребенка),
- приговоры в отношении лица, которое вместо подсудимого появилось в судебном разбирательстве (str., vgl Roxin, § 50 Rn 29f),
- приговоры, нарушающие принцип невозможности повторного осуждения за одно и то же преступление, если только они фигурируют в новом самостоятельном процессе (BGH NStZ 1984, 279; str., vgl Fahl, JuS 1996),
- приговоры в отношении уже умершего человека (OLG Schleswig NJW 1978, 1016).

В качестве **неприговоров** следует квалифицировать решения суда, которые даже по внешнему виду нельзя принять за приговоры, например, если приговор выносит секретарь судебного заседания, или если речь идет только о проекте приговора.

4. Исправление приговора

508 В отношении **очевидных** для всех участников процесса **письменных опечаток, а также неправильных формулировок** существует возможность последующего исправления (BGHSt 5, 5, 7; BGH NStZ 2000, 386).

5. Дополнительная жалоба

509 Для особых случаев нового развития после окончания разбирательства дела по существу фактических обстоятельств (например: потерпевший умирает только после вступления в законную силу приговора за причинение умышленного вреда здоровью) признается в единичных случаях возможность подачи **дополнительной жалобы** (Roxin, § 50 Rn 17; abl. ua BVerfGE 65, 377, 381; Achenbach, ZStW 87 (1975), 95).

VII. Федеральный закон об учреждении центрального реестра судебной статистики

510 Федеральный центральный реестр судебной статистики – осуществляемая генеральным федеральным прокурором картотека (§ 1 федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики; abgedr. im Schönfelder Nr 92).

В реестр вносятся вступившие в законную силу решения немецких судов о совершении противоправных деяний, за которые назначено наказание, или предписано проведение мер исправле-

ния и безопасности, или вынесено предупреждение с оговоркой о применении уголовного наказания, или на основании § 27 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних установлена вина несовершеннолетнего или лица возрасте от 18 лет до 21 года (ср. § 4 федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики). В отношении других фактов, которые должны быть также занесены в реестр, см. §§ 5-19 данного закона.

В соответствии с § 20 рассматриваемого закона суды и органы власти обязаны сообщать органу, ведущему реестр, подлежащие внесению в данный список решения и прочие факты. Регистрация осужденных лиц по истечении определенного времени уничтожается (§ 4 и § 45 данного закона). При этом размер **срока для уничтожения информации об осужденных** определяется, в первую очередь, по размеру наказания (§ 46 цитируемого выше закона).

Если запись об осуждении уже уничтожена или ее необходимо уничтожить, то нельзя упрекать задействованное лицо в совершении преступления и осуждения и нельзя использовать данную информацию в ущерб заинтересованному лицу (§ 51 данного закона, исключения закреплены в § 52 этого же закона).

Справку о содержании по данным темам из реестра получает каждое лицо, достигшее 14-летнего возраста, по требованию (§ 30 цитируемого выше закона), т.н. свидетельство о благонадежности. Исходя из этого, согласно § 31 федерального закона об учреждении центрального реестра судебной статистики органы власти могут требовать **свидетельства о благонадежности** для выполнения их служебных задач. В соответствии с § 32 II данного закона в свидетельство о благонадежности не заносятся определенные записи (например, осудили к штрафу в размере не более 90 дневных ставок, если в реестре не внесено другое наказание). В судах, прокуратурах и определенных органах власти может объявляться регистрация при наличии оснований § 41 рассматриваемого закона, однако она не заносится в свидетельство о благонадежности (неограниченная справка).

511 **Решение задачи 59.** Принцип, что никто не обязан давать против себя самого показания в уголовном процессе (nemo tenetur se ipsum accusare, vgl Rn 125), требует, чтобы в этом отношении существовало право на отказ от дачи показаний (§ 136 УПК). Он имеет ранг конституционного принципа. Если обвиняемый воспользовался своим правом на отказ от дачи показаний, то это нельзя рассматривать в ущерб ему. В данном отношении ограничивается принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению суда (§ 261 УПК). Сначала это касается ссылки на право отказа от дачи показаний в текущем процессе, а также действует право отказа от дачи показаний, влекущих самообвинение свидетеля согласно § 55 УПК, если обвиняемый в другом процессе допрашивается в качестве свидетеля. Нельзя вменить в вину А. его отказ от дачи показаний в процессе против В. В данном случае мотивировочная часть приговора является недопустимой. Подробно см. Rn 495f.

§ 25. Понятие деяния в процессуальном смысле

Задача 60. А. предъявлено обвинение в совершении уголовно наказуемого проступка в соответствии с § 315c УК, поскольку он в состоянии алкогольного опьянения (свыше 1,5 промилле) находился за рулем автомобиля и причинил при обгоне вред здоровью мотоциклисту М. В судебном разбирательстве выясняется, что М. при обгоне и столкновении получил перелом руки, А. заметил падение М., но не остановился и поехал дальше. При наличии каких оснований можно осудить А. за причинение вреда здоровью по неосторожности (§ 229 УК) и за оставление места происшествия (§ 142 УК)?

Задача 61. А. задержали в 1998 г. при использовании огнестрельного оружия и осудили за незаконное владение и использование оружия на основании § 53 закона о продаже, ношении и хранении оружия, приговорив к выплате штрафа. После вступления приговора в законную силу выясняется, что А., использовав данное оружие, совершил в 1998 г. разбойное нападение. Можно ли осуществлять уголовное преследование за совершение разбойного нападения?

Задача 62. А. подозревается в участии в разбойном нападении. Через 9 дней после преступления у него находят деньги, полученные в результате данного нападения. Однако участие А. в разбое невозможно доказать и он обвиняется только в укрывательстве имущества (денег), добытого преступным путем, и осуждается. После вступления приговора в законную силу обнаруживаются доказательства его участия в разбое. Прокуратура предъявляет обвинение в совершении разбоя (§ 249 УК). Как в данном случае суд будет решать дело?

I. Значение понятия «деяние» в уголовно-процессуальном праве

Понятие деяния в процессуальном смысле определяет предмет процесса. Оно опи- **512**
сывает, в чем обвиняется лицо и в каком объеме органы уголовного преследования могут принять меры против него.

Прежде всего, значение понятия «деяние» состоит в следующем:

– ограничивает **предмет разбирательства**. В соответствии с принципом обвинения суд может действовать только в пределах **указанного в обвинении деяния** (§§ 151, 155 I УПК), например, решение об открытии судебного разбирательства может относиться только к поступку, который вменен обвиняемому в обвинительном заключении;

– проводит разграничение § 266 и § 265 УПК. **Предметом вынесения приговора** является только деяние, указанное в решении суда об открытии судебного разбирательства (§ 207; § 264 I УПК). Если во время судебного разбирательства обнаруживается, что целесообразно приобщить к этому производству также **другое уголовно наказуемое деяние**, то для этого необходимо **дополнительное обвинение** (§ 266 УПК). Однако достаточно **указания** на § 265 I, II УПК, если в течение устного разбирательства дела изменены правовые или фактические (s. K /M-G, § 265 Rn 23) позиции суда по отношению к заключению в обвинении и, соответственно, в решении об открытии судебного разбирательства до тех пор, пока эта измененная позиция суда может реализовываться в пределах **вменяемого лицу деяния**;

– в объеме **законной силы** приговора. В соответствии с принципом невозможности повторного осуждения за одно и то же преступление (ст.103 III ОЗ) объем законной силы приговора также устанавливается исходя из понятия деяния. Если уголовный процесс по преступлению завершился вынесением приговора, вступившего в законную силу, то повторному процессу противостоит обстоятельство, препятствующее ведению процесса.

II. Определение понятия

Деяние в процессуальном смысле – это общее поведение обвиняемого, если **оно,** **513**
исходя из представлений большинства людей о жизни, образует с указанным происшествием посредством органов уголовного преследования (в обвинительном заключении, в решении суда об открытии судебного разбирательства и в приговоре) **единое целое** (BGHSt 35, 60, 62; 45, 211, 212; BayObLG NStZ 2002, 155; ebenso BVerfGE 56, 22, 28; vgl auch Neuefeind, 2000, 791).

Неоднократно определяется оно также следующим образом: «между отдельными поступками правонарушителя должна существовать такая внутренняя связь, чтобы **осуждение отдельных поступков** в разных судах первой инстанции воспринималось бы как **искусственное разделение** единого процесса в реальной жизни» (BGHSt 41, 385, 388; BGH NStZ 2002, 105).

Важно, что в соответствии со всеми этими определениями под происшествием необходимо понимать не только отдельную зафиксированную органами уголовного преследования деятельность обвиняемого, но также его общее поведение, если оно связано с той деятельностью и рассматривается посвященным в курс дело обывателем как единое целое (vgl RGSt 56, 324, 325; BGH NStZ 1995, 46; LR-Gollwitzer, § 264 Rn 3).

Решающими критериями для определения единого исторического процесса являются:

- **место совершения преступления**,
- **время совершения преступления**,
- **объект преступного деяния**,
- **направленность преступления** (масштаб учета очень спорный).

Понятие деяния не идентично с определением **уголовно наказуемого деяния в материальном смысле**, который используется в пределах §§ 52, 53 УК при совершении нескольких составов преступления для разграничения, с одной стороны, идеальной совокупности и, соответственно, единства закона, с реальной совокупностью, с другой стороны. Понятие деяния в процессуальном смысле можно обозначить как более широкое понятие (ausf. Beulke, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 781ff).

Разнообразная соответствующая судебная практика указывает на то, что определяемое деяние в процессуальном смысле многозначно. Со своей стороны Верховный суд ФРГ открыто признает, что нет такого определения деяния в процессуальном смысле, которое позволяло бы без сомнения применять его в каждом конкретном случае (BGH StV 1985, 181), и чтобы в каждой конкретной ситуации не надо было бы перепроверять его с учетом соображений справедливости (BGHSt 43, 252, 255). В рамках правового образования проблему можно решать только на самых важных типичных примерах (umfassend KMR-Stuckenberg, § 264 Rn 14).

III. Отдельные примеры

1. Деяние в смысле § 264 УПК при идеальной совокупности преступлений

514 Если необходимо строго различать материально-правовые понятия идеальной и, соответственно, реальной совокупности преступлений (§§ 52, 53 УК) и, с другой стороны, деяние в процессуальном смысле, то существует, однако, совпадение в том отношении, что наличие деяния в материально-правовом смысле (**идеальная совокупность**) приводит также к **одному деянию в смысле § 264 УПК** (BVerfGE 45, 434, 435; BGHSt 26, 284, 285).

Пример. А. бросает в голову политика П. цветную сумку, содержимое которой попадает в глаза П. и тем самым вызывает жжение в глазах. П. подает исчерпывающую жалобу на все совершенные в отношении его преступления. В обвинении и в решении об открытии судебного разбирательства А. вменяется только причинение вреда здоровью (§ 223 УК). При всем том суд может осудить его – при получении соответствующего законного указания – за причинение вреда здоровью и за оскорбление по идеальной совокупности (§§ 223, 185, 52 УК), поскольку речь в данном случае идет об одном деянии в процессуальном смысле.

2. Несколько самостоятельных деяний в смысле § 264 УПК при реальной совокупности преступлений

Наличие **реальной совокупности преступлений** является **признаком** того, что речь идет также о нескольких деяниях в смысле § 264 УПК (BGHSt 43, 96, 99; BGHSt 44, 91, 94 m. Anm. Beulke, NStZ 1999, 26). 515

Пример. А. совершает разбой (§ 249 УК), и ему предъявлено обвинение в совершении данного преступления. В судебном разбирательстве выясняется, что он тремя днями позже после совершения разбоя находился за рулем в состоянии алкогольного опьянения (§ 316 УК). Два преступления представляют собой реальную совокупность (§ 53 УК), и речь идет о совершении двух самостоятельных деяний в процессуальном смысле. Включение второго преступления в текущий процесс было бы возможно только путем предъявления дополнительного обвинения согласно § 266 УПК. Основанием этого при определенных условиях выступает согласие А. на включение в процесс дополнительного обвинения.

3. Деяние в смысле § 264 УПК вопреки реальной совокупности преступлений

Из правила, что материально-правовую совокупность преступлений необходимо приравнивать к нескольким самостоятельным деяниям в смысле § 264 УПК, существуют важные исключения (vgl Beulke, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 784ff). Прежде всего, это **управление транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения, завершающееся совершением ДТП, с последующим бегством водителя с места происшествия**. В данном случае существует материально-правовая совокупность § 315c УК к § 142 УК (BGHSt 21, 203). Однако судебная практика признает между данными параграфами УК **тождество деяний** в смысле § 264 УПК (BGHSt 23, 141, 147). Это, например, влечет за собой то, что при наличии единственного обвинения в совершении преступления, предусмотренного § 315c УК, после законного указания на изменение обвинения в соответствии с § 265 I УПК возможно в судебном разбирательстве осудить также и за оставление водителем места происшествия согласно § 142 УК. 516

Верховный суд ФРГ – BGH NStZ 1996, 243. После обгона на обочине автострады возникает спор. Во время 1-2-минутной разборки на манер «дикого запада» К. убит, а У. причинен вред здоровью. Впоследствие А. предъявлено обвинение в убийстве К., а Б. – в причинении вреда здоровью У. Во время судебного разбирательства суд приходит к мнению, что А. причинил вред здоровью У. Возможно ли в этом отношении осудить А.?

Решение. Поскольку совершено несколько деяний в материально-правовом смысле, то следует исходить из реальной совокупности (§ 53 УК; vgl Wessels /Beulke AT, Rn 766), но речь идет в соответствии с представлениями о жизни большинства о событии (о «драке») в смысле § 264 УПК. Суд может осудить А. после законного указания на основании § 265 УПК (см. Rn 384f) также и за причинение вреда здоровью У.

Нужно рассматривать в качестве одного «деяния» ситуацию, когда, например, обвиняемый уничтожает вещь с целью получить повышенную страховку (§§ 263 I, III № 5 УК) или осуществляет поджог (§§ 306ff УК). В этом случае, согласно господствующему мнению, самостоятельные деяния в материально-правовом отношении (спорно) так внутренне связаны между собой, что противоправное содержание и содержание вины одного действия нельзя правильно оценить без обстоятельств, которые приводят к другому действию (BGHSt 45, 211, 213 m. Anm. Kudlich, 2000, 361). Даже если предъявлено только обвинение в мошенничестве, то после сделанного указания согласно § 265 УПК возможно осудить дополнительно и за поджог (BGH wistra 2002, 154).

4. Одно деяние вопреки полной недооценке незначительности содержания

517 Это принадлежит к классическим проблемам уголовно-процессуального права: существует ли также еще одно деяние в процессуальном смысле, если суду остались неизвестны определенные факты и поэтому он **недооценил значительность события?** Например, если правонарушитель был осужден по ранее действовавшему праву за стрельбу в населенном месте (§ 367 I № 8 прежней редакции УК), и только впоследствии выяснилось, что он совершил убийство.

а) Устоявшаяся **ранее судебная практика** в данных случаях всегда признавала одно деяние в процессуальном смысле и вместе с тем правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании, поскольку речь шла об «едином происшествии, событии», и юридическая квалификация конкретного состава преступления не должна быть значимой для определения деяния в процессуальном смысле (RGSt 70, 26, 30f; ebenso jetzt LG Freiburg StV 1991, 16). Эта ситуация приводилась как показательный пример для иногда резких воздействий правила, запрещающего привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании, которое необходимо было использовать в интересах общественного порядка.

518 б) **Более поздняя судебная практика** действует в противоположном направлении и допускает вновь осуждение. Сначала отклонили правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании, когда правонарушитель должен быть осужден по § 129 УК (создание криминальных сообществ), затем прибавили за совершение в этой группе каждого тяжкого преступления (BGHSt 29, 288, 289). В дальнейшем исключение из отождествления идеальной совокупности с единым деянием в смысле § 264 УПК распространили также на ситуации, в которых речь идет по существу о недооценке масштаба неправомерности. Например, когда первое осуждение было за недозволенное хранение оружия, однако преступник совершил тяжкое преступление, т.н. **процессуально-правовое решение** (OLG Hamm JR 1986, 203; krit. ua Mitsch, MDR 1988, 1005; Werle, NJW 1980, 2671; Puppe, JR 1986, 205). Позже Верховный суд ФРГ получил тот же самый результат после признания реальной совокупности между длящимся преступлением и единичным преступлением с простым составом, чтобы затем относительно без проблем получить два деяния в процессуальном смысле, так называемое **материально-правовое решение** (BGHSt 36, 151, 153 mit iE zust. Anm. Mitsch, JR 1990, 161; BGH StV 1999, 643).

519 в) Представляется **необходимым согласиться** с позицией процессуально-правового решения, поскольку деяние в смысле § 264 УПК формируется также на основе нормативных критериев. Исторический процесс можно охватить правильно только тогда, когда при рассмотрении учитывают **направленность преступления**. Особенно ясно это становится в случае хранения оружия. Несмотря на временную параллельность, дилетант рассматривает владение оружием как иное явление в истории, нежели, например, его использование с целью убийства тещи. Было бы также малоубедительным, если преступник мог бы получить свободу от наказания за все преступления в результате осуждения за незаконное хранение оружия, с помощью которого он совершил иные преступления. В конце концов, учет направленности преступления не может влечь за собой то, что каждый новый факт, обусловливающий изменение правовой оценки, приводит к признанию нового деяния в смысле § 264 УПК (например, обман в смысле § 263 УК вместо изъятия в смысле § 242 УК). Однако нужно выделять из этого случаи, в которых установленная новая направленность преступления в отношении ранее предполагаемого обнаруживает **полностью другой правовой признак**. Это влечет за собой, прежде всего, то, что наказание за относительно незначительное длящееся преступление исключает наказание за последующие преступные этапы данного преступления (OLG Stuttgart, NZV 1997, 243), но не новое преследование за совершенное при идеальной совокупности тяжкое **единичное преступление с простым составом** (Erb, GA 1994, 265; ders., JR 1995, 169; Schlehofer, GA 1997, 114 – problematisch BGH NStZ 1996, 41 m. krit. Bespr. Müller-Christmann, JuS 1996, 726; Einzelheiten bei Beulke, 50 Jahre BGH-Wiss-FS, S. 796ff; schöner Beispielsfall bei Hellmann, Fallsammlung, S.123).

5. Альтернатива хода развития действия

В «**альтернативных ситуациях**», в которых преступник мог совершить либо одно, либо другое уголовно наказуемое деяние (например, либо кражу, либо укрывательство имущества, добытого преступным путем), речь идет также о вопросе: в какой мере необходимо приобщить к определению деяния в процессуальном смысле (субъективную) направленность преступления. 520

Более ранняя судебная практика разрешала подобные ситуации с чисто **фактическим подходом** без учета на вменяемые в вину деяния и их внутренней стороны. Единственно решающим выступает момент: была ли такая тесная связь обстоятельств дела, что их рассмотрение в различных уголовных процессах является искусственным разделением общего хода развития событий. Прежде всего, тождество деяний подтверждается, когда обвиняемый вместо вменяемого ему в вину одного совершал другое имущественное преступление, которое было нацелено на **тот же самый объект преступного деяния**. Затем любое отклонение от вменяемого деяния в обвинительном заключении считалось «несущественным», например, при изменении кражи определенного имущества на укрывательство того же самого имущества, добытого преступным путем (RGSt 8, 135, 139ff; BGH (D) MDR 1954, 17).

В новой судебной практике и в литературе дополнительно сделан акцент на **нормативных** критериях, среди которых особое значение придано «**целевой направленности действия**» (BGHSt 35, 60, 64 – zum Diskussionsstand s. nur Otto, JR 1988, 27; Wolter, NStZ 1988, 456ff; Roxin, JZ 1988, 260). 521

Ранее прежний единственный расчет на объект преступления приводил к последствию, что при определенных обстоятельствах далеко находящиеся друг от друга события (приобретение добычи, с одной стороны, и использование – с другой) произвольно объединялись бы в одно целое. Это не согласуется более с понятием деяния как единого исторического процесса. В противоположность этому наряду с тождеством **объекта преступного деяния** нужно также в альтернативных ситуациях учитывать критерии тесной **временной и пространственной** связи и **равноценной направленности деяния**. В данном случае необходимо отказаться от равноценной «целевой направленности действия», когда деяние обнаруживает **полностью иной правовой признак**. Если уже существует решение, вступившее в законную силу, и предполагается скорее другая «альтернатива поведения» на основе новых фактов нежели новое деяние в смысле § 264 УПК, то при новом осуждении необходимо учитывать уже назначенное ранее наказание как смягчающее вину (в смысле зачета) (BGHSt 35, 60, 66; näher dazu Meyer-Goßner, Salger-FS, S.345).

Верховный суд ФРГ по уголовным делам – BGHSt 32, 215: В соответствии с обвинением К. убил при отягчающих обстоятельствах У., а А. помогал ему уничтожить труп. Поэтому А. было предъявлено обвинение согласно § 258 УК. Суд присяжных пришел к выводу, что А. сам совершил квалифицированное убийство, осудили его согласно § 211 УК. Однако Верховный суд ФРГ с полным основанием не считает это решение правильным. В данном случае предусмотрены различные деяния в процессуальном смысле, поскольку целевая направленность помочь скрыть следы преступления совсем иная, нежели направленность на совершение убийства. А. также не мог быть осужден согласно § 211 УК, поскольку отсутствовало обвинение в совершении данного преступления (iE zust. Roxin, JR 1984, 346).

Верховный суд ФРГ по уголовным делам – BGHSt 35, 80: А. было предъявлено обвинение в краже драгоценностей (§ 242 УК). Суд земли осудил его за укрывательство (§ 257 УК), поскольку А. сохранил драгоценности. Верховный суд ФРГ с полным основанием отменил

данный приговор. В этом случае различается направленность преступлений, поскольку § 242 УК – это корыстное преступление, а § 257 – УК не корыстное (ebenso OLG Frankfurt GA 1988, 374, 376; Rüping, Rn 565; abl. Roxin, JZ 1988, 260 261; einschr. Auch OLG Köln NJW 1990, 587). Аналогично решается вопрос и при альтернативе: кража – укрывательство имущества, добытого преступным путем (OLG Düsseldorf NStZ-RR 1999, 304; OLG Celle NJW 1988, 1225 mit zust. Anm. Kröpil, NJW 1988, 1188ff; anders aber BGHSt 35, 172, 174; BGH NStZ 1999, 523).

В процессуальном отношении следует поступать таким образом: в отношении непредъявленной в обвинении альтернативы пособничества, по которой был вынесен приговор в суде первой инстанции, процесс необходимо прекратить (§ 260 III УПК), поскольку отсутствует процессуальное основание предъявленного в соответствии с законом обвинения (so auch BGHSt 35, 80; 38, 172, 173). Затем возможно снова предъявить обвинение по этой альтернативе. В отношении кражи драгоценностей должен быть вынесен оправдательный приговор, который вступает в законную силу. Если прокуратура хотела бы избежать опасности вынесения оправдательного приговора, вступившего в законную силу, то она должна изначально предъявить **по выбору** обвинение в совершении двух альтернатив, поскольку в отношении данных деяний возможно установление альтернативной вины подсудимого при наличии нескольких неоднородных преступлений (vert. Beulke/Fahl, Jura 1998, 262; Dreyer, U., Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff, 1999).

6. Продолжаемое преступление

522 В соответствии с судебной практикой **продолжаемое преступление** рассматривается в качестве одного деяния в процессуальном смысле. Но согласно решению Верховного суда ФРГ по уголовным делам (BGHSt 40, 138) эта правовая конструкция потеряла de facto свое значение (s. dazu Wessels/Beulke, AT Rn 773f).

Рассматривая раннюю судебную практику, можно заключить, что частично возвращается правовая конструкция продолжаемого преступления в измененной форме, в которой при заложенном повторении нескольких преступных действий возникает определенное их тождество при оценке (например, постепенная поставка наркотика при конкретно обговоренной всей массе), и эти преступления затем представляют как одно целое в материальном смысле (BGHSt 41, 385, 394; BGH NStZ 1999, 192). Частично это исходит из корреспондирующего деяния в процессуальном смысле (vgl BGH StV 2002, 235). С другой стороны, Верховный суд ФРГ, однако, считает возможным подразделить материальное тождество разных действий на разные деяния в процессуальном смысле, поскольку этот результат представляется справедливым (BGHSt 43, 252, 258 m. Anm. Erb, NStZ 1998, 253 u. Fürstenau, StV 1998, 482). В целом сегодня все еще не ясно, в каком объеме существует возможность объединять в одно деяние «серийные преступления». Если это происходит при непринятии продолжаемого преступления, то возникают практически неразрешимые процессуальные проблемы, например, в отношении достаточной конкретизации деяния в обвинительном заключении и в решении суда об открытии судебного разбирательства (s. Rn 285; vert. Geppert, NStZ 1996, 57ff, 118ff; Gubitz, JR 1998, 491).

523 **Решение задачи 60.** Если осуществление составов преступления § 229 УК (неосторожное причинение вреда здоровью – перелом руки), а также § 142 УК (оставление места ДТП) относится к предъявленному в обвинении деянию в смысле § 264 УПК, то для включения в данный процесс достаточно только указания согласно § 265 I УПК на новые обстоятельства, которые позволяют осудить лицо также и по §§ 229, 142 УК. Если речь идет о новом деянии, то необходимо дополнительное обвинение в смысле § 266 УПК, допустимость которого среди прочего зависит от согласия А. Деяние в процессуальном смысле – это общее поведение обвиняемого, если оно, исходя из представлений большинства людей о жизни, образует с указанным **происшествием** посредством органов уголовного преследования (в обвинительном заключении, в решении суда об открытии судебного разбирательства) единое целое. В качестве общего прави-

ла действует положение, что все преступления, образующие идеальную совокупность, являются одним деянием в процессуальном смысле. Но по общему правилу преступления, образующие реальную совокупность, приводят к наличию нескольких деяний в процессуальном смысле.

§ 229 УК образует идеальную совокупность с § 315c УК. Нарушение правил безопасности дорожного движения и неосторожное причинение вреда здоровью рассматриваются как одно деяние в процессуальном смысле. Управление автомобилем в состоянии алкогольного опьянения и вследствие этого причиненный вред здоровью образуют единое историческое происшествие. Последствие этого заключается в возможности осуждения в одном процессе § 315c УК и § 229 УК по идеальной совокупности. Необходимым является только сделанное в соответствии с законом (§ 265 I УПК) указание.

В материально-правовом отношении между отраженным в обвинении нарушением правил безопасности дорожного движения (§ 315c УК) и оставлением места происшествия (§ 142 УК) согласно судебной практике существует реальная совокупность. Соответственно, в наличии также несколько самостоятельных деяний в процессуальном смысле. Однако Верховный суд ФРГ в своем решении (BGHSt 23, 141, 147) признал только одно деяние в процессуальном смысле, поскольку обособление «воспринималось бы как искусственное разделение единого процесса в реальной жизни». Следовательно, при наличии соответствующего указания согласно § 265 I УПК суд рассматривает также и оставление места происшествия. Дополнительное обвинение не требуется. Подробно см. Rn 514ff.

Решение задачи 61. Второму осуждению может противостоять правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании (ст. 103 III ОЗ). Эта ситуация была бы в том случае, если разбой образовывал бы одно деяние в смысле § 264 УПК. Незаконное хранение и, соответственно, использование оружия образует с разбоем идеальную совокупность, и поэтому, по мнению более ранней судебной практики, речь шла бы об едином историческом процессе. Значит, в данном случае действовало бы правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании. **524**

Однако, в соответствии с господствующей сегодня позицией в литературе и в судебной практике, для определения тождества деяния в смысле § 264 УПК важны не только **место, время совершения преступления, объект преступного деяния**, но также и **направленность деяния**. Если установленная новая направленность преступления в отношении ранее предполагаемого указывает на полностью другой правовой признак, то следует исходить из нового деяния в процессуальном смысле. Разбойное нападение – более существенное интенсивное уголовное деяние, нежели незаконное хранение оружия; направленность деяния носит полностью другой характер. Таким образом, оно представляет собой новое деяние в процессуальном смысле, в отношении которого возможно осуществлять уголовное преследование (iE ebenso BGHSt 36, 151, 154). Подробно см. Rn 517ff.

Решение задачи 62. Предъявлению нового обвинения противостоит **правило, запрещающее привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании** (ст. 103 III ОЗ), если речь идет при грабеже и укрывательстве об одном и том же деянии в смысле § 264 УПК. Возникает вопрос: возможно ли рассматривать оба действия как единое историческое происшествие. Особенность данного случая заключается в том, что А. совершил **либо** разбой, **либо** укрывательство. В соответствии с ранее господствующей позицией в данных «**альтернативных случаях**» при тождестве объектов преступного деяния (в данной задаче оно присутствует) признавалось одно и то же деяние в смысле § 264 УПК. Тем не менее Верховный суд ФРГ с полным основанием не признал тождество деяний между разбоем и укрывательством даже и при том же самом объекте преступления. Он обосновал, что необходимо отказаться от единственного расчета на объект преступления, поскольку при определенных обстоятельствах далеко находящиеся друг от друга события (действие, с одной стороны, и использование – с другой) произвольно объединялись бы в одно целое (BGHSt 35, 60, 64). Если при оценке наряду с объектом преступного деяния **525**

ссылаться также и на критерии места, времени совершения преступления, а также направленности деяния (= целевая направленность деяния), то получается, что вооруженное разбойное нападение представляет совсем другое историческое событие, нежели хранение денег 9 днями позже. Поэтому осуждение за разбой связано с принципом, запрещающим привлекать к уголовной ответственности дважды на одном и том же основании. Поскольку лицо, совершившее разбой, не может быть лицом, одновременно укрывающим имущество, т.е. логически невозможно одно из двух осуждений, то необходимо учитывать в качестве смягчающего обстоятельства при назначении наказания за разбой уже существующее наказание за укрывательство. Подробно см. Rn 521.

§ 26. Особые виды судопроизводства

Задача 63. а) Бизнесмен А. был задержан полицией, когда находился за рулем своего автомобиля в состоянии алкогольного опьянения (1,1 промилли). Затем прокуратура заявляет в участковый суд ходатайство об упрощенном судопроизводстве для А. за нарушение § 316 УК и предлагает наказание в виде денежного штрафа в размере 80 дневных ставок, лишения водительских прав и наложения запрета на выдачу новых водительских прав до 1 года (§ 69a I 1 УК). Суд вынес решение в порядке упрощенного судопроизводства. Возможно ли было вынести такое решение? Что может предпринять А. против решения суда, вынесенного в порядке упрощенного судопроизводства?

б) Позже выясняется, что А. во время поездки по неосторожности попал в аварию и причинил значительный материальный ущерб. Может ли прокуратура снова возобновить расследование по делу?

I. Упрощенное судопроизводство

1. Допустимость производства

526 **Упрощенное судопроизводство** – суммарное производство, значение которого заключается, прежде всего, в том, чтобы рассматривать менее тяжкие преступления быстро и в упрощенном порядке (vgl den überblick bei Ranft, JuS 2000, 633; zur praktischen Bedeutung Heinz, Müller-Dietz-FS, S. 271; zur Kritik Ambos, Jura 1998, 281). Вынести решение о наказании в порядке упрощенного судопроизводства согласно § 407 I 1 1.Alt. УПК допустимо только тогда, когда речь идет об **уголовно наказуемом проступке** (§ 12 II УК), находящемся в производстве у единоличного судьи по уголовным делам. § 407 I 1 2.Alt. УПК, регулирующий производство в упрощенном порядке также в суде шеффенов, практически выходит из употребления в результате увеличения компетенции профессионального судьи по уголовным делам согласно § 25 закона о судоустройстве. Это связано с тем, что теперь все возможные правовые последствия решения по уголовному делу, вынесенного в порядке упрощенного производства, относятся к компетенции профессионального единоличного судьи.

Если в отношении обвиняемого необходимо подтвердить наличие достаточного подозрения в совершении преступления в соответствии с § 170 I УПК (vgl Rn 114), то проку-

ратура может заявить компетентному судье ходатайство о вынесении решения по делу в порядке упрощенного судопроизводства. При этом ходатайство должно быть ориентировано на определенные правовые последствия (§ 407 I 3 УПК). Согласно § 407 II УПК решением, принятым в порядке упрощенного производства, возможно назначить такие виды правовых последствий деяния (как одно, так и в совокупности):

- **штраф**, предупреждение с оговоркой о применении уголовного наказания, запрет на управление транспортным средством, конфискация имущества, изъятие предметов преступления, уничтожение, приведение в негодность, извещение об осуждении и денежном штрафе в отношении юридического лица или объединения лиц, не являющегося юридическим лицом;
- **лишение водительских прав**, при котором запрет на их выдачу составляет не более 2 лет;
- **отказ от наказания**;
- **наказание в виде лишения свободы** до одного года, если оно **заменено условным осуждением** (§§ 56ff УК) и если у подсудимого есть защитник.

Государственное обвинение предъявляется (обычно путем направления обвинительного заключения в суд (§ 170 I УПК, см. Rn 319) посредством подачи ходатайства о вынесении решения по делу в порядке упрощенного судопроизводства (§ 407 I 4 УПК).

Для суда существуют следующие возможности по принятию решения. 527

(1) Судья отрицает наличие достаточного подозрения и отказывает в вынесении решения о наказании (§ 408 II УПК).

(2) Судья принимает решение по делу в порядке упрощенного производства, если оно не вызывает никаких сомнений (§ 408 III 1 УПК), т.е. если он признает **наличие достаточного подозрения** и считает санкцию соразмерной (ebenso BerlVerfGH StV 2001, 324; K/M-G, Vor § 407 Rn l; иногда требуют для обоснования достаточного подозрения «документальную убежденность» в наказуемости и правильности санкции, ср. Fezer, ZStW 106 (1994), 21; Schäfer, Rn 1175; Ebert, A., Der Tatverdacht im Strafverfahren, 1999; vermittelnd SK-Weßlau, Vor § 407 Rn 16). По содержанию она не может отличаться от ходатайства о вынесении решения по делу в порядке упрощенного судопроизводства.

(3) Судья назначает судебное разбирательство (§ 408 III 2 УПК).

В судебном производстве решение о наказании в порядке упрощенного производства может быть принято только при наличии оснований, предусмотренных в § 408a УПК (также при необходимости возможно и в суде шеффенов). Необходимое содержание решения по делу, вынесенного в порядке упрощенного судопроизводства, определяет § 409 УПК.

2. Обжалование и законная сила

а) Подсудимый вправе **в течение двух недель** после вручения ему решения суда по делу заявить в письменной форме или с занесением в протокол суда **свое возражение** в суд, который вынес данное решение (§ 410 I УПК). Возражение может быть ограничено определенными пунктами обжалования (§ 410 II УПК), например, возражение относительно наказания или лишения водительских прав. Существуют два способа разрешения возражений: 528

аа) если возражение заявлено с опозданием или **недопустимо**, то оно **отклоняется** путем вынесения **определения** без судебного разбирательства (§ 411 I 1 УПК);

бб) в других случаях назначается дата **судебного разбирательства** (§ 411 I 2 УПК). После подачи возражения решение суда по делу в порядке упрощенного производства перенимает на себя функцию **решения об открытии судебного разбирательства** (OLG Düsseldorf StV 1989, 473). Оно начинает судебное производство, которое осуществляется по общим правилам (§§ 213ff УПК), где, однако, **ограничена непосредственность исследования доказательств** (§§ 411 II 2, 420 I-III УПК) и **право заявлять ходатайства о представлении доказательств** в соответствии с §§ 411 II 2, 420 IV УПК, если только судья по уголовным делам не принял решение по делу в порядке упрощенного производства. В конце судебного разбирательства при постановлении приговора суд не связан с назначенной решением по делу, вынесенным в порядке упрощенного производства, мерой наказания, поскольку заявлено возражение (§ 411 IV УПК).

Запрет поворота к худшему, §§ 331, 358 II УПК (см. Rn 540), не находит свое применение – не считая случая подачи возражения законным представителем (LR-Gössel, § 410 Rn 4; zT aA Roxin, § 66 Rn 12). Приговор не выносится, если возражение отозвано ранее вынесения приговора. Отказ от возражения возможен вплоть до провозглашения приговора в суде первой инстанции (§ 411 III УПК), однако после начала судебного разбирательства возможно только с согласия прокуратуры (§ 411 III 2 УПК в сравнении с § 303 S.1 УПК; lehrreich Fahl, JuS 1997, 261).

529 б) Если в отношении решения суда по делу в порядке упрощенного судопроизводства своевременно не заявлено возражение, то оно приравнивается к приговору, вступившему в законную силу (**законная сила решения суда по делу в порядке упрощенного судопроизводства** в соответствии с § 410 III УПК).

Новое осуждение деяния в смысле § 264 УПК после вступления в законную силу решения возможно только **по вновь открывшимся обстоятельствам**. Опираясь на прежнюю судебную практику, § 373a УПК содержит **дополнительное основание для возобновления производства не в пользу** подсудимого:

– при наличии **новых фактов или доказательств**, которые обосновывают осуждение за совершенное **преступление**.

II. Ускоренное судопроизводство

1. Основания

530 Ускоренное судопроизводство – это особый вид судопроизводства, который делает возможным скорое осуждение (сразу же после совершения преступления) по простым делам (Einzelheiten s. Herzler, JR 2000, 399; Loos /Radtke, NStZ 1995, 569; 1996, 7; KMR-Fezer, § 417 Rn 3ff; Schröer, E., Das beschleunigte Strafverfahren gem. §§ 417ff StPO, 1998; s. auch Lemke /Rothstein-Schubert, ZRP 1997, 488).

Данный вид производства подвергается в литературе критике с позиций правового государства, что при определенных обстоятельствах в течение 24 часов возможно уже осудить лицо, совершившее преступление (vgl die Beispiele bei Bielefeld, DRiZ 1998, 429; zum „Bochumer Modell" eines beschleunigten Strafverfahrens besonders krit. ERn st, M., Das beschleunigte Verfahren im Strafprozeß und seine Handhabung in Bochum, 2001, S. 148ff).

Проведение ускоренного судопроизводства предусмотрено в § 417 УПК:

(1) Рассматривают дела в суде первой инстанции **судьи участкового суда** (профессиональный судья по уголовным делам, § 25 закона о судоустройстве или суд шеффенов, § 24 данного закона).

(2) Необходимо письменное или **устное** ходатайство прокуратуры на осуждение в ускоренном судопроизводстве.

При выполнении всех прочих оснований прокуратура **обязана** заявить ходатайство. Оно является процессуальной предпосылкой, которая отсутствует, если прокуратура отозвала свое ходатайство, что возможно сделать также и после проведения судебного следствия (спорная позиция) (BayObLG NJW 1998, 2152 m. abl. Anm. Schröer, NStZ 1999, 213; zust. Fülber / Putzke, DRiZ 1999, 196).

(3) Пригодность к немедленному разбирательству, которая устанавливается на основе простых обстоятельств дела или ясной доказательственной ситуации.

Под этим подразумевается, что судебное разбирательство может быть проведено сразу или в достаточно короткое время, нежели в обычной процедуре, и все ожидания могут быть разрешены в течение одного срока разбирательства. Поэтому судебное разбирательство должно проводиться в течение одной – двух недель (vgl OLG Düsseldorf StV 1999, 202; OLG Stuttgart NJW 1999, 3134 m. Anm. Radtke, JR 2001, 133 und Scheffler, NStZ 1999, 268; Einzelheiten bei KMR-Metzger, § 417 Rn 16).

(4) В качестве обвиняемого должен быть **взрослый человек** или **лицо от 18 лет до 21 года** (если в отношении последней категории необходимо применить нормы материального уголовного права, касающиеся несовершеннолетних, ср. § 109 I 1 и II 1 закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних; Schaffstein / Beulke, S. 263). Согласно § 79 II закона об отправлении правосудия по делам несовершеннолетних в отношении них недопустимо рассматривать уголовные дела в ускоренном судопроизводстве.

2. Особенности ускоренного судопроизводства

а) Отсутствие производства по преданию обвиняемого суду (включая решение об открытии судебного разбирательства)

Если прокурор решил заявить ходатайство об осуждении обвиняемого в порядке ускоренного судопроизводства, то согласно § 418 I УПК судебное разбирательство проводится сразу или в короткий срок, и не требуется решения суда об открытии судебного разбирательства. Стадия предания обвиняемого суду в ускоренном судопроизводстве полностью отсутствует (эффект ускорения). **531**

б) Нет необходимости предъявлять обвинение в письменном виде

В соответствии с § 418 III 1 УПК не требуется обвинительного заключения. Достаточно согласно § 418 III 2 УПК, чтобы в начале судебного разбирательства было предъявлено в устной форме обвинение и его основные моменты были занесены в протокол судебного заседания.

в) Ограничение по возложению правовых последствий

Согласно § 419 I 2 УПК в качестве основных видов наказания могут быть назначены только **штраф** и **лишение свободы сроком до одного года**. Недопустимым является назначение мер исправления и безопасности за исключением лишения водительских прав (§ 69 УК), § 419 I 2, 3 УПК.

г) О необходимости вызывать обвиняемого в суд и о сроке между вручением повестки и судебным заседанием

Согласно § 418 II 1 УПК вызов обвиняемого в судебное заседание необходим только тогда, когда он добровольно не появляется в зале судебного заседания, не приходит в суд. Если необходимо вызвать обвиняемого в суд, то срок между вручением повестки и судебным заседанием согласно § 418 II 3 УПК составляет 24 часа.

д) Особенности судебного разбирательства

В соответствии с § 420 I, II УПК расширены возможности оглашения протоколов, документов (ограничение принципа непосредственности). Если дело рассматривает профессиональный судья по уголовным делам, то он может отклонить ходатайства о представлении доказательств также без того, чтобы быть связанным с основаниями отклонения ходатайств, предусмотренными в § 244 III-V УПК.

е) Кратковременное задержание /заключение под стражу в период судебного разбирательства

§ 127b I УПК облегчает проведение кратковременного задержания в отличие от § 127 II УПК (см. Rn 238), и § 127b II УПК предусматривает наряду с § 112 УПК новое основания для заключения под стражу – т.н. «**заключение под стражу в период судебного разбирательства**» (см. Rn 215).

ж) Обязательная защита в ускоренном судопроизводстве

Для того чтобы гарантировать соответствующую защиту подсудимого в ускоренном судопроизводстве, § 418 IV УПК предусматривает случай обязательной защиты, когда ожидается наказание в виде лишения свободы в размере как минимум шести месяцев. Нарушение § 418 IV УПК является абсолютным основанием для кассации в смысле § 338 № 5 УПК (OLG Frankfurt, StV 2001, 342).

532 **Решение задачи 63. а)** В соответствии с § 407 I УПК **решение профессионального судьи** (§§ 24 I, 25 № 2 закона о судоустройстве) **по делу, вынесенное в порядке ускоренного судопроизводства**, в данном случае является допустимым. Существовало **достаточное подозрение** в совершении уголовно наказуемого проступка (§ 316 УК), поскольку А. с содержанием алкоголя в организме 1,1 промилли находился уже в состоянии абсолютной двигательной неспособности (BGHSt 37, 89ff). Возможно на основании решения судьи в порядке упрощенного судопроизводства назначить установленные правовые последствия деяния (штраф, лишение водительских прав, запрет на их выдачу), § 407 II УПК.

После вынесения решения судьи по делу в порядке упрощенного судопроизводства у А. была возможность путем своевременной **подачи возражения** (§ 410 УПК) перевести решение своего дела из упрощенного производства в нормальное судебное разбирательство (§ 411 I 2 УПК). Но если он этого не сделал, то решение судьи по уголовному делу, вынесенное в порядке упрощенного судопроизводства, вступает в законную силу (§ 410 III УПК)

б) Если – как в данном случае – событие впоследствии законно трактуется иначе (§ 315c УК вместо § 316 УК, при определенных обстоятельствах дополнительно § 142 УК), то возникает вопрос о новом уголовном преследовании. Поскольку вся поездка на автомобиле рассматривается как одно деяние в процессуальном смысле (§ 264 УПК, см. Rn 516), то **законная сила решения судьи по уголовному делу, принятому в порядке упрощенного производства** (§ 410 III УПК), противостоит по существу обновленному уголовному преследованию. Остается только проверить, принимается ли во внимание нарушение законной силы на основе новых данных. Сегодня эта проблема полностью урегулирована в **праве возобновления производ-**

ства по вновь открывшимся обстоятельствам (§ 373a УПК). Поскольку в данном случае хотя и существуют **новые факты**, они, однако, **не** подходят для обоснования осуждения за преступление (как § 315c УК, так и § 142 УК – уголовно наказуемые проступки), то возобновление производства по вновь открывшимся обстоятельствам является недопустимым. Прокуратура не может снова возобновить расследование по делу. Подробно см. Rn 526, 529.

§ 27. Обжалование, общие принципы

Задача 64. а) Какие виды жалоб вы знаете?

б) Что понимают под «обжалованием» и какие признаки присущи всем видам жалоб?

в) Как различаются жалобы по объему проверки?

Задача 65. А. предъявлено обвинение в мошенничестве (§ 263 УК). Суд оправдал его. Из мотивировочной части приговора следует, что суд вообще не рассмотрел, было ли совершено в принципе противоправное деяние, соответствующее указанным в законе признакам состава преступления, во всяком случае А. не мог быть привлечен к уголовной ответственности из-за невменяемости согласно § 20 УК. А. подает на приговор кассацию, поскольку он хотел бы быть оправдан вследствие доказанной его невиновности. Допустима ли кассация?

Задача 66. Суд шеффенов признал А. виновным в неосторожном причинении вреда здоровью в соответствии с § 229 УК и назначил наказание в виде штрафа. На основе его апелляции отделение по уголовным делам пересмотрело приговор, признало лицо виновным в причинении тяжкого вреда здоровью согласно § 226 I УК StGB и установило штраф в размере первоначального осуждения. Допустимо ли это?

I. Обзор

1. Виды жалоб

Жалобы обычно подразделяют на две группы: на ординарные и экстраординарные **533**
жалобы, особенность последних заключается в том, что они нарушают законную силу.

К **ординарным** жалобам относятся:

– апелляция (§§ 312-332 УПК),
– кассация (§§ 333-358 УПК),
– частная жалоба (§§ 304-311a УПК).

Их использование рассматривается как **обжалование** (§§ 296ff УПК).

Ординарной жалобой признается также **возражение** на решение суда по уголовному делу, принятому в порядке упрощенного судопроизводства (§ 410 УПК; см. Rn 528).

К **экстраординарным** жалобам относят:

– восстановление пропущенного срока (§§ 44-47 УПК; см. Rn 305ff),

– возобновление производства по вновь открывшимся обстоятельствам (§§ 359-373a УПК; см. Rn 585ff),
– жалоба в конституционный суд по поводу нарушения конституционных прав согласно ст. 93 I № 4a ОЗ, §§ 90ff закона о федеральном Конституционном суде.

Следует также указать и на индивидуальную жалобу согласно ст. 34f Европейской конвенции (см. Rn 11).

2. Результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях и приостанавливающее действие

534 Для различных **видов жалоб**, предусмотренных в УПК, характерно то, что с их помощью дело рассматривается в вышестоящей инстанции. А далее они – за исключением частной жалобы (§ 307 I УПК) – обладают **приостанавливающим действием**. В соответствии с § 316 УПК и с § 343 УПК в результате своевременной подачи апелляции или кассации приостанавливается вступление в законную силу приговора, т.е. приговор уже не может быть приведен в исполнение.

3. Функции обжалования

535 Исходя из оснований и цели различаются три вида обжалования.

– При **апелляции** (§§ 312-332 УПК) проверяются **приговоры** суда первой инстанции **в правовом и фактическом отношении**. Апелляционная инстанция является также **второй фактической инстанцией**, в которой могут быть заявлены новые факты и доказательства.

– **Кассация** (§§ 333-358 УПК) рассматривает только **приговоры** судов первой и второй инстанции. Однако она может основываться только на том, что обжалуемый приговор был вынесен с нарушением закона (§§ 337, 338 УПК).

– При **частной жалобе** (§§ 304-311a УПК) проверяются **постановления, определения**, а также **распоряжения в правовом и фактическом** отношении.

Zur Rechtsmittelreform vgl statt aller Dahs, NStZ 1999, 321; Laufhütte, NStZ 2000, 449; Lilie, Gutachten D zum 63. DJT; Kintzi, Rieß-FS, S.225; Rieß, JZ 2000, 813.

II. Общие принципы обжалования

536 Различные виды жалоб имеют также между собой много общего, закрепленного в §§ 296-303 УПК.

1. Общие предпосылки допустимости

a) Допустимость обжалования

На приговоры единоличного судьи по уголовным делам и суда шеффенов в первой инстанции допускается подача **апелляционной** жалобы (§ 312 УПК).

На все приговоры за исключением приговоров самого кассационного суда допускается подача **кассационной** жалобы (§§ 333, 335 УПК).

Частная жалоба ориентирована на решения суда (постановления, определения) или на распоряжения председателя в соответствии с §§ 304, 305ff УПК, в отношении их частная жалоба разрешает как вопросы **права, так и фактические** вопросы.

Если решение представлено в **неправильной форме** (например, приговор вместо постановления или определение вместо приговора), то для суда также должен действовать принцип, что ошибка в названии допустимого вида обжалования не имеет значения (§ 300 УПК). Необходимо рассматривать жалобу так, как будто бы она была подана в правильной форме. У лиц, обладающих правом на обжалование, должны быть соответствующие возможности обжалования, **предоставленные для правильного решения** (BGHSt 8, 383, 384; 25, 242; s. auch LR-Gollwitzer, Vor § 296 Rn 56; Kühne, Rn 629, l; Volk, § 34 Rn 8). Это проявляется в том, что данные лица могут **выбрать**, какую жалобу они хотели бы подать (so anscheinend auch KG NJW 1993, 673 u. 947). Только в сомнительных ситуациях должно действовать такое обжалование, которое представлено в распоряжение для принятия решения по существу.

б) Обременение

аа) Допустимость каждого обжалования предполагает, что существует **интерес по обеспечению правовой защиты**. Это означает, что тот, кто подает жалобу для себя либо в интересах третьего лица, должен заявить, что ему или третьему лицу **причинен вред**. **537**

Обвиняемый (и вместе с ним его законный представитель, а также защитник) всегда обременен, когда принято решение **не в его пользу**, например, если его осудили.

Прокуратура вправе обжаловать решение как в пользу, так и не в пользу обвиняемого (ср. § 296 II УПК). Она обременена всегда, когда заявляет, что решение неправильное.

Однако **частный обвинитель и сообвинитель** не могут обжаловать решение в пользу обвиняемого (см. Rn 592, 596).

бб) Решение вопроса: существует ли обременение, – зависит лишь от **резолютивной части** приговора, однако не достаточно, чтобы только мотивировочная часть приговора обременяла подсудимого. Поэтому обжалование оправдательного приговора также тогда недопустимо, когда в мотивировочной части приговора подчеркивается, что подсудимый **оправдан только из-за недостатка доказательств** (BGHSt 7, 153; abw. Krack, S.180). Так же нужно решать, когда в приговоре остается открытым вопрос: было ли совершено противоправное деяние, соответствующее всем признакам состава преступления, если лицо, совершившее преступление, могло бы быть освобождено от уголовной ответственности, по крайней мере, вследствие невменяемости (BGHSt 16, 374).

вв) При отсутствии обременений жалобу следует отклонить как **недопустимую** (не как необоснованную) (BGHSt 16, 374, 376; 28, 327, 330; zT abw. KMR-Plöd, Vor § 296 Rn 13; Ranft, Rn 1917).

в) Право обжалования

Обжаловать вправе, в частности: **538**

– **прокуратура**, также в пользу обвиняемого (§ 296 I и II УПК),
– **обвиняемый** (§ 296 I УПК),
– **защитник**, однако, не вопреки категорической воле обвиняемого (§ 297 УПК),
– **законный представитель**, также против воли обвиняемого (§ 298 УПК),

– **частный обвинитель** (вместо прокуратуры) по делам частного обвинения (§ 390 I УПК),
– **сообвинитель**, если он в результате решения находится в неблагоприятном положении (§§ 395 IV 2, 400, 401 I 1 УПК).

г) Прочие предпосылки допустимости

539 Срочная жалоба (§ 311 II УПК), апелляция (§ 314 УПК), а также кассация (§ 341 УПК) должны быть поданы **в течение недели**. Срок подачи простой жалобы не ограничен.

Все жалобы подаются в уголовном праве в тот суд, который вынес обжалуемое решение (**iudex a quo** – не в суд по рассмотрению жалоб, iudex ad quem), путем занесения в **протокол судебного заседания** или в **письменной форме**, §§ 306 I, 314, 341 УПК.

Апелляция **может** быть обоснованной (§ 317 УПК), однако не существует обязанности обоснования. В противоположность этому кассационная жалоба должна быть обоснована, § 344 УПК (подробно см. Rn 562). В отношении частной жалобы также не существует никакой обязанности обоснования.

2. Запрет поворота к худшему

а) Принцип

540 Приговор не может изменить вид и размер наказания в ущерб подсудимому (**запрет поворота к худшему**), если апелляционная или кассационная жалобы поданы:

– только подсудимым или
– в его интересах прокуратурой или
– его законным представителем (§§ 331 I, 358 II 1 УПК). При принятии решения о подаче жалобы подсудимый не должен бояться, что в связи с этим у него будут какие-либо неприятности (BGHSt 11,319, 323; ausf. Hamm, Hanack-FS, S. 369ff).

Если **прокуратура** подает жалобу не в пользу подсудимого, то обжалованное решение может быть изменено или отменено не только не в пользу, но и в пользу подсудимого (§ 301 УПК).

б) Ограничения

541 Запрет поворота к худшему имеет два важных ограничения:

запрещены только невыгодные изменения в «виде и размере **наказания** за преступление» (§§ 331 I, 358 II 1 УПК), т.е. изменения обвинительного вердикта могут оставаться (BGHSt 14, 5, 7; abl. ua Peters § 72 II 2). Если, например, подсудимый осужден за кражу, ему назначено наказание в виде штрафа в размере 20 дневных ставок и он подал апелляцию, то суд может при всем том изменить обвинительный вердикт за разбой, однако при назначении меры и размера наказания это не может превышать штрафа в размере 20 дневных ставок;

запрет поворота к худшему не исключает вынесения постановления о помещении подсудимого в **психиатрическую больницу или наркологическое учреждение**, §§ 331 II, 358 II 2 УПК (vert. Kretschmer,J., Das strafprozessuale Verbot der reformatio in peius und die Maßregeln der Besserung und Sicherung, 1999, S.117; Wohlers, GA 2001, 196).

3. Частичное обжалование

а) Формула разделения

Апелляционная (ср. § 318 УПК), так же как и кассационная жалоба (ср. § 344 УПК) **542**
может быть ограничена определенными пунктами обжалования (частичное обжалование). Однако она допустима только тогда, когда предметом обжалования выступает такая часть решения, которая позволяет осуществлять **самостоятельную проверку и оценку в отдельности** от необжалуемых частей приговора (BGHSt 10, 100, 101; т.н. формула отделяемости; zum überblick Wankel, JA 1998, 65; Werkmüller, JA 2000, 55).

Согласно § 318 S.2 УПК, если не сделано ограничение апелляционной жалобы определенными пунктами, то приговор считается обжалованным в целом. При частичной апелляции и при признании недействительными определенных пунктов, которыми была ограничена жалоба, приговор в целом считается обжалованным. Для кассации также применимо положение § 318 S.2 УПК.

б) Наиболее важные примеры из судебной практики признания частичного обжалования допустимым:

- каждый подсудимый имеет возможность обжалования решений независимо от других подсудимых;
- каждый подсудимый может свою жалобу ограничить отдельными деяниями в процессуальном смысле (т.н. вертикальное ограничение);
- апелляция и кассация могут быть ограничены размером наказания, поскольку вопрос вины нельзя разделить от вопроса назначения меры и размера наказания (BGHSt 19, 46,48, т.н. горизонтальное ограничение);
- в пределах иерархии правовых последствий может быть также допустимым частичное обжалование. Особо следует подчеркнуть часто встречающееся на практике ограничение обжалования на условное осуждение (BGHSt 24, 164, 165; 47, 32, 35).

4. Частичная законная сила

Успешное частичное обжалование влечет за собой последствие, что необжалуемая часть **543**
приговора вступает в законную силу, а по отношению ко всему приговору говорят **о частичной законной силе** (zum Problem insgesamt s. Grünwald, G., Die Teilrechtskraft im Strafverfahren, 1964; vgl auch BayObLG NStZ 2000, 275 m. Anm. Kudlich).

Пример. В результате аварии А. осудили за причинение смерти по неосторожности. Он подал на приговор суда апелляцию, которую ограничил размером наказания. По мнению А., назначенное ему кратковременное лишение свободы является недопустимым. В апелляционном судебном разбирательстве он сказал, что если бы не был водителем, то не смог бы совершить данное деяние. Обвинительный приговор вступил в законную силу. Апелляционный суд должен устанавливать только лишь – при соблюдении запрета поворота к худшему – правовые последствия.

5. Отзыв жалобы, отказ от обжалования

В соответствии с § 302 I 1 УПК **отзыв жалобы**, равно как и **отказ от обжалования**, может **544**
последовать также до истечения срока на обжалование (krit. hierzu Erb, GA 2000, 511f). Однако жалоба, принесенная прокуратурой в интересах обвиняемого, не может быть отозвана

без согласия последнего (§ 302 I 2 УПК). Если решение об обжаловании принято на основании устного разбирательства, то отзыв может последовать после начала судебного разбирательства только с согласия другой стороны (§ 303 S.1 УПК).

Отзыв жалобы и отказ от обжалования как процессуальные действия не могут ни находиться в зависимости от условий, ни аннулироваться (BGHSt 10, 245, 247; BGH NStZ 1997, 148; weitere Einzelheiten zum Problem der Wirksamkeit, Anfechtung oder Rücknahme von Prozeßhandlungen, s.o. Rn 296ff, 396a.

545 **Решение задачи 64. а)** Различают ординарные и экстраординарные жалобы. К **ординарным** жалобам относятся:

– **апелляция** (§§ 312-332 УПК),
– **кассация** (§§ 333-358 УПК),
– **частная жалоба** (§§ 304-311a УПК).

Ординарной жалобой признается также **возражение** на **решение суда по уголовному делу, принятому в порядке упрощенного судопроизводства** (§ 410 УПК).

К **экстраординарным** жалобам относят:

– восстановление пропущенного срока (§§ 44-47 УПК),
– возобновление производства по вновь открывшимся обстоятельствам (§§ 359-373a УПК),
– жалоба в конституционный суд по поводу нарушения конституционных прав согласно ст. 93 I № 4a ОЗ, §§ 90ff закона о федеральном Конституционном суде.

б) Обжалование – родовое понятие, означающее подачу апелляционной, кассационной или частной жалобы. Для всех видов жалоб характерен **результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях**. Апелляционная и кассационная жалобы затем обладают **приостанавливающим действием**, т.е. приостанавливается законная сила решения (§§ 316, 343 УПК). Только частная жалоба не наделена приостанавливающим действием (§ 307 I УПК).

в) Апелляция ведет к перепроверке обжалуемого приговора с точки зрения **права и фактов (вторая фактическая инстанция)**. При **кассации** разрешаются только вопросы **права. Частная жалоба** ориентирована на решения суда (постановления, определения) или на распоряжения председателя в соответствии с §§ 304, 305ff УПК, в отношении их частная жалоба разрешает как вопросы **права, так и фактические** вопросы. Подробно см. Rn 534f.

546 **Решение задачи 65.** Кассация А. является недопустимой, поскольку А. **не обременен**. Нельзя обжаловать оправдательный приговор даже тогда, когда подсудимый полагает, что мотивировочная часть приговора содержит уличающие его показания. Подсудимый может быть заинтересован в оправдании из-за доказанной невиновности, но, с другой стороны, нужно выполнять только задачу уголовного процесса: является ли подсудимый виновным в совершении инкриминируемого ему деяния и какое наказание он при необходимости должен получить. Если он отказывается от санкции, то отсутствует необходимость в данном случае расследовать, почему это произошло. Подробно см. Rn 537.

547 **Решение задачи 66.** Поскольку только А. подал апелляционную жалобу, то действует **запрет поворота к худшему** для изменения квалификации с причинения вреда здоровью по неосторожности (приговор суда в первой инстанции) на причинение тяжкого вреда здоровью (решение апелляционного суда) (§ 331 I УПК). Однако в данном случае апелляционный суд отклонился только от вопроса вины, но не увеличил размер наказания, назначенного первым приговором. Это допустимо, хотя тем самым суд второй инстанции установил наказание, не предусмотренное в § 226 УК. Подробно см. Rn 540ff.

§ 28. Апелляция

Задача 67. А. был осужден единоличным судьей по уголовным делам к штрафу в размере 20 дневных ставок. В течение одной недели после оглашения приговора А. письменно заявил: «Я обжалую приговор суда». Но впоследствии не обозначил, какую именно жалобу он принес на приговор суда. В связи с этим возникает вопрос: какую жалобу он подал на приговор суда?

I. Допустимость и функции апелляционной жалобы

Согласно § 312 УПК на **приговоры единоличного судьи и суда шеффенов участкового суда** допускается подача апелляционной жалобы. На решения суда земли (палаты по уголовным делам) или Верховного суда земли (судебные коллегии) как суды первой инстанции подача апелляционной жалобы недопустима, возможна только кассация. 548

При апелляции – в противоположность кассации – в отношении обжалуемого приговора рассматриваются как вопросы права, так и фактов. Апелляционная инстанция – **это вторая фактическая инстанция**, в которой не только подлежит проверке вынесенный в суде первой инстанции приговор в правовом и фактическом отношении, но также могут быть введены в дело новые факты и доказательства (§ 323 III УПК).

II. Принятие апелляционной жалобы

В соответствии с § 313 УПК **апелляционная жалоба должна быть принята** к рассмотрению, если речь идет о: 549

– назначенном наказании в виде **штрафа в размере не более 15 дневных ставок** или о предупреждении с оговоркой о применении уголовного наказания (§ 59 УК) или о денежном штрафе (в соответствии с законом об административных правонарушениях), § 313 I 1 УПК. Это в равной мере действует в отношении апелляции со стороны подсудимого и прокуратуры (s. K /M-G, § 313 Rn 3; Feuerhelm, StV 1997, 99, 100 mwN auch zur Gegenmeinung);

– **оправдательном приговоре** или **прекращении процесса**, когда прокуратура заявляет ходатайство о назначении штрафа в размере не более 30 дневных ставок, § 313 I 2 УПК. Данный параграф не применяется в отношении апелляции со стороны прокуратуры, если она в судебном разбирательстве в суде первой инстанции ходатайствовала о вынесении оправдательного приговора и теперь, например, на основе новых доказательств хотела бы возбудить апелляцию (OLG Karlsruhe StV 1997, 69; SK-Frisch, § 313 Rn 10; abw. K /M-G, § 313 Rn 4a; KMR-Brunner, § 313 Rn 4; Ebert, JR 1998, 265).

Апелляционная жалоба принимается к рассмотрению, когда она **не обоснована очевидно**, § 313 II 1 УПК (Einzelheiten bei Fezer, NStZ 1995, 265; zur verfassungskonformen Auslegung BVerfG NJW 1996, 2785). Вопрос о принятии жалобы решает апелляционный суд и выносит соответствующее постановление, которое по общему правилу не подлежит обжалованию (§ 322a S.1, 2 УПК). Но на постановление апелляционного

суда может быть принесена срочная жалоба с обоснованием, что в данном случае нет оснований для принятия апелляционной жалобы к рассмотрению (§ 322 II УПК по аналогии). Так, например, если отсутствуют предпосылки § 313 I УПК, поскольку подсудимый уже был приговорен к штрафу в размере более 15 дневных ставок (OLG Hamburg JR 1999, 479 m. zust. Anm. Gössel; SK-Frisch, § 322a Rn 11). Для принятия жалобы к рассмотрению не требуется соответствующее обоснование (§ 322a S.3 УПК). Если апелляционная жалоба не принята к рассмотрению, то в определении ей **отказывают как недопустимой** (§ 313 II 2 УПК).

III. Компетенция

550 Рассмотрение апелляционных жалоб (функциональная подсудность) – это дело малого отделения по уголовным делам в суде земли, которое заседает в составе председателя и двух шеффенов (§§ 74 III, 76 I 1 закона о судоустройстве). Если речь идет об апелляции в отношении приговора, вынесенного расширенным судом шеффенов (§ 29 II цитируемого выше закона), то необходимо привлекать к рассмотрению дела также второго профессионального судью (§ 76 III 1 данного закона).

IV. Подача апелляционной жалобы

551 Апелляция должна быть подана в суд первой инстанции (**iudex a quo**) в письменной форме или занесена в протокол суда **в течение недели** с момента провозглашения приговора (§ 314 УПК). Если приговор был провозглашен в отсутствие подсудимого, то в этом случае срок исчисляется с момента вручения ему приговора (§ 314 II УПК). Своевременная подача апелляционной жалобы приостанавливает вступление приговора в законную силу, поскольку он считается обжалованным (§ 316 I УПК – **приостанавливающее действие**). Апелляция может быть **ограничена определенными пунктами обжалования**, § 318 УПК (см. Rn 542). Если она не ограничена или не действительна, то апелляция ведет к перепроверке всего приговора. В уголовном процессе не требуется обоснование апелляции. Однако обоснование апелляционной жалобы допустимо, § 317 УПК.

Не требуется сначала обозначение апелляции как таковой. В судебной практике допустимо, что приговор сначала обжалуется с соблюдением всех сроков с оговоркой последующего выбора средств обжалования, а вид жалобы обозначается позднее (BGHSt 2, 63, 66). Если вид жалобы точно не обозначат до окончания **срока для обоснования кассационной жалобы** (§ 345 УПК), то рассматривают данное обжалование как **апелляцию**, поскольку при апелляции речь идет о более широком круге вопросов, подлежащих обжалованию (BGHSt 2, 63, 71; OLG Köln MDR 1980, 690). Допустимо также, что лицо, подающее сначала апелляционную жалобу, затем в течение срока для обоснования кассационной жалобы переходит к подаче кассационной жалобы (BGHSt 5, 338, 340; Einzelheiten bei K /M-G, § 335 Rn 2ff). Из-за этого права на выбор апелляционное производство не может проводиться в период срока для обоснования кассационной жалобы (OLG Frankfurt NStZ 1991, 506).

V. Решения

1. Проверка судом первой инстанции своевременности подачи апелляции

Суд первой инстанции должен проверить, своевременно ли подана апелляция. Если апелляционная жалоба подана с опозданием, то суд первой инстанции должен отклонить обжалование как недопустимое (§ 319 I УПК). Суд первой инстанции не проверяет кроме своевременной подачи жалобы другие основания допустимости. 552

2. Предварительная проверка апелляционным судом

Согласно § 322 I 1 УПК апелляционный суд может и без судебного разбирательства отклонить апелляционную жалобу как недопустимую, если он считает, что отсутствуют **предпосылки для подачи жалобы** (в особенности допустимость, форма, срок, обременения). 553

3. Решение о принятии к рассмотрению апелляционной жалобы

При признании апелляционным судом наличия общих предпосылок для подачи апелляционной жалобы он принимает при необходимости решения о принятии жалобы к рассмотрению в соответствии с §§ 313, 322a УПК.

4. Прекращение процесса (перед началом судебного разбирательства)

Апелляционный суд может прекратить процесс, если установит **за пределами судебного разбирательства обстоятельство, препятствующее ведению процесса**. Это следует из § 206a УПК, который действует на любой стадии процесса, в том числе и в апелляционном производстве (BGHSt 24, 208, 212; aA K /M-G, § 206a Rn 6; zu weiteren Einzelheiten s. KK-Tolksdorf, § 206a Rn 4). Существует также со стороны апелляционного суда возможность прекращения процесса по причинам целесообразности (§§ 153ff УПК), если прокуратура и подсудимый согласны с этим (подробно см. Rn 333ff). 554

5. Судебное разбирательство в апелляционном порядке

Ход судебного разбирательства в апелляционном порядке в общих чертах соответствует разбирательству в суде первой инстанции (подробно см. §§ 323, 324, 325 УПК). 555

6. Неявка подсудимого, § 329 УПК

Последствия неявки подсудимого к началу судебного разбирательства (в повестке специально предупреждается о последствиях неявки, § 323 I 2 УПК) различны, они зависят от того, сам ли подсудимый или прокуратура подали апелляцию. 556

а) Апелляция со стороны подсудимого

Если подсудимый подал апелляционную жалобу и не явился в судебное разбирательство, то выносится **решение суда о прекращении процесса по процессуальным основаниям** без принятия решения по существу. Апелляционный суд должен

затем отклонить апелляцию подсудимого без слушания дела по существу (§ 329 I 1 УПК). По делу выносится также вид окончательного решения суда, которое походит на решение суда в гражданском процессе, вынесенное в случае неявки одной из сторон (Peters, § 74 IV 2b aa; Roxin, § 52 Rn 22ff). Однако это не действует, если согласно § 329 I 1 УПК неявка подсудимого была оправдана достаточно уважительными причинами (vgl hierzu BayObLG JR 2000, 80 m. Anm. Rosenau, sowie Kudlich, 2000, 588; Rieß, NStZ 2000, 120; BayObLG StV 2001, 339).

б) Апелляция со стороны прокуратуры

Если **прокуратура** подала апелляционную жалобу и подсудимый не явился к началу судебного разбирательства без уважительных причин, то жалоба может быть также рассмотрена и в отсутствие подсудимого (§ 329 II 1 УПК). В этом случае, как правило, апелляционная жалоба прокуратуры может быть без согласия подсудимого отозвана, § 329 II 2 УПК (дальнейшее регулирование – см. §§ 302 I, 303 УПК; Rn 544).

7. Решения апелляционного суда на основе судебного разбирательства

557 Апелляционный суд отклоняет своим решением апелляционную жалобу как **недопустимую**, если только в ходе судебного разбирательства установлено, что отсутствуют предпосылки для подачи жалобы.

Если апелляция допустимая **и в ходе судебного разбирательства** выясняется, что **отсутствует предпосылка для проведения процесса**, то необходимо прекратить процесс, § 260 III УПК (zu weiteren Einzelheiten, insbes. Zum Fall des Vorliegens eines ProzeßhindeRn isses bei unzulässiger Berufung s. BGHSt 16, 115, 117; 22 213 215).

Если апелляция допустимая и **обоснованная**, то апелляционный суд отменяет приговор суда первой инстанции и **рассматривает дело по существу самостоятельно** (§ 328 I УПК). Апелляция обоснована тогда, когда апелляционный суд считает обжалуемое решение неправильным и убеждается в принятии другого решения, чем вынесенное судом в первой инстанции, относительно обвинительного вердикта или правовых последствий. Возможно также, что апелляция обосновывается только частично. Тогда приговор отменяется только в части.

Если апелляционный суд отменяет первый приговор, то это действует только для тех подсудимых, которые сами или в их интересах подали апелляцию. **Для других подсудимых** апелляционное решение не имеет никакого значения.

Если установлено, что уголовное дело не подсудно тому суду первой инстанции, который постановил приговор, апелляционный суд отменяет первый приговор и направляет дело на рассмотрение другому компетентному суду (§ 328 II УПК).

Если апелляционный суд считает приговор суда первой инстанции справедливым, то допустимая апелляция отклоняется как **необоснованная** (vert. Mansdörfer /Timmerbeil, JuS 2001, 1209).

558 **Решение задачи 67.** А. в течение недельного срока после оглашения приговора (§§ 314, 341 УПК) подал либо **апелляционную** (§§ 312ff УПК), либо **кассационную жалобу** в форме так называемого **обжалования приговора суда первой инстанции путем замены апелляционного обжалования кассационным** (§ 335 УПК). Нельзя принять апелляционную жалобу, поскольку А. был осужден к штрафу в размере более 15 дневных ставок (§ 313 I 1 УПК). Не играет роли то, что у него не было выбора между двумя видами обжалования, поскольку его решение о выборе остается открытым до окончания **срока для обоснования кассационной жалобы** (как правило, один месяц с момента вручения приговора, § 345 УПК; BGHSt 2, 63, 66). Это, прежде всего, оправдывается тем, что в

большинстве случаев осужденный может лучше установить, какие недостатки содержит приговор, только в письменном виде. Довольно часто только после получения текста приговора (в частности, мотивировочной части приговора) в письменном виде становятся очевидными нарушения процесса. Если он определенно не обозначил вид жалобы, то следует **рассматривать ее как апелляцию**. Если бы А. в пределах срока для обоснования кассационной жалобы свою жалобу конкретизировал и обосновал, то можно было бы считать, что он подал допустимую кассацию (подробно см. Rn 549).

§ 29. Кассация

Задача 68. А. предстала перед большой палатой по уголовным делам, судом присяжных, по обвинению в убийстве двоих детей. Во время судебного разбирательства, 21.04.1987 г., было много представителей СМИ, которые делали различные репортажи из зала судебного заседания, используя кино-, видео-, фотоаппаратуру, но суд не вмешивался в это. А. была приговорена к пожизненному лишению свободы. Она хотела бы знать, какие средства существуют для обжалования данного приговора, и достаточно ли обоснована жалоба о нарушении ее интересов СМИ?

I. Допустимость и функции кассации

Согласно §§ 333, 335 УПК подача кассационной жалобы допускается на приговоры всех судов первой инстанции (участковый суд, суд земли, верховный суд земли) и на апелляционные решения (малого отделения по уголовным делам суда земли). Поскольку на приговоры участковых судов по выбору можно также подать апелляцию, то это называется **обжалованием решения суда первой инстанции путем замены апелляционного обжалования кассационным** (§ 335 УПК). **559**

Допустимость замены апелляционного обжалования кассационным не касается принятия к рассмотрению апелляционной жалобы, т.е. также в отношении преступлений небольшой тяжести, при которых присутствуют предпосылки § 313 УПК, лицо, подающее жалобу, не должно выжидать, пока будет принята апелляционная жалоба. Всегда можно сразу же выяснить все правовые вопросы с заменой апелляционного обжалования кассационным (KG JR 1999, 125; OLG Düsseldorf MDR 1995, 406; Roxin, PdW, Fall № 454; LR-Hanack, § 335 Rn la; aA Meyer-Goßner, NStZ 1998, 19; Lesch, 2/76).

Если апелляция является второй фактической инстанцией, то в кассации нельзя проверить фактическую сторону дела, возможно обсуждать только вопросы права. Кассационный суд только проверяет, **был ли вынесен приговор с соблюдением всех уголовно-процессуальных норм и правильно ли было применено материальное право**. Цель кассации – это соблюдение правового единства и осуществление справедливости в конкретном случае.

Zum überblick Bick, JA 2001, 691; Bloy, JuS 1986, 585, 593; Titz, JA 2002, 65. Zur Vertiefung Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6.A. 1998; Dahs, Rn 849ff; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozeß, 6.A. 2001; Beck'sches Formularbuch-Hamm, VIII C; Krause, D., Die Revision im

Strafverfahren, 5.A. 2001; Rieß /Herdegen, in: Brüssow ua, § 13 Rn lff; Kroiß, L., Revision und Plädoyer im Strafprozeß, 2.A. 2001; Mutzbauer, Strafprozessuale Revision, 4.A. 2001 sowie Barton, St., die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen, 1999; Berz, Meyer-Goßner-FS, S.611; Fezer, Hanack-FS, S.331; Meyer-Goßner /CieRn iak, StV 2000, 696; Rieß, Hanack-FS, S. 397ff; Schlothauer, StraFo 2000, 289; Langer, Meyer-Goßner-FS, S.497; Bick, JA 2001, 691.

В течение прошлых лет кассация все больше становилась в центр реформаторских преобразований. Она должна была как «единственный вид обжалования» уголовного процесса заботиться о все более интенсивной гражданской солидарности, эффективности и прозрачности в уголовной юстиции (dazu Schröer, E., Das Einheitsrechtsmittel der reformierten Revision, 2001). Однако федеральное министерство юстиции на 63-м дне немецкого юриста изменило свои позиции по данному поводу. Вместо этого теперь необходимо усиление дознания, которое способствовало бы требуемой уже давно разгрузке в судебном разбирательстве (см. Rn 397).

II. Компетенция

560 Рассмотрение кассационных жалоб (функциональная подсудность) – это дело **верховного суда земли**, который заседает в составе трех профессиональных судей (§§ 116 I, 122 I закона о судоустройстве). Он рассматривает кассационные жалобы на:

- апелляционные решения суда земли (§ 121 I № lb данного закона),
- приговоры участкового суда первой инстанции (обжалование решения суда первой инстанции путем замены апелляционного обжалования кассационным) (§§ 335 II УПК, 74 III, 121 I № lb закона о судоустройстве),
- приговоры суда земли как суда первой инстанции, если кассация основывается исключительно на нарушении правовой нормы, закрепленной в законах земли (§ 121 I № lc закона о судоустройстве).

Согласно § 9 вводного закона к закону о судоустройстве земли могут поручать **высшему суду земли** расследовать те уголовные дела, которые подсудны верховному суду земли. Этой возможностью воспользовалась на нынешний день только Бавария (ср. ст.11 закона о судоустройстве в земле Бавария).

Верховный суд ФРГ в составе пяти профессиональных судей (§§ 130, 139 I закона о судоустройстве) рассматривает кассационные жалобы (функциональная подсудность) на приговоры суда земли (если только это не решает верховный суд земли) и верховного суда земли как судов первой инстанции (§ 135 I закона о судоустройстве). Кроме того, он вправе принимать решения о представлениях согласно § 121 II данного закона.

III. Подача кассационной жалобы

561 Кассационная жалоба должна быть подана в течение недели после оглашения приговора в суд, приговор которого обжалован (**iudex a quo**) путем занесения в протокол суда или в письменной форме (§ 341 I УПК). Если приговор оглашен в отсутствие подсудимого, то срок исчисляется с момента вручения ему приговора (§ 341 II УПК). Своевременная подача кассационной жалобы приостанавливает вступление приговора в законную силу, поскольку он считается обжалованным (§ 343 I УПК – **приостанавливающее действие**).

IV. Обоснование кассационной жалобы

562 Лицо, подающее кассационную жалобу, должно предъявить определенные требования и их обосновать (§ 344 I УПК). **Кассационные требования и их обоснование** должны быть представлены в суд, приговор которого обжалован, не позднее месяца по истечении срока на обжалование (§ 345 I 1 УПК). В больших процессах принцип справедливого процесса обусловливает необходимость индексации срока для обоснования кассационной жалобы с очень длинным сроком составления приговора (ср. § 275 I УПК; Einzelheiten bei Hillenkamp, S. 68; s. auch östVerfGH NStZ 2000, 668 m. Anm. Hillenkamp; aA hM). Кассационные требования и их обоснование должны быть закреплены в протоколе суда или в простой письменной форме. В последнем случае требуется, чтобы **адвокат подписал** их в форме документа (§ 345 II УПК). В соответствии с позицией, не нашедшей поддержки большинства в судебной практике, подпись защитника также должна быть достаточна и в том случае, когда он берет на себя полную ответственность за содержание письма (BGHSt 25, 272, 273; OLG Hamm NStZ 1999, 20; dagegen Beulke, S. 138ff).

Лицо, подающее кассационную жалобу, должно в ней указать, в каком объеме оно обжалует приговор и требует его отмены (§ 344 I УПК), т.е. из заявленного предложения должен быть ясен объем кассации. Кроме того, из кассационного обоснования должно следовать, обжалуется ли приговор в связи с **нарушением правовой нормы, имеющей процессуальный характер, или в связи с нарушением другой правовой нормы** (§ 344 II 1 УПК). При **процессуальном обжаловании** должны быть **приведены факты, указывающие на нарушение** (§ 344 II 2 УПК). Если обоснование не является логичным для процессуальной ошибки, то кассация не допустима (BGH NJW 1998, 2229).

V. Основания для кассации

1. Нарушение закона

563 В кассационном порядке могут быть обжалованы только приговоры, постановленные с **нарушением закона** (§ 337 I УПК). Это означает, что рассматриваются только **вопросы права**, а не фактов. Соответственно, будут безуспешными попытки лица, подающего кассацию, заявить, что оно не совершало преступления, что оно невиновно или что суд несправедливо придал показаниям свидетеля обвинения большее значение и рассматривал показания свидетелей защиты слишком незначительно. Нельзя ввести в процесс новые доказательства, например, показания новых свидетелей. Кассационный суд не ставит под сомнение установленные судом, разрешившим дело по существу, обстоятельства уголовного дела; соответственно, исключается повторение и дополнение в исследовании доказательств.

Закон считается нарушенным, если правовая норма не применена или применена неправильно (§ 337 II УПК). **Закон** в смысле § 337 УПК – это каждая правовая норма (§ 7 вводного закона к УПК). В данном отношении рассматриваются не только формальные и материальные законы федерации и земель, но также обычное право, общие правила международного права и государственных договоров, если они принадлежат к внутригосударственному праву. Не являются правовыми нормами внутренние служебные инструкции и распоряжения администрации.

Подлежащие обжалованию нарушения закона могут касаться либо процессуального, либо материального права. В соответствии с этим различается **процессуальное обжалование** от **обжалования в связи с нарушением нормы материального права** (§ 344 II 1 УПК).

2. Процессуальное обжалование

а) Нарушение процесса

564 Если лицо, подающее кассацию, обжалует приговор с точки зрения несоблюдения процессуальных норм при его принятии, то следует констатировать **процессуальное обжалование**. К процессуальному праву относятся все положения, устанавливающие, каким образом судья должен осуществлять деятельность по вынесению приговора, независимо от их места закрепления; в то время как все другие положения принадлежат к материальному праву (BGHSt 19, 273, 275). Достаточно проблематичными являются отдельные признаки разграничения процессуального обжалования от обжалования в связи с нарушением нормы материального права (vgl statt aller Schäfer, Rieß-FS, S.477). Процессуальное право нарушено, когда предписанное законом действие не было осуществлено или проведено неправильно и, соответственно, когда действие было вообще недопустимым (K /M-G, § 337 Rn 9). В обоснование кассации должны быть приведены факты, указывающие на нарушение процессуального права, § 344 II 2 УПК (см. Rn 562). Проверке подлежат только заявленные факты (§ 352 I УПК).

Процессуальное нарушение должно быть **доказано**. Соблюдение **формальностей, предписанных для судебного разбирательства, может доказываться только протоколом судебного заседания**, § 274 УПК (Einzelheiten s.o. Rn 393; Schäfer, 50 Jahre BGH-Prax-FS, S.707; Kahlo, Meyer-Goßner-FS, S.447). Только в виде исключения, когда протокол отсутствует (например, пропал), или когда он двусмыслен (BGH StV 1999, 189 m. Anm. Ventzke; BGH NJW 2001, 3794; vgl auch Fahl JA-R 2000, 181), или когда речь идет о прочих нарушениях процесса (например, обман в смысле § 136a УПК при признании вины на стадии дознания, которое затем вводится в судебное разбирательство и используется при вынесении приговора), возможно прибегнуть к свободному порядку представления доказательств (BGH NJW 1976, 977, 978; s. auch BayObLG JR 2001, 256 m. Anm. Eisenberg). Не действует принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого». Если нельзя в конечном счете выяснить нарушение процесса, то следует исходить из законности процесса (BGHSt 16, 164, 167; vgl aber auch Rn 143, 180).

б) Относительные основания для кассации

565 Обоснованная кассация предполагает наряду с установлением нарушения процесса, что приговор **постановлен** с нарушением закона (§ 337 I УПК), т.е. нарушение закона и приговор должны находиться в причинно-следственной связи. Причинная связь существует, когда при правильном применении закона приговор иначе был бы не вынесен. Но не требуется доказательство причинной связи между двумя этими явлениями. Кассация уже тогда обоснована, когда **не исключается**, что приговор в отношении подсудимого основан на нарушении процесса (BGH StV 2002, 3). Достаточной является уже сама **возможность** предположения этого (BGHSt 1, 346, 350; 22, 278, 280). Однако отсутствует причинная связь, если речь идет только «о чисто теоретической» возможности (BGHSt 14, 265, 268; 18, 290, 295).

Следует также помнить, что согласно господствующей позиции в случае нарушения процесса, связанного с руководством судебным разбирательством, кассация при определенных обстоятельствах допустима только тогда, когда подсудимый во время судебного разбирательства способствовал вынесению судом соответствующего решения на основании § 238 II УПК (см. Rn 375; там же иная позиция автора). Недопустимым является также т.н. **обжалование протокола судебного заседания**, т.е. кассация не может обосновываться простым указанием на следуемое из протокола судебного заседания нарушение процесса. Скорее необходимо утверждать нарушение процесса как таковое, поскольку приговор может основываться на нарушении процесса, а не на следуемом неправильном протоколировании (BGHSt 7, 162, 163).

в) Абсолютные основания для кассации

566 При наличии некоторых особо серьезных нарушений процесса законодатель устанавливает в § 338 УПК **неопровержимое предположение о наличии причинной связи** между нарушением закона и вынесенным приговором. При данных т.н. **абсолютных основаниях для кассации** отпадает проверка предположения, т.е. перечисленные в данном параграфе нарушения процесса всегда приводят к обоснованности кассационной жалобы (см. § 338 № 1-8 УПК), поскольку уже при наличии данного нарушения процесс теряет «признак правового государства» (Schünemann, JA 1982, 128).

Особо важные **абсолютные основания для кассации**: незаконный состав суда (№ 1); участие в рассмотрении дела отстраненного в силу закона судьи или шеффена, либо их участие, после того как они были отведены из-за сомнений в объективности (№ 2, 3); нарушение подсудности уголовного дела (№ 4); отсутствие необходимых участников в судебном разбирательстве, например, прокуратуры, подсудимого, обязательного защитника (№ 5); нарушение гласности процесса (№ 6); ограничение защиты постановлением суда, например, в случае § 238 II УПК (№ 8).

Судебная практика все больше соотносит конкретные ситуации с абсолютными основаниями для кассации. В частности, судебная практика уже установила существенные ограничения сферы действия абсолютных оснований для кассации, предусмотренных § 338 № 5, 6 и 8 УПК. Например, для признания § 338 № 5 УПК требуется, чтобы необходимый участник процесса отсутствовал **на основных моментах** судебного разбирательства (BGHSt 26, 84, 91). Для § 338 № 6 УПК необходимо, чтобы ограничение гласности процесса было причислено к ответственности суда (см. Rn 400). Особенно ограничивается сфера действия № 8 данного параграфа, который рассматривают как относительное основание для кассации. Из формулировки «при разрешении существенных вопросов» следует, что судебное решение по существу дела в той или иной форме находится в связи с недопустимым ограничением права на защиту и должно основываться на этом (BGHSt 30, 131, 135; Kuckein, StraFo 2000, 397).

3. Обжалование в связи с нарушением нормы материального права

567 **При нарушениях норм материального права** приговор может быть сразу отменен, если результат основан на неправильном понимании права. Поэтому закон требует от лица, подающего кассацию, чтобы в ней было обосновано нарушение нормы материального права (§ 344 II 1 УПК). Кассационный суд всеобъемлюще проверяет вопросы права, включая также значимую в конкретном случае проблематичность предположения. На практике обычна следующая формулировка: «**обжалование нарушения нормы материального права**».

Поскольку обжалование в связи с нарушением нормы материального права не устанавливает обязанности обоснования, то неправильное обоснование не может привести к недопустимости кассации (Momsen, GA 1998, 488; aA hM: RGSt 40, 99).

При обжаловании в связи с нарушением норм материального права суд в особенности проверяет (Einzelheiten bei K /M-G, § 337 Rn 20ff; KK-Kuckein, § 337 Rn 28ff; Schmidt-Hieber, JuS 1988, 710ff; s. auch die Checkliste u. Rn 614):

а) способность вынести приговор по существующей юридической квалификации (т.н. обжалование изложения), т.е. кассационный суд должен проверить:

– были ли утверждения в приговоре ясными, логичными и без противоречий;

– нет ли нарушений законов логики и общепринятых в обществе законов;

– является ли общая оценка убедительной;

б) правильное применение материального права в отношении установленных обстоятельств дела (толкование закона, юридическая квалификация), а именно:

– применительно к вопросу вины (охватывает ли состав преступления, противоправность, вину, основания освобождения от наказания, обстоятельства, исключающие наказание, привилегированные и отягчающие обстоятельства и т.д.);

– применительно к правовым последствиям, в частности, к назначению меры и размера наказания (например, правильно ли обоснован размер наказания в виде лишения свободы или отказ от применения условного осуждения).

VI. Решения

1. Предварительная проверка судом, приговор которого обжалуется

568 Суд, приговор которого обжалуется, проверяет соблюдение срока и формы кассационной жалобы. Если жалоба подается с опозданием, несвоевременно или в неустановленной законом форме, то суд должен своим определением отклонить обжалование как **недопустимое** (§ 346 I УПК).

2. Предварительная проверка кассационным судом

а) Решение при недопустимом обжаловании

569 После того как документы были представлены кассационному суду, он еще раз проверяет основания допустимости подачи жалобы. Если он считает предписания о подаче жалобы или о представлении кассационных требований невыполненными, то кассационный суд вправе своим **определением** отклонить обжалование как недопустимое (§ 349 I УПК). Если кассационный суд не должен воспользоваться этой возможностью, то он вместо этого может вынести решение по кассационной жалобе путем постановления приговора (на основе судебного разбирательства) (§ 349 V УПК). Это правило соответствует также и при апелляции.

б) Отклонение жалобы как очевидно необоснованной, § 349 II УПК

В отличие от апелляционного (исключение: § 313 II УПК, см. Rn 549) кассационный суд по ходатайству прокуратуры своим определением может отклонить жалобу, если члены кассационного суда единогласно считают ее **очевидно необоснованной** (§ 349 II УПК). Это **решение суда об отклонении** жалобы преследует цель – разгрузить суды

путем быстрого исполнения бесперспективных кассаций. Кассационный суд отклоняет жалобу как очевидно необоснованную только тогда, когда для каждого сведующего в деле без длительной проверки ясно, что нельзя обосновать данную жалобу (KK-Kuckein, § 349 Rn 23). Это возможно, особенно когда рассматриваемые в жалобе вопросы права не содержат каких-то новых соображений и на них можно дать однозначный ответ, поскольку подобные вопросы уже достаточно проработаны в устоявшейся судебной практике верховных судов. В этой связи подвергается справедливой критике практика некоторых верховных судов, которые сами побуждают прокуратуру заявить ходатайство об отклонении жалобы. Подобные действия, по меньшей мере, должны предоставлять подсудимому возможность отклонить кассационного судью из-за опасения в пристрастности в соответствии с § 24 II УПК (BVerfG StV 2001, 151 m. zust. Anm. Neuhaus; aA KG StV 2001, 153; OLG Zweibrücken NJW 2001, 2110).

в) Отмена обжалованного приговора

Если кассационный суд **единогласно** признает кассационную жалобу, поданную в интересах подсудимого, **обоснованной**, то он вправе своим **решением отменить** обжалованный приговор (§ 349 IV УПК). **570**

г) Прекращение процесса

Как и апелляционный, кассационный суд может **прекратить** процесс при наличии оснований, предусмотренных в §§ 153 II, 154 II, 154a II УПК, на любом этапе. Однако прекращение процесса на основании дословного толкования § 153a II УПК возможно только судом фактической инстанции, поэтому является недопустимым прекращение по данному параграфу в кассационной инстанции (см. Rn 338). Суд может также прекратить процесс за пределами судебного разбирательства на основании § 206a УПК, если установлено обстоятельство, препятствующее ведению процесса (BGHSt 24, 208, 212).

3. Судебное разбирательство в кассационном порядке

Если кассационный суд не принимает решение по жалобе до **судебного разбирательства**, то оно проводится в соответствии с §§ 350, 351 УПК. **571**

4. Решения кассационного суда на основе судебного разбирательства

Если положения о подаче кассационной жалобы являются невыполненными, то кассационный суд должен отклонить своим приговором жалобу как **недопустимую**. **572**

Если кассация допустима и в ходе судебного разбирательства установлено **отсутствие предпосылки для ведения процесса**, то необходимо процесс **прекратить** (§ 260 III УПК). Но очень спорным является момент: принуждает ли наличие обстоятельства, препятствующего ведению процесса, его прекратить, если не выполнены предпосылки допустимости для подачи кассации (s. dazu BGHSt 16, 115, 117; vert. SK-Paeffgen, § 206a Rn 8).

Если кассационный суд считает обжалованный приговор юридически правильным, то он отклоняет жалобу как **необоснованную**.

Если кассационная жалоба признается **обоснованной**, то обжалованный приговор **подлежит отмене** (§ 353 I УПК). Кроме того, одновременно должны быть отклонены признанные установленными обстоятельства, положенные в основу приговора, поскольку они связаны с нарушением закона, в связи с чем отменяется приговор (§ 353 II УПК).

5. Возвращение дела из вышестоящего суда нижестоящему для повторного рассмотрения в случае обоснованности кассационной жалобы

573 В принципе **кассационный суд возвращает дело нижестоящему суду** той же земли и той же инстанции, которые изначально выносили приговор, для нового рассмотрения, но в другом составе суда (§ 354 II УПК). Нижестоящий суд, которому дело направлено на новое рассмотрение, должен основывать свое решение на правовой оценке, которая положена в основу отмены приговора (358 I УПК). По проблеме участия судьи при новом рассмотрении дела, которое он уже рассматривал, см. Rn 73f.

В исключительных случаях кассационный суд может сам вынести **собственное решение**. Для этого согласно § 354 I УПК необходимо следующее.

Речь должна идти об отмене приговора в связи с нарушением норм материального права, соответственно, должно быть обстоятельство, препятствующее ведению процесса.

Без дальнейшего исследования фактических обстоятельств должно быть постановлено об оправдании или прекращении дела или назначении абсолютно определенного наказания, либо кассационный суд, соглашаясь с ходатайством прокуратуры, считает возможным применить предусмотренное законом наиболее мягкое наказание или отказать в наказании.

574 Иное возможное решение кассационного суда – т.н. **исправление обвинительного вердикта** (например, причинение вреда здоровью, повлекшее смерть, вместо причинения вреда здоровью по неосторожности). Закон не предусматривает специально такой возможности, но судебная практика и господствующая позиция в литературе допускают это при соответствующем применении § 354 I УПК (BGH NJW 1993, 2188; Einzelheiten bei K /M-G, § 354 Rn 12ff; Steinmetz, J., Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts in Strafsachen (§ 354 Abs.1 StPO), 1997, S.141).

575 6. Распространение кассации на других подсудимых, не обжаловавших приговор, § 357 УПК

Отмена кассационным судом приговора в интересах одного из подсудимых распространяется также и **на других подсудимых**, которые не подавали кассационные жалобы, если:

- они были осуждены **тем же самым приговором**,
- речь идет о **том же самом деянии** в процессуальном смысле и
- кассация необходима вследствие **нарушения норм материального права**, или если она отсутствует по долгу службы вследствие соблюдения предпосылки процесса, которая может иметь значение также и для других подсудимых, не подававших кассацию (BGHSt 10, 137, 141).

Подсудимых надо рассматривать так, как если бы они подали кассационные жалобы. В данном случае наступает **дополнительное нарушение законной силы**. Однако оно исключается, когда кассационный суд отменил приговор вследствие иных нарушений процесса, см. § 357 УПК (Zopfs, GA 1999,482ff; vert. Meyer-Goßner, Roxin-FS, S.1345; Basdorf, Meyer-Goßner-FS, S. 665).

576 **Решение задачи 68.** Подсудимая А., которой суд земли (как суд присяжных) вынес наказание в виде пожизненного лишения свободы, может подать только кассационную жалобу на данный приговор (§ 333 УПК). Жалобу будет рассматривать **Верховный суд ФРГ** (§ 135 I закона о судоустройстве). А. должна подать кассационную жалобу в суд земли **в течение одной недели** (§ 341 УПК), в течение месяца (преимущественно с момента вру-

чения приговора) обосновать ее (§ 345 I УПК), и эти кассационные требования и их обоснование должны быть представлены только в форме документа, подписанного защитником А., либо путем занесения в протокол суда (§ 345 II УПК).

В данном случае А. осуществляет **процессуальное обжалование**. Это должно следовать из обоснования кассации, § 344 II 1 УПК («обжалование нарушения нормы процессуального права»).

Кроме того, необходимо указать нарушение процессуальной нормы и привести **факты**, указывающие на нарушение (§ 344 II 2 УПК). Подсудимая должна здесь изложить нарушения положений о **гласности процесса**, которые суд земли не предотвратил (фото-, кино-, видеосъемка в зале судебного заседания 21.04.1987 г.). Это является нарушением § 169 S.2 закона о судоустройстве, т.е. в целом кассация становится **допустимой**.

Кассация **обоснована**, когда существуют основания для нее в соответствии с §§ 337, 338 УПК. Сначала учитывается **абсолютное основание для кассации (§ 338 № 6 УПК)**. Если признается его наличие, то экономится время за счет других оснований для кассации согласно § 337 УПК на необходимую проверку, основывается ли приговор на нарушении процесса. Суд в данном случае не учел, что в соответствии с § 169 S.2 закона о судоустройстве использование в судебном разбирательстве фото-, кино-, видеоаппаратуры в целях обнародования является недопустимым. Это может быть нарушением положений о гласности процесса. Однако судебная практика не признает вмешательство в § 338 № 6 УПК, поскольку § 169 закона о судоустройстве направлен только на предотвращение ситуации, когда бы «суд осуществлял свою деятельность в неведение от других, за плотно закрытыми дверями и вследствие этого могли бы возникнуть превратные толкования и подозрения» (so RGSt 70, 109, 112). Но в рассматриваемом случае речь идет не о подобном **ограничении**, а о предусмотренном в § 169 S.2 закона о судоустройстве недозволенном **увеличении** гласности. Первостепенное значение для законного уголовного судопроизводства не привело бы к недопустимому увеличению гласности в качестве ограничения. Поэтому недопустимое увеличение гласности не является основанием для кассации в смысле § 338 № 6 УПК (BGHSt 36, 119, 122 (Fall Weimar)).

В соответствии с господствующим мнением в литературе от данной позиции необходимо отказаться, поскольку содержащийся в § 169 S.2 закона о судоустройстве запрет на видео-, киносъемку в судебном разбирательстве находится по значимости на одном и том же уровне, что и запрет на незаконное ограничение гласности. В обоих случаях возрастает **опасность воздействия на судей**, а именно: в случае закрытого заседания – через государственные органы, а в случае «большой гласности» – через СМИ. Согласно данной позиции (по мнению автора книги, более обоснованной и правильной) кассационная жалоба обоснована (§ 338 № 6 УПК) (ebenso Roxin, § 45 Rn 21; Ranft, Jura 1995, 579; Alwart, JZ 1990, 883, 895; s. auch BVerfG NJW 2001, 1633). Приговор суда земли необходимо отменить (§ 353 I УПК) и отправить дело на повторное рассмотрение в другое отделение по уголовным делам суда, приговор которого был обжалован (§ 354 II УПК).

Кто отклоняет кассационную жалобу с обоснованием, закрепленным в судебной практике по § 338 № 6 УПК, тот должен признать в несоблюдении § 169 S.2 закона о судоустройстве нарушение закона в смысле **§ 337 УПК**. Существует ли относительное основание для кассации, зависит только от того, основывается ли приговор на собственно недопустимом представлении дела в кассационный суд. Верховный суд ФРГ в деле Weimar этого не признал (BGH, aaO). Подробно см. Rn 565.

§ 30. Частная жалоба

Задача 69. А. предстал перед судом шеффенов по обвинению в совершении кражи (§ 244 УК). В судебном разбирательстве А. ходатайствует о допросе Н., своего соседа, что именно он, а не А. находился на месте совершения преступления, и поэтому только Н. может быть лицом, совершившим данное преступление. Суд отказывает в допросе Н. с обоснованием, что речь шла бы о полностью непригодном доказательстве, поскольку Н. по телефону заявил, что не хочет давать показания. А. подал на решение суда частную жалобу. Кто и как будет это решать?

I. Допустимость подачи, функции частной жалобы, право на подачу частной жалобы

577 Частная жалоба (§§ 304-311a УПК) допустима на:

– все **решения (постановления, определения)**, вынесенные судом первой инстанции или апелляционным судом;

– все **распоряжения** председателя, судьи на стадии дознания, судьи, действующего по поручению или просьбе,

поскольку закон специально не запрещает подачу частной жалобы (§ 304 I УПК).

Выделяют:

– **простую** (бессрочную) частную жалобу (§ 304 УПК),
– **срочную** (ограниченную сроком) жалобу (§ 311 УПК),
– **следующую** (дальнейшую) жалобу (§ 310 УПК).

Лицо, подающее частную жалобу, требует отмены или исполнения решения. Она ведет к перепроверке обжалуемого решения в правовом и фактическом отношении. **Запрет поворота к худшему не** действует для частной жалобы при отсутствии специального предписания. В результате обжалования дело рассматривается вышестоящей судебной инстанцией (**результат рассмотрения правового спора в вышестоящих инстанциях**). В отличие от апелляции и кассации частная жалоба в принципе не обладает **приостанавливающим действием** (§ 307 I УПК) (исключение, например, § 81 IV 2 УПК). Однако возможно, что либо суд, решение которого обжалуется, либо суд, рассматривающий частную жалобу, предписывает **приостановление исполнения** обжалованного решения, § 307 II УПК.

Правом на подачу частной жалобы наряду с прокуратурой, обвиняемым и т.д. в соответствии с § 304 II УПК обладают также свидетели, эксперты и другие заинтересованные лица, т.е. лица, защищаемые права и свободы которых ограничиваются в результате исполнения судебного решения (BGHSt 27, 175).

В отличие от гражданско-процессуального права (vgl BGHZ 109, 41, 43), уголовному процессу не знакома т.н. экстраординарная жалоба вследствие «ощутимой противозаконности» обжалуемого решения (BGHSt 45, 37, 38).

II. Недопустимость подачи жалобы

На решения суда, которые предшествуют вынесению приговора, жалоба не может быть подана (§ 305 S.1 УПК). **578**

Исключением являются постановления о заключении лица под стражу, временном помещении в психиатрическую больницу или наркологическое учреждение, временное лишение водительских прав, временное запрещение заниматься профессиональной деятельностью или назначение административных принудительных мер, а также все решения, касающиеся третьих лиц (§ 305 S.2 УПК). S.2 **не содержит исчерпывающего перечня решений**. Так, например, постановление о проведении мероприятия в соответствии с § 81a УПК, которое не зафиксировано в S.2, может быть обжаловано, однако согласно господствующему мнению степень вмешательства при производстве данной меры должна быть равнозначной указанным в S.2 мероприятиям (vgl OLG Hamburg StV 1998, 639; SK-Rogall, § 81a Rn 115; Weidemann, S.168).

§ 305 УПК лишает обжалования всех тех решений суда, которые предшествуют вынесению приговора и которые внутренне по существу рассматриваемого дела связаны с вынесением приговора, за исключением тех, которые принимаются для подготовки приговора, которые возможно проверить в рамках апелляции или кассации и, наконец, не содержащие никаких дальнейших процессуальных последствий (OLG Köln StV 1991, 552 mit krit. Anm. Müller, K/M-G, § 305 Rn 1). Решения председателя лишены возможности обжалования при наличии тех же предпосылок (K/M-G, § 305 Rn 3; str.). Бесспорно выполняются требования § 305 S.1 УПК, например, в случае **отклонения ходатайства о представлении доказательств**. Наряду с обжалованием приговора в данном случае не является необходимым дополнительный (срочный) контроль.

Однако во многих случаях спорно: существует ли внутренняя связь с вынесением приговора в смысле § 305 S.1 УПК. Так, согласно более правильной позиции (однако судебная практика также неоднозначна в данном отношении) следует признать возможность обжалования, например, когда суд в судебном разбирательстве отказывает в таких ходатайствах:

– о назначении обязательного защитника (ср. Rn 168),
– о перенесении срока (OLG Frankfurt StV 2001, 157; abw. OLG Hamm StV 1990, 56),
– об ознакомлении защитника с материалами уголовного дела (ср. Rn 162).

Недопустимыми являются жалобы на решения и распоряжения Верховного суда ФРГ и в значительной мере также на решения и распоряжения верховных судов земель (подробно см. § 304 IV УПК). Только в виде исключения допустима частная жалоба на распоряжение следственного судьи Верховного суда ФРГ и верховного суда земли (§ 304 V УПК). Иные случаи недопустимости подачи частной жалобы – решения на основе §§ 28 I, 46 II, 153 II 4, 201 II 2, 310 II УПК.

III. Компетенция

Компетентным судом по рассмотрению частных жалоб является либо **суд земли** согласно § 73 I закона о судоустройстве, – а именно на основе § 76 I данного закона **большое отделение по уголовным делам** (OLG Köln StV 1993, 462) – либо **верховный суд земли** (§§ 120 III, IV, 121 I № 2 данного закона) или **Верховный суд ФРГ** в соответствии с § 135 II того же самого закона. **579**

В **Баварии** компетентным судом по рассмотрению жалоб в практически значимых случаях, предусмотренных в § 121 I № 2 закона о судоустройстве, является также верховный суд

земли Бавария, а не Высший суд Баварии (подробно см. ст.11 II закона о судоустройстве в Баварии).

IV. Подача частной жалобы

580 Жалоба подается в тот суд, который вынес обжалуемое решение, путем занесения в протокол или в письменной форме (§ 306 I УПК). Не предусмотрено обоснование частной жалобы. Простая жалоба в отличие от срочной – бессрочная.

V. Решения

1. Решения суда, постановления, определения или распоряжения которого обжалуются

581 Если суд, решение которого обжалуется, считает простую жалобу **обоснованной**, то он должен помочь **устранить имеющиеся в ней недостатки** (§ 306 II 1.HS УПК). В противном случае жалоба должна быть немедленно, во всяком случае, не позднее чем в трехдневный срок, представлена в суд, рассматривающий частные жалобы (§ 306 II 2.HS УПК). Суд, решение которого обжалуется, не может отклонить недопустимую жалобу (RGSt 43, 179, 180), он должен ее проверить (K /M-G, § 306 Rn 12).

2. Решение суда, рассматривающего частные жалобы

При отсутствии оснований допустимости для подачи частной жалобы вышестоящий суд, рассматривающий частные жалобы, должен **отклонить ее как недопустимую** (LR-Gollwitzer, § 309 Rn 6). Если вышестоящий суд признает ее **допустимой и обоснованной**, то он сразу же в принципе **выносит необходимое по делу решение** (§ 309 II УПК), также относительно вопросов по усмотрению (OLG Hamburg NJW 1998, 621; K /M-G, § 309 Rn 4; aA Bloy, JuS 1986, 585, 588). Только в виде исключения он возвращает дело на дополнительное расследование, когда, например, обжалуемое решение принято непредусмотренным законом составом суда, и этот недостаток нельзя компенсировать в производстве по частной жалобе (BGHSt 28, 312, 313; OLG Rostock NStZ-RR 2000, 14).

VI. Срочная жалоба

582 **Срочная жалоба** отличается от простой **ограниченным сроком**. Она должна быть подана в течение недели с момента оглашения решения изначальным судом, § 311 II УПК. В отличие от простой жалобы, суд, решение которого обжалуется, только в исключительных случаях может устранить имеющиеся в ней недостатки, а именно – при нарушении права на судебное слушание в ущерб лицу, подающему жалобу (§ 311 III УПК).

Обычно жалоба считается простой. Речь идет о срочной жалобе, только если это специально указано в законе (например, § 28 II 1 УПК).

VII. Возможность дальнейшего обжалования, § 310 УПК

Только в исключительных случаях допустима подача следующей жалобы на решение вышестоящего суда, рассмотревшего уже частную жалобу. Она может быть подана согласно § 310 I УПК на решения, которые вынесены по жалобе судом земли или верховным судом земли в соответствии с § 120 III закона о судоустройстве, если они касаются **заключения под стражу или временного помещения в психиатрическую больницу, наркологическое учреждение**, т.е. в отношении особо серьезных мероприятий. В остальном дальнейшее обжалование решений, принятых по жалобе, не допускается (§ 310 II УПК). 583

Решение задачи 69. Выносится **определение** суда об отклонении заявленного в судебном разбирательстве **ходатайства о представлении доказательств** (§ 244 VI УПК). По общему правилу допускается подача частной жалобы на решения суда (§ 304 I УПК). При отклонении ходатайства о представлении доказательств речь идет бесспорно о решении суда, **предшествующего** в смысле § 305 S.1 УПК **вынесению приговора** и которое, таким образом, не подлежит обжалованию. Суд земли отклоняет жалобу как **недопустимую**. 584

Однако суд может продолжить судебное разбирательство и при необходимости вынести даже приговор (ср. § 307 I УПК). Вследствие этого А. не останется без защиты. Он может подать, например, апелляцию (§ 312 УПК) и повторно заявить ходатайство о представлении доказательств в судебном разбирательстве в апелляционном порядке. Согласно § 244 III 2 УПК это ходатайство должно быть удовлетворено, поскольку Н. по телефону воспользовался своим правом отказа от дачи показаний на основании § 55 I УПК, что не делает это полностью непригодным доказательством. Только опрос в судебном разбирательстве может окончательно прояснить: хотел бы свидетель отказаться от дачи показаний полностью или только отказаться от ответов на некоторые вопросы. А. мог бы сразу, основываясь на данном нарушении процесса, обжаловать приговор путем замены апелляционного обжалования кассационным (§ 335 УПК). Поскольку приговор основывается на нарушении § 244 III 2 УПК, то будет успешным обжалование путем замены апелляционного на кассационное обжалование (§ 337 УПК). Подробно см. Rn 578, 444.

§ 31. Возобновление производства по вновь открывшимся обстоятельствам

Задача 70. Р. была осуждена за убийство при отягчающих обстоятельствах, приговор вступил в законную силу, и ей было назначено наказание в виде пожизненного лишения свободы. В приговоре сказано, что она убила мужа, отделила его голову и позже полностью зажарила ее в духовке. Несколькими годами позже череп находят в высохшем пруду. Что может предпринять Р.? (Fall Maria Rohrbach).

I. Значение

Институт **возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам** – одна из самых важных возможностей прервать материальную законную 585

силу. Она необходима для обеспечения **общественного порядка, основанного на соблюдении права**. С другой стороны, ей противостоит позиция **справедливости**, которая охватывается также принципом правового государства (BVerfGE 33, 367, 383; 38, 105, 115). Соображения общественного порядка или правопорядка в исключительных случаях могут находиться на втором плане, когда речь идет о вступившем в законную силу приговоре, содержащем грубые нарушения, так что никто не понял бы, если однажды это поддержал даже принятый приговор суда. В соответствии с этим возобновление производства возможно только в пределах четко обозначенных и узких границ. Поэтому законодатель исчерпывающе закрепил основания для возобновления процесса по вновь открывшимся обстоятельствам (в частности, §§ 359, 362 УПК). Урегулировано возобновление производства, оконченного только вступившим в законную силу **приговором** (применение по аналогии §§ 359ff УПК на постановления и определения суда см. LG Hannover JR 1997, 123 m. Anm. Müller, Schall, Stree/Wessels-FS, S.735; Hellmann, V § 5 Rn 6; Trepper, Th., Zur Rechtskraft strafprozessualer Beschlüsse, 1996; abl. OLG Hamburg StV 2000, 568; LR-Gössel, Vor § 359 Rn 58; SK-Frisch, Vor § 304 Rn 28).

II. Основания для возобновления производства

586 Исчерпывающие основания для возобновления производства подразделяются на основания в интересах и не в интересах осужденного (Einzelheiten bei: Marxen / Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, в 1993; Waßmer, Jura 2002, 454; Beck'sches Formularbuch-Lohberger, IX). Возобновление процесса **в интересах осужденного** может осуществляться только при наличии оснований, предусмотренных § 359 № 1-6 УПК. На практике особенное значение приобретает § 359 № 5 УПК, который допускает возобновление процесса при представлении **новых фактов или доказательств**, которые в отдельности или в совокупности с ранее представленными доказательствами дают основание для оправдания осужденного или применения согласно уголовному закону более мягкого наказания либо вынесения существенно иного решения о мерах исправления и безопасности.

Под **фактами** в смысле § 359 № 5 УПК понимают конкретные процессы настоящего и прошлого, которые возможно доказать, но не изменить в результате применения законов или судебной практики (BVerfGE 12, 338, 340; BGHSt 39, 75, 79f (Fall v. Ossietzky); hierzu Gösel, NStZ 1993, 565; Joerden, JZ 1994, 582 und Brauns, JZ 1995, 492). **Доказательства** – это формальные доказательства УПК (см. Rn 179). Факты и доказательства являются **новыми**, если они только возникли либо после приговора, либо не были известны суду раньше, либо суд ими не воспользовался. Новый факт, например, новый свидетель со стороны защиты, о существовании которого подсудимый мог знать также уже во время судебного разбирательства (OLG Düsseldorf NStZ 1993, 504), является признанием совершения деяния посредством третьего лица или новой экспертизы с новыми фактами, полученными в результате исследования. Также опровержение ранних признаний подсудимого необходимо рассматривать как новый доказательственный факт (BGH NJW 1977, 59, einschr. OLG Köln NStZ 1991, 96).

Возобновление производства **не в интересах** осужденного допустимо только при наличии оснований, предусмотренных в § 362 УПК. Прежде всего, необходимо подчеркнуть основания для возобновления согласно § 362 № 4 УПК, в соответ-

ствии с которым можно начать новый процесс, если оправданный **признался** в суде или во внесудебном порядке в совершении уголовно наказуемого деяния и это признание заслуживает доверия. Кроме того, важным является **отсутствие** при возобновлении процесса **не в интересах** осужденного **представленных новых фактов и доказательств**, допускающих процесс в интересах осужденного согласно § 359 № 5 УПК.

Пробелы существуют по отношению к основанию для возобновления (§ 362 № 2 УПК), в соответствии с которым процесс возможно возобновить, если свидетель признан виновным в **умышленном ложном показании** в интересах подсудимого. Согласно § 364 S.1 УПК возобновление производства только тогда допустимо, когда по данному деянию был вынесен обвинительный приговор, вступивший в законную силу, но норма защищает правонарушителя, который добился вынесения оправдательного приговора в результате массивного воздействия (например, под угрозой смерти) на свидетеля, чтобы последний дал показания в интересах подсудимого. Свидетель, со своей стороны, действует в состоянии **крайней необходимости** в соответствии с § 35 I 1 УК, и, следовательно, не может быть привлечен к уголовной ответственности. Поскольку аналогичное применение положений о возобновлении производства также терпит неудачу (см. Rn 585), данное неудовлетворительное состояние можно разрешить только изменением закона (KG JZ 1997, 629 m. Anm. Marxen; LR-Gössel, § 362 Rn 6).

В **особом случае упрощенного судопроизводства** согласно § 373a УПК существует дополнительная возможность возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам **не в интересах** осужденного (dazu Rn 529; Einzelheiten bei Weber-Klatt, K., Die Wiederaufnahme von Verfahren zu Ungunsten des Angeklagten, 1997, S. 322). Иное основание для возобновления производства следует из § 79 I закона о федеральном конституционном суде, в частности, в случае, когда обвинительный приговор основан на норме, которая признана не соответствующей Конституции (zB relevant geworden nach der «Sitzblockadenentscheidung» des BVerfG zu § 240 StGB, BVerfGE 92, 1).

III. Процесс

По общему правилу компетентным судом, осуществляющим возобновление процесса, является другой суд, но с аналогичной предметной подсудностью уголовных дел, чем тот суд, на решение которого направлено ходатайство о возобновлении производства (§ 367 I 1 УПК в сравнении с § 140a закона о судоустройстве). **587**

1. Проверка допустимости в соответствии с §§ 366-368 УПК

Сначала суд, осуществляющий возобновление производства, в соответствии с § 368 УПК проверяет допустимость заявленного ходатайства (§ 366 УПК) с точки зрения предписанной формы, указанных в законе оснований для возобновления процесса, а также логики ходатайства. Ходатайство может быть заявлено также и после исполнения наказания и даже после смерти осужденного (§ 361 УПК; s. zB LG Köln NJW 1998, 2688 (Fall Beck) m. Anm. Gribbohm, NStZ 1999, 99).

Для допустимости возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам большое значение имеют следующие ограничения:

– возобновление процесса с целью назначения **другой меры наказания** на основе того же уголовного закона является при всех основаниях для возобновления недопустимым (§ 363 I УПК; s. dazu Marxen /Tiemann, StV 1992, 534; Wasserburg, ZRP 1997, 412);

– возобновление процесса с целью смягчения наказания в связи с **ограниченной** вменяемостью (§ 21 УК) также исключается (§ 363 II УПК).

Согласно § 368 I УПК при недопустимости ходатайство о возобновлении производства отклоняется, а при допустимости выносится т.н. **постановление о допущении**.

2. Проверка на обоснованность ходатайства в соответствии с §§ 369, 370 УПК

588 Если вынесено решение о допущении, то необходимо проверить **обоснованность** заявленного ходатайства. Затем суд поручает судье исследовать представленные доказательства о наличии основания для возобновления процесса, если это необходимо (§ 369 УПК). Затем суд сам решает вопрос об обоснованности. Ходатайство в соответствии с § 370 I УПК отклоняется как необоснованное, если выдвинутые в нем утверждения не нашли достаточного подтверждения. Достаточно подтвержденные – это представленные факты и доказательства в смысле § 359 № 5 УПК, если – по аналогии к § 170 I УПК – является «**достаточно вероятным» вынесение в новом судебном разбирательстве решения, благоприятного для осужденного** (OLG Frankfurt StV 1996, 138 (Fall Weimar); K /M-G, § 370 Rn 4; Wasserburg, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1983, S.196f; strenger HansOLG Hamburg JR 2001, 207 m. krit. Anm. Krehl).

При этом решении не применяется непосредственно принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого». Просто сомнение в правильности прежнего приговора не обосновывает возобновление производства. Из всего этого возникает проблема: остается ли действующей законная сила при наличии сомнений, поскольку принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» находит только очень опосредованное применение, если речь идет об оценке результата повторного судебного разбирательства (LR-Gössel, § 370 Rn 23; Kühne, Rn 698; zum Problem s. noch Peters, § 76 V 3b bb; Roxin, § 55 Rn 16 und Schünemann, ZStW 84 (1972), 870, 876ff). Так, к примеру, достаточно, если эксперт в процессе обоснования не может исключить, что на момент совершения преступления был в наличии биологический признак § 20 УК, и поэтому осужденный действовал невиновно (OLG Stuttgart StV 1990, 539; zust. SteRn , NStZ 1993, 414).

При удовлетворении ходатайства суд выносит решение о возобновлении производства и проведении нового судебного разбирательства (§ 370 II УПК). Если это решение вступило в законную силу, то процесс возвращается в состояние нахождения дела в судопроизводстве. Затем отпадает также допустимость дальнейшего исполнения наказания по приговору.

3. Новое судебное разбирательство согласно §§ 370 II, 373 УПК

По общему правилу в соответствии с § 140a закона о судоустройстве за положительным решением о возобновлении процесса следует **новое судебное разбирательство**, которое проводит компетентный суд. Как таковое оно не состоится в случае смерти осужденного. В данном случае возобновление производства может привести только к вынесению полного оправдательного приговора, иначе ходатайство о возобновлении процесса следует отклонить (§ 371 I УПК). Не требуется также новое судебное разбирательство, если существует уже достаточное количество доказательств для вынесения немедленного оправдательного приговора (§ 371 II УПК). Иначе приговор нужно вынести полностью снова, где принцип «сомнения толкуются в пользу обвиняемого» действует непосредственно. Следует учитывать, что согласно § 373 II УПК при возобновлении производства при вновь открывшихся обстоятельствах действует запрет поворота к худшему. Это означает, что приговор не может быть изменен в ущерб обвиняемому, если ходатайства о возобновлении процесса были ис-

ключительно в его пользу. Однако остается возможным помещение осужденного в психиатрическую больницу или наркологическое учреждение (§ 373 II 2 УПК).

Lesenswert zur Verteidigerstrategie bei Wiederaufnahmen Strate, StV 1999, 228.

Решение задачи 70. Осужденная Р. может на основании § 359 № 5 УПК заявлять ходатайство о возобновлении процесса. В данном случае были получены **новый факт** (голова не была сожжена в духовке) и **новое доказательство** (голова как вещественное доказательство). Представляется **достаточно вероятным** в новом судебном разбирательстве вынесение благоприятного для осужденной решения. Этого достаточно, чтобы признать ходатайство о возобновлении процесса допустимым (§§ 366ff УПК) и обоснованным (§§ 369, 370 УПК). Фактический результат нового судебного разбирательства (§§ 370 II, 373 УПК) ни в коем случае не предрешен, и суд может снова прийти к выводу, что Р. совершила убийство своего мужа при отягчающих обстоятельствах. В конкретном случае (Maria Rohrbach; dazu eingehend Peters, K., Fehlerquellen im Strafprozeß, Bd.1, 1970, S. 105ff) подсудимая в новом судебном разбирательстве была оправдана на основании принципа «сомнения толкуются в пользу обвиняемого». Подробно см. Rn 585ff. **589**

§ 32. Судопроизводство по делам частного и дополнительного частного обвинения, процедура рассмотрения гражданского иска в уголовном деле и прочие права потерпевшего

Задача 71. а) А. подвозит на своей машине подругу Б. до дома. Он ставит автомобиль на стоянку и начинает настойчиво принуждать Б. вступить с ним в половую связь. Водитель такси, Т., спешит на помощь к Б. А. пытается скрыться на машине. При этом он нечаянно наезжает на Т., причинив ему тем самым незначительные повреждения. Прокуратура обвиняет А. в принуждении к сексуальным действиям и причинении телесных повреждений по неосторожности. Б. хотела бы принять активное участие в судебном разбирательстве дела. Что она может для этого предпринять?

б) В ходе судебного разбирательства А. получает наказание в виде 12 месяцев лишения свободы условно. Б. как независимый участник процесса полагает, что А. необходимо оправдать. Какие средства обжалования судебного решения она может использовать, чтобы достичь своей цели?

I. Судопроизводство по делам частного обвинения

1. Преступления, преследуемые по делам частного обвинения

По **частному обвинению** в отличие от процесса, основанного на принципе официальности, возможно осуществлять преследование по жалобе частного лица. Государственное обвинение по делам частного обвинения предъявляется прокуратурой **590**

только тогда, когда это представляет публичный интерес (§ 376 УПК). Перечень преступлений, преследуемых по делам частного обвинения, зафиксирован в § 374 I УПК.

Возбудить преследование по делам частного обвинения может только **потерпевший** в смысле § 374 УПК, т.е. то лицо, которому в результате совершенного уголовно наказуемого деяния непосредственно был причинен вред его защищаемым правовым ценностям (исключение: § 374 II УПК; по понятию «потерпевший» см. Rn 346).

2. Начало и осуществление частного обвинения

591 Если существует подозрение в совершении подобного уголовно наказуемого деяния, то предусмотрены две возможности решения данной проблемы.

а) По общему правилу потерпевший по делам частного обвинения сначала только заявляет о совершенном преступлении и, таким образом, это является необходимым заявлением о возбуждении уголовного дела. Затем прокуратура проверяет: **существует ли в конкретном случае публичный интерес в осуществлении преследования по долгу службы (§ 376 УПК)**. По общему правилу публичный интерес присутствует, если в жизни потерпевшего нарушен общественный порядок, и уголовное преследование является своевременным требованием со стороны общественности (so RiStBV 86 II). Если прокуратура обнаруживает публичный интерес в осуществлении уголовного преследования, она предъявляет государственное обвинение (§ 376 УПК). В противном случае она прекращает процесс согласно § 170 II УПК из-за наличия обстоятельств, препятствующих проведению процесса, основанного на принципе официальности (Joachimski/Haumer, S.91), и указывает потерпевшему на возможность осуществления производства по делу частного обвинения.

б) Возможно также, что потерпевший и перечисленные в § 374 II, III УПК лица **без** предварительного обращения в прокуратуру могут подать в компетентный суд жалобу по делу частного обвинения (§ 374 I УПК).

в) Если преступление, преследуемое по частному обвинению, совпадает с **преступлением публичного преследования** в рамках уголовно наказуемого деяния в процессуальном смысле, то нужно исключить частное обвинение. Необходимо осуществлять преследование по делам частного обвинения наряду с преступлением публичного преследования без учета публичного интереса.

Пример. С целью рекламы своего товара торговый представитель А. переступает порог дома Ф. и оказывается в прихожей вопреки воле Ф. Последний заявляет о совершении преступления. В идеальной конкуренции находятся два совершенных преступления: преступление публичного преследования – принуждение (§ 240 УК) и преступление, преследуемое по частному обвинению, – нарушение неприкосновенности жилища (§ 123 УК), преследование по которому необходимо осуществлять без проверки на наличие публичного интереса в смысле § 376 УПК.

592 г) Потерпевший в качестве обвинителя в деле частного обвинения в значительной мере занимает **позицию прокуратуры**. Однако прокуратура не исключается из процесса, она вправе **на любом этапе** производства по делу до вступления приговора в законную силу **взять на себя уголовное преследование** на основании специального заявления (§ 377 II 1 УПК).

д) Однако осуществлять производство по делу частного обвинения в случаях, предусмотренных § 380 I УПК, возможно только после того, как посреднические орга-

ны, указанные земельным управлением юстиции, **безуспешно пытались примирить стороны**.

е) Частный обвинитель обладает правом на обжалование, которым располагает прокуратура по делам публичного обвинения (§ 390 I 1 УПК), однако **только в целях обвинения**, но не в пользу обвиняемого (OLG Hamburg NJW 1958, 1313; KMR-Stöckel, § 390 Rn 5).

II. Судопроизводство по делам дополнительного частного обвинения (сообвинение)

1. Понятие и функции

Дополнительное частное обвинение (§§ 395 – 402 УПК) по преступлениям, предусмотренным в § 395 УПК, предоставляет потерпевшему возможность присоединиться к государственному обвинению, предъявленному прокуратурой. Частный обвинитель, поддерживающий обвинение совместно с прокурором в деле публичного обвинения, не может оказывать решающее воздействие по собственному усмотрению на ход процесса[8]. Он может только присоединиться к уже начатому процессу, основанному на принципе официальности, в этом отношении дополнительное частное обвинение по природе является **акцессорным** применительно к государственному (публичному) обвинению (vgl Gollwitzer, Schäfer-FS, S.65). Однако при реализации своих прав сообвинитель независим от прокуратуры. В результате включения в процесс в качестве сообвинителя потерпевший приобретает широкие возможности участвовать в процессе, например, задавать вопросы, обладает правом ходатайствовать о предоставлении доказательств. **593**

В первую очередь дополнительное частное обвинение направлено на **удовлетворение и восстановление личных интересов** потерпевшего. Ему предоставляется право участвовать в уголовном процессе, в котором расследуемое инкриминируемое деяние затрагивает лично потерпевшего, особенно интенсивно. Это является существенным различием от частного обвинения (§§ 374ffУПК), которое предназначено, по крайней мере, de facto преимущественно для облегчения работы органов юстиции. При дополнительном частном обвинении потерпевший должен осуществлять свои потребности в возмездии, а прокуратура со своей стороны должна заниматься наказанием обвиняемого (Fabricius, NStZ 1994, 260; zT abw. Heidemeier, J., Sinn und Zweck der Nebenklage, Jur. Diss. Passau, 1985).

Одновременно институт сообвинения, так же как и производство по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств, обладает **контрольной функцией и функцией расследования**: с дополнительным частным обвинением законодатель предоставляет потерпевшему правовой инструментарий, который должен предотвратить упрек, а прокуратуре заняться расследованием преступления не так настойчиво (Gollwitzer, Schäfer-FS, S. 65). Таким образом, дополнительное частное обвинение служит также осуществлению частного контроля за прокурорской деятельностью.

В последнее время, учитывая интересы **потерпевшего**, все большее значение приобретает идея **охранительной функции** (Schünemann, NStZ 1986, 193ff); не последнюю роль в изменении правового оформления дополнительного частного обви-

[8] Далее частный обвинитель (потерпевший), поддерживающий обвинение совместно с прокурором в деле публичного обвинения, – сообвинитель; дополнительное частное обвинение – сообвинение.

нения сыграл также закон о защите свидетелей от 18.12.1986 г. (BGBl I, S.2496) (vert. Altenhain, JZ 2001, 791; zu weiteren Reformbestrebungen s. BR-Drucks. 507/99 und 552/00 sowie Hinz, DriZ 2001, 321).

2. Право на вступление в процесс

594 а) Правом на вступление в процесс обладает лицо, которое является потерпевшим в преступлениях, перечисленных в § 395 УПК. **Понятие «потерпевший»** необходимо понимать так же, как при производстве по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств (см. Rn 346). Потерпевший обладает правом на вступление в процесс в качестве сообвинителя, когда он является жертвой преступления, особенно нарушающего право на сексуальное самоопределение (I № 1a), или (умышленного) причинения вреда здоровью (I № 1c). В случае смерти в результате уголовно наказуемого деяния право на сообвинение согласно § 395 II № 1 УПК имеют родители, дети, братья, сестры и супруг убитого.

Особое положение содержит § 395 III УПК применительно к случаю **неосторожного причинения телесных повреждений**: при преступлении согласно § 229 УК сообвинение со стороны потерпевшего допустимо только тогда, когда это представляется необходимым при наличии особых оснований, в частности, в результате тяжких последствий при осуществлении своих интересов (grundlegend Beulke, DAR 1988, 114, 116; zT abw. Kurth, NStZ 1997, 2).

Поскольку § 395 УПК рассчитан только на «противоправное деяние» в смысле § 11 I № 5 УК, то сообвинение также допустимо, когда предметом процесса является опьянение лица согласно § 323a УК, и это деяние предусмотрено в § 395 I № 1 или № 2 УПК; а также здесь действует абзац 3 (BGH NStZ-RR 1998, 305). Дополнительное частное обвинение допустимо также при осуществлении производства по делу невменяемого лица, совершившего преступное деяние (см. Rn 277 и BGH NJW 2002, 692).

595 б) Вступление в процесс сообвинителя допускается на **любом этапе производства по делу** (§ 395 IV 1 УПК). Лицо, вступившее в дело, вправе обжаловать вынесенный приговор (§ 395 IV 2 УПК). Заявление о вступлении в процесс допустимо и без предыдущей жалобы потерпевшего с целью возбудить уголовное дело (BGH NStZ 1992, 452). Заявление о вступлении должно быть подано в суд в письменной форме (§ 396 I 1 УПК). По заявлению о вступлении в процесс суд, в ведении которого находится дело, проверяет формальное право на вступление в процесс (при включении в суд вышестоящей инстанции решает данный суд, ср. K/M-G, § 396 Rn 8).

В случаях, предусмотренных § 395 III УПК, суд дополнительно также рассматривает, разрешено ли вступление в дело по названным там основаниям (§ 396 II 2 УПК). Здесь следуют **два решения**. С одной стороны, так же, как и по всем другим преступлениям, проверяется формальное право на вступление в процесс. Если оно отрицается, то не разрешается вступление в процесс и потерпевшему предоставляется на основании § 304 I УПК право на подачу жалобы (hA, vgl K/M-G, § 396 Rn 19). Однако решение относительно наличия «особых оснований» в смысле § 395 III УПК не подлежит обжалованию (§ 396 II 2 УПК). На практике эти решения, как правило, объединяются. Несмотря на отказ в ходатайстве в суде первой инстанции, существует новое право заявлять ходатайства на допустимость дополнительного частного обвинения при обжаловании (Beulke, DAR 1988, 118; abw. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 310).

3. Права сообвинителя

596 а) Сообвинитель, в частности, имеет право присутствовать в судебном заседании, согласно § 397 I УПК это положение также действует, когда он должен быть допрошен в качестве свидетеля. Вследствие этого §§ 58 I, 243 II 1 УПК, по общему правилу ограничивающие право свидетеля присутствовать в судебном заседании, в данном случае не действуют. Иные права сообвинителя в судебном разбирательстве исчерпывающе перечислены в § 397 I 3 УПК.

б) § 397a I УПК при определенных тяжких преступлениях, преследуемых по дополнительному частному обвинению, позволяет независимо от экономических соображений в связи с судебными издержками (§ 397a II УПК) назначить «**адвоката сообвинителю из государственных расходов**». § 397a I УПК является lex specialis к § 68b УПК (см. Rn 196a). Уже до предъявления государственного обвинения сообвинитель может воспользоваться услугами адвоката, даже если его вступление в дело в качестве сообвинителя еще не последовало (§ 406g УПК; см. Rn 604).

в) **Правом обжалования** сообвинитель может воспользоваться независимо от прокуратуры (§ 401 I УПК). Однако он не может обжаловать приговор с целью назначить подсудимому более высокое наказание или иное юридическое обременение (§ 400 I 1.Alt. УПК). Недопустимым является обжалование, если преследуется цель осудить подсудимого за нарушение закона, которое не дает права вступить в дело в качестве сообвинителя (§ 400 I 2.Alt. УПК). При отсутствии ущерба сообвинитель (иначе действует прокурор, ср. § 296 II УПК) не вправе обжаловать решение в пользу подсудимого (BGHSt 37, 136, 137; aA Heidemeier, J., Sinn und Zweck er Nebenklage, Jur. Diss. Passau, 1985, S.299 und jetzt auch Altenhain, JZ 2001, 799).

III. Процедура рассмотрения гражданского иска в уголовном деле

1. Понятие и значение

597 Процедура рассмотрения гражданского иска в уголовном деле предоставляет потерпевшему возможность предъявить в уголовном процессе к обвиняемому гражданско-правовые требования, вытекающие из совершенного им уголовно наказуемого деяния, которые по общему правилу должны рассматриваться в гражданских судах.

2. Основания для проведения процедуры рассмотрения гражданского иска в уголовном деле, § 403 УПК

598 В рамках проведения процедуры рассмотрения гражданского иска в уголовном деле **потерпевший** вправе предъявить обвиняемому имущественно-правовое требование, которое **не было предъявлено в ином судебном порядке** (§ 403 I УПК). В частности, подразумевается право на возмещение ущерба и право на денежное возмещение за причиненный нематериальный ущерб согласно §§ 823ff, 847 ГК. Требования должны относиться к **подсудности общих судов**. Требования подлежат рассмотрению в участковых судах независимо от стоимости предмета (§ 403 I 2. HS УПК).

Должно быть предъявлено соответствующее ходатайство (§ 404 УПК). **Обладают правом заявлять соответствующее ходатайство** потерпевший от преступления, а также его наследники (§ 403 I УПК). В отличие от дополнительного частного обвинения право заявлять требование на возмещение ущерба не зависит от наличия определенного преступления.

Ходатайство непосредственно должно быть обращено к **обвиняемому**.

Поэтому нельзя воспользоваться при ДТП согласно § 3 закона об обязательном страховании транспортных средств страховкой от ответственности за причинение вреда.

3. Процессуальные действия /процедура

599 Согласно § 404 II УПК заявление ходатайства имеет те же последствия, что и предъявление иска в гражданско-правовом споре, т.е. с предъявлением гражданского иска в уголовном деле все требования, связанные с ним, являются **принятыми к судебному производству**. В процедуре рассмотрения гражданского иска в уголовном деле действуют положения не гражданско-процессуального кодекса, а УПК. Особое значение это имеет для судебного следствия, которое осуществляется в соответствии с §§ 226-275 УПК. В частности, для потерпевшего является очень выгодным расследование всех обстоятельств дела по долгу службы (ср. § 244 II УПК).

4. Решение суда

а) Отказ суда удовлетворить требования о возмещении ущерба

600 Суд отказывает удовлетворить требования потерпевшего о возмещении ущерба, если:

- требование является **недопустимым** (например, при нахождении дела в ином суде), § 405 S.2 Alt.2 УПК;
- обвиняемый признан **невиновным** в совершении уголовно наказуемого деяния и ему не назначены меры исправления и безопасности (§ 405 S.1 Alt.1 УПК);
- ходатайство признано в части или полностью необоснованным (§ 405 S.1 Alt.2 УПК);
- ходатайство **не подлежит рассмотрению** в уголовном процессе, например, если стоимость иска чрезвычайно высока для участкового суда или если бы его проверка привела **к затяжке процесса**, § 405 S.2 Alt.1 УПК (zur Gesamtproblematik zutreffend KMR-Fezer, § 405 Rn 10, 11; abw. K /M-G, § 405 Rn 4).

Отказ суда удовлетворить требования о возмещении ущерба в данных случаях означает, что суд ни отклоняет, ни отказывает в ходатайстве. Отказ суда удовлетворить данные требования приводит к последствию, что рассмотрение дела в данном судопроизводстве завершается **без того, чтобы удовлетворить на законном основании требования потерпевшего**. Однако если требование не удовлетворено, то оно может быть предъявлено потерпевшим в ином порядке (§ 406 III 2 УПК).

б) Решение суда об удовлетворении требования о возмещении ущерба

601 Если в результате судебного разбирательства требование о возмещении ущерба признано **обоснованным**, суд в **приговоре** указывает о его удовлетворении (§ 406 I 1 УПК). Согласно § 406 I 2 УПК решение может ограничиться **заявленным требованием** или его **частью**; соответственно действует § 318 ГПК. Следовательно, суд может ограничиться тем, чтобы установить только обязанность подсудимого возместить ущерб, но отказаться удовлетворить требование о размере суммы возмещения согласно § 405 S. 2 УПК (vgl KMR-Fezer, § 406 Rn 9). Слушание дела о сумме взыскания на основании § 304 II ГПК производится по подсудности гражданским судом (§ 406 III 3 УПК).

Согласно § 406 III 1 УПК решение об удовлетворении гражданско-правового требования в уголовном процессе приравнивается к решению суда по гражданским делам. Для **вступления решения в законную силу** действуют, однако, положения **УПК**, а для **реализации решения** – положения ГПК (vgl KMR-Fezer, § 406 Rn 11).

IV. Прочие права потерпевшего

1. Общие положения

Согласно §§ 406d – 406h УПК потерпевший от преступления является **самостоятельным участником процесса** независимо от возможного участия в уголовном процессе в качестве сообвинителя или в качестве потерпевшего, предъявляющего гражданско-правовые требования в ходе уголовного процесса. Понятие потерпевшего необходимо также определять в пределах действия §§ 406d ff УПК как и при производстве по исковому требованию о принуждении к выполнению обязательств согласно § 172 УПК (s.o. Rn 346; OLG Koblenz StV 1988, 332 m. Anm. Schlothauer). **602**

2. Особо важные права потерпевшего

– Самое важное, но также и самое проблематичное право потерпевшего – это его право по ознакомлению с материалами уголовного дела (vgl Otto, GA 1989, 289ff; Schlothauer, StV 1987, 356ff; Lüderssen, NStZ 1987, 249ff; Hellmann, NStZ 1996, 556), которым потерпевший может воспользоваться только посредством своего адвоката (ср. § 406e I 1 УПК). Основанием данного права в принципе выступает тот момент, что потерпевший излагает свой **правомочный интерес**. Согласно § 406e II 1 УПК в ознакомлении с материалами уголовного дела настоятельно следует отказать адвокату потерпевшего, если это обусловлено высшими охраняемыми интересами обвиняемого (problematisch dazu LG Stade StV 2001, 159). Согласно § 406e II 2 УПК в ознакомлении может быть также отказано, если оно угрожает целям предварительного расследования или связано с существенной затяжкой процесса. Вопрос об обеспечении ознакомления адвоката потерпевшего с материалами дела на стадии дознания решает прокуратура, а в производстве по преданию обвиняемого суду и в судебном производстве – председатель суда, в котором рассматривается дело (§ 406e IV 1 УПК). Согласно § 406e IV 2 StPO решение **прокуратуры**, вынесенное в пределах действия § 161a III 2-4 УПК, возможно обжаловать; но соответствующее решение председателя суда обжалованию не подлежит (Einzelheiten bei KMR-Stöckel, § 406e Rn 24). **603**

– Потерпевший по его ходатайству должен быть уведомлен **об исходе судебного процесса**, поскольку это касается его (§ 406d I УПК). **604**
– Согласно § 406f StPO потерпевший в уголовном процессе может **воспользоваться услугами адвоката**.
– На основании § 406f III УПК потерпевший вправе ходатайствовать о разрешении **присутствия лица, пользующегося его доверием, на допросе**, если он допрашивается в качестве свидетеля.
– § 406g УПК предоставляет **сообвинителю** (ср. § 395 УПК) право на **привлечение адвоката** с большим кругом правомочий (vgl Beulke, DAR 1988, 114, 118; krit. Kempf, StV 1987, 215, 218; Weider, StV 1987, 317, 318). Данные полномочия предоставляются независимо от того, будет ли в последующем потерпевший выступать в качестве сообвинителя.

3. Прочая компенсация вреда

605 – Возмещение вреда потерпевшему от насильственного преступления регулируется законом о компенсации вреда потерпевшим (BGBl I 1 1985, 1), в соответствии с § 1 потерпевший, которому в результате преступления были причинены экономический ущерб и вред здоровью, получает согласно федеральному закону об оказании помощи жертвам преступления определенную компенсацию.

– Согласно закону об обеспечении реализации требований потерпевшего от преступлений (BGBl I 1998, 905) потерпевший в смысле § 172 I УПК приобретает требование на возмещение вреда от соучастника преступления по законному праву залога на доходы, которые получал соучастник преступления в результате коммерциализации преступления в средствах массовой информации (näher Nowotsch, NJW 1998, 1831; Lüderssen, StV 1999, 65).

Überblick zum Opferschutz bei Kintzi, DRiZ 1998, 65; Stöckel, JA 1998, 599; zur Reform Schöch, Rieß-FS, S. 507.

606 **Решение задачи 71. а)** Б. вправе изъявить свое согласие на вступление в процесс в качестве **сообвинителя** (§§ 395, 396 УПК) с целью удовлетворения своих личных интересов, а также содействия наказанию А. § 177 УК относится к преступлениям, которые образуют каталог преступлений § 395 I УПК (№1а). Подробно см. Rn 594.

б) Согласно господствующему мнению сообвинитель не вправе обжаловать решение в пользу подсудимого, поскольку у него отсутствуют основания для жалобы. Подробно см. Rn 596.

§ 33. Процессуальные расходы

Задача 72. а) А. по неосторожности совершил аварию, в которой погибли два человека. Полиция определила содержание алкоголя в крови у А. и выяснила, что на момент аварии у него было 1,1 промилли алкоголя в крови. Участковым судом А. был приговорен к двум годам лишения свободы. На приговор он подал кассацию с обоснованием, что на протяжении всего судебного разбирательства суд грубо нарушал правила о гласности, закрыв общественности доступ в зал судебного заседания (§ 338 № 6 УПК). Кассационный суд частично отменил приговор суда первой инстанции и возвратил дело на дорасследование. Другой состав судей участкового суда выносит приговор, вступивший в законную силу, подтверждая первоначальное решение участкового суда. Кто несет процессуальные расходы и какие именно?

б) Кто оплачивает услуги защитника?

I. Понятие расходов

607 Согласно § 464a I 1 УПК **расходы** – это родовое понятие **пошлин и издержек** государственной казны (§§ 40ff закона о судебных издержках).

Пошлины должны возмещать издержки всего процесса в паушальной форме. По уголовным делам судебные сборы определяются вступившим в законную силу приговором о наказании (§ 40 I закона о судебных издержках). Под № 6110ff приложения 1 к закону о судебных издержках представлены суммы пошлин применительно к пошлинам, взимаемым в отношении конкретных составов деяния. Так, например, сегодня взимается пошлина в размере 245 евро за проведение судебного разбирательства в суде первой инстанции при осуждении к наказанию в виде лишения свободы от двух и более лет (№6110 приложения 1 закона о судебных издержках).

Издержки государственной казны определяются по фактически израсходованным суммам. Они могут быть отменены только в строго предусмотренных законом случаях – № 9000ff приложения 1 к закону о судебных издержках. К издержкам государственной казны относят, например, доставку по почте (№ 9002 приложения 1 данного закона) и возмещение для свидетелей и экспертов (№ 9005 приложения 1 этого же закона). Издержки на определение содержания алкоголя в крови также относят к ним.

Не к собственно процессуальным расходам причисляют **необходимые издержки участников процесса**. К примеру, в качестве таковых § 464a II УПК относит необходимые издержки участников на возмещение за пропуск времени и **услуг адвоката**. Отдельные положения содержат правила о необходимых издержках участников (ср. § 467 I УПК).

II. Носитель расходов

1. Осужденный как носитель расходов

Согласно § 465 УПК по общему правилу процессуальные расходы из-за расследования по делу возложены на осужденного или на лицо, которому назначена мера исправления и безопасности. Свои необходимые издержки (в частности, расходы на услуги адвоката) он также должен нести самостоятельно (KK-Franke, § 465 Rn 3). **608**

Возложение расходов на осужденного частично оправдан принципом виновности, а частично денежной необходимостью. В соответствии с господствующим мнением осужденный в результате выполнения состава преступления спровоцировал осуществление в отношении себя уголовного преследования, т.е. **побудил** к процессуальным расходам (BVerfGE 18, 302, 304; BGHSt 25, 109, 118). Критики этой концепции, требующие снятия с правонарушителя обязанности нести расходы (их аргумент: в этом случае правонарушителю проще будет расоциализироваться), до сих пор не могли одержать победу в данной дискуссии (Hassemer, ZStW 85 (1973), 651).

2. Государство как носитель расходов

Если обвиняемый **оправдан или ходатайство об открытии судебного разбирательства отклонено либо дело прекращено**, то издержки производства и необходимые расходы относят на **счет казны** (§ 467 I УПК). **609**

Из принципа освобождения подсудимого от уплаты расходов, в отношении которого нельзя было опровергнуть презумцию его невиновности, существуют исключения.

Пример для принудительного исключения: при окончательном прекращении процесса (§ 153a УПК) необходимые расходы подсудимого не относятся на счет казны (§ 467 V УПК).

Пример для факультативного исключения: если суд прекращает дело согласно предписанию, которое позволяет ему действовать по собственному усмотрению, то он может при этом отказаться отнести необходимые расходы подсудимого на счет казны, § 467 IV УПК (zur verfassungsrechtlichen Problematik s. BVerfGE 82, 106 m. abl. Anm. Paulus, NStZ 1990, 600; BVerfG StV 1993, 138).

III. Расходы в производстве в суде второй инстанции

610 Расходы на производство в случае отзыва жалобы или безуспешного обжалования несет тот, кто принес жалобу (§ 473 I 1 УПК). **Безуспешным** является **обжалование**, когда оно отклонено как недопустимое или необоснованное или когда оно приводит к тождественному либо почти тождественному результату в суде первой инстанции (BGHSt 18, 231, 234).

611 **Решение задачи** 72. **а)** Поскольку А. был **осужден** приговором, вступившим в законную силу, то в соответствии с § 465 I 1 УПК на него возложены **процессуальные расходы**. Процессуальные расходы – это пошлины и издержки государственной казны (§ 464a I 1 УПК). При этом процесс в суде первой инстанции и в кассационной образует единство на возмещение процессуальных расходов. Согласно § 464a I 2 УПК к расходам относят также издержки в связи с подготовкой государственного обвинения. В данном случае – это издержки по установлению алкоголя в крови у А.

Поскольку участковый суд снова подтвердит первоначальную меру наказания, то осужденный согласно § 473 I 1 УПК несет также **процессуальные расходы, связанные с кассационным производством**, несмотря на отмену им первого приговора. А. должен нести все судебные расходы (BGHSt 18, 231, 233; K/M-G, § 473 Rn 7; krit. Roxin, § 57 Rn 8; Warburg, NJW 1973, 23).

б) При затратах А. на своего **защитника** речь идет не о расходах в смысле §§ 464ff УПК, а о т.н. **необходимых издержках** (§ 464a II № 2 УПК). Их также должен нести осужденный А. Подробно см. Rn 607ff.

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
aA	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abschn.	Abschnitt
abw.	abweichend
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
Alt.	Alternative
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt Zitiert nach Jahr und Seite
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts Zitiert nach Band und Seite
arg.	argumentum
Art.	Artikel
ausf.	ausführlich
Az	Aktenzeichen
BA	Blutalkohol Zitiert nach Jahr und Seite
BAK	Blutalkoholkonzentration
BayAGGVG	Gesetz zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen des Bundes in Bayern (Ziegler-Tremel Nr 295)
BayGerOrgG	Gesetz über die Organisation der ordentlichen Gerichte im Freistaat Bayern (Ziegler-Tremel Nr 296)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes in Strafsachen Zitiert nach Jahrgang und Seite
BayPOG	Gesetz über die Organisation der Bayerischen Staatlichen Polizei (Ziegler-Tremel Nr 580)
BayRS	Bayerische Rechtssammlung
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern
BB	Betriebsberater Zitiert nach Jahr und Seite
BBG	Bundesbeamtengesetz (Sartorius I Nr 160)
BbgVerfG	Brandenburgisches Verfassungsgericht
Bd.	Band
ber.	Berichtigt
BerlVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
Beschl.	Beschluss
Bespr.	Besprechung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Schönfelder Nr 20)
BGBl I, II, III	Bundesgesetzblatt Teil I, Teil II, Teil III
BGH	Bundesgerichtshof

BGHR	BGH - Rechtsprechung - Strafsachen hrsg. von den Richtern des Bundesgerichtshofes Zitiert nach Paragraph, Stichwort und Nummer
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen Zitiert nach Band und Seite
BGH <B>	Becker, Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht
BGH <Pf/M>	Pfeiffer/Miebach, Aus der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	BKA-Gesetz vom 7. Juli 1997 (BGBl I S. 1650)
BMJ	Bundesminister der Justiz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung (Schönfelder Nr 98)
BrandOLG	Brandenburgisches Oberlandesgericht
BR-Drücks.	Drucksache des Bundesrates
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz (Sartorius I Nr 150)
Bsp.	Beispiel
BT-Drucks.	Drucksache des Bundestages
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Sartorius I Nr 275)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes Zitiert nach Band und Seite
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Sartorius I Nr 40)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes Zitiert nach Band und Seite
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
CCC	Constitutio Criminalis Carolina von 1532
CR	Computer und Recht Zitiert nach Band und Seite
d.	der, die
DAR	Deutsches Autorecht
DAV	Deutscher Anwaltsverein Zitiert nach Jahr und Seite
ders.	derselbe
dh	das heisst
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNA-IFG	DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 7.9.1998 (BGBl I S. 2646) mit änderungsgesetz (BGBl 1999 I, S. 1242)
DRiG	Deutsches Richtergesetz (Schönfelder Nr 97)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung. Zitiert nach Jahr und Seite
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift Zitiert nach Jahr und Seite
Dt.	Deutsch
EGGVG	Einführungsgesetz zum GVG (Schönfelder Nr 95 a)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStPO	Einführungsgesetz zur Strafprozessordnung
Einl.	Einleitung
einschr.	einschränkend
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (BGBl II 1952, S. 686)
etc	et cetera

EuGH	Europäischer Gerichtshof (Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften)
EuGHE	Sammlung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes Zitiert nach Jahr und Seite
EuGRZ	Europäische Grundrechte, Zeitschrift
EU-RhÜbk	Rechtsakt des Rates vom 29.5.2000 über die Erstellung des übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (Amtsblatt der EU 2000, C 197)
EU	Vertrag über die Europäische Union
EV	Einigungsvertrag (Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands) vom 31. August 1990 (BGBlII S. 889)
evtl.	Eventuell
f	folgende
ff	fortfolgende
Fn	Fussnote
FS/FG	Festschrift/Festgabe
G 10	Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses (Sartorius I Nr 7)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht Zitiert bis 1952 nach Band und Seite, ab 1953 nach Jahr und Seite
GBl	Gesetzblatt
GedSchr	Gedächtnisschrift
gem.	gemäss
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Schönfelder Nr 1; Sartorius I Nr 1; BGBlIII Nr 100-1)
ggf	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz (Schönfelder Nr 115)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Schönfelder Nr 52)
GrS	Grosser Senat
GVBl	Gesetzes- und Verordnungsblatt Zitiert nach Jahr, Nummer, Seite
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Schönfelder Nr 95)
hA	herrschende Ansicht
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung Zitiert nach Jahr und Nummer
Hrsg	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS	Halbsatz
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
iE	im Ergebnis
ieS	im engeren Sinn
iF	im Fall
inkl.	inklusive
insbes.	insbesondere
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 (BGBlII 1973, S. 1534)
iRd	im Rahmen der (des)
iS	im Sinne

iSd	im Sinne der (des)
iSv	im Sinne von
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof
iü	im übrigen
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JA	Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen Zitiert nach Jahr und Seite
JA-R	Juristische Arbeitsblätter Rechtsprechung Zitiert nach Jahr und Seite
JGG	Jugendgerichtsgesetz (Schönfelder Nr 89)
JK	Jura Kartei Zitiert nach Jahr, Paragraph und Nr
JMBl	Justizministerialblatt Zitiert nach Jahr und Seite
JR	Juristische Rundschau Zitiert nach Jahr und Seite
Jura	Juristische Ausbildung Zitiert nach Jahr und Seite
JuS	Juristische Schulung Zitiert nach Jahr und Seite
Justiz	Die Justiz Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg
JW	Zitiert nach Jahr und Seite Juristische Wochenschrift
JZ	Zitiert nach Jahr und Seite Juristenzeitung Zitiert nach Jahr und Seite
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht (Berlin)
Kriminalistik	Kriminalistik Zitiert nach Jahr und Seite
krit.	kritisch
KronzG	Gesetz zur änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Versammlungsgesetzes und zur Einführung einer Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten vom 9.6.1989 (BGBl I S. 1059)
KunstUrhG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Schönfelder Nr 67)
LG	Landgericht
lit.	littera
LKA	Landeskriminalamt
LM	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes Ein Nachschlagewerk von Lindenmaier/Möhring Zitiert nach Nummer und Paragraph
LMJ	Landesminister der Justiz
ltd.	leitende
m.	mit
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht Zitiert nach Jahr und Seite
MDR <D>	Dallinger, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen
MDR <H>	Holtz, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform Zitiert nach Jahr und Seite

mwN	mit weiteren Nachweisen
NJ	Neue Justiz Zitiert nach Jahr und Seite
NJW	Neue Juristische Wochenschrift Zitiert nach Jahr und Seite
NOEP	Nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamte
Nr	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht Zitiert nach Jahr und Seite
NStZ <M>	Miebach, Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des BGH in Strafsachen zum Verfahrensrecht
NStZ <Pae>	Paeffgen, Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen
NStZ <Pf>	Pfeiffer, Aus der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen
NStZ <Pf/M>	Pfeiffer/Miebach, Aus der (vom BGH nicht veröffentlichten) Rechtsprechung des BGH in Strafsachen zum Verfahrensrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Zitiert nach Jahr und Seite
Nwe	Nachweise
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht Zitiert nach Jahr und Seite
o.	oben
oa	oben angegeben
OBG	Ordnungsbehördengesetz Nordrhein-Westfalen idF vom 13.5.1980
östVerfGH	österreichischer Verfassungsgerichtshof
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OrgKG	Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität v. 15.7.1992 (BGBlIS. 1302)
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Schönfelder Nr 94)
PflVG	Gesetz über die Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter (Schönfelder Nr 63)
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Strafsachen Zitiert nach Band und Seite
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bussgeldverfahren (abgedruckt als Anhang 15 bei K/M-G)
Rn	Randnummer
RPflEntlG	Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege vom 11.1.1993 (BGBlIS. 50) geändert durch 3. VerjährungsG v. 22.12.1997 (BGBl I S. 3223)
Rs.	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
RuP	Recht und Politik Zitiert nach Jahr und Seite
S.	Seite, Satz
s.	siehe
SDü	Schengener Durchführungsübereinkommen v. 19. Juni 1990 (BGBl. II 1993, S. 1013)
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte (r)
st.	ständige (r)
StA	Staatsanwalt/Staatsanwaltschaft

StGB	Strafgesetzbuch (Schönfelder Nr 85)
StPäG	Gesetz zur änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19.12.1964 (BGB11 S. 1067)
StPO	Strafprozessordnung (Schönfelder Nr 90)
str.	strittig
StraFo	Strafverteidiger Forum Zitiert nach Jahr und Seite
SträndG	Strafrechtsänderungsgesetz idF vom 16. Juli 1979 (BGB11 S. 1046)
StrEG	Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen idF vom 8. März 1971 (BGB11 S. 157; III S. 313-4)
StUG	Stasi-Unterlagen-Gesetz, BGB11 1991, S. 2272
StV	Strafverteidiger Zitiert nach Jahr und Seite
StVäG 1987	Strafverfahrensänderungsgesetz 1987 vom 27.1.1987 (BGB11 S. 475)
StVäG 1999	Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 vom 2.8.2000 (BGBl IS. 1253-1262)
StVG	Strassenverkehrsgesetz (Schönfelder Nr 35)
s.u.	siehe unten
ua	unter anderem
u.	unten, und
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Schönfelder Nr 73)
v.	von/vom
Var.	Variante
VE	Verdeckter Ermittler
VerbrBekG	Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 28.10.1994 (BGBl I S. 3186)
Verh.	Verhandlung
vert.	vertiefend
VG	Verwaltungsgericht
vgl	vergleiche
Vor.	Vorbemerkung
Voraufl.	Vorauflage
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung Zitiert nach Jahr und Seite
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht Zitiert nach Jahr und Seite
zB	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung (Schönfelder Nr 100)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik Zitiert nach Jahr und Seite
ZSchG	Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998 (BGBl I S. 820)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft Zitiert nach Band <Jahr> und Seite
zT	zum Teil
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
zust.	Zustimmend

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

50 Jahre BGH-Prax-FS	Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, 2000
50 Jahre BGH-Wiss-FS	50 Jahre Bundesgerichtshof - Festgabe aus der Wissenschaft Bd. IV Strafrecht und Strafprozessrecht, 2000
AK	Reihe Alternativkommentare (Hrsg. Wassermann), Kommentar zur Strafprozessordnung, Band 1 (1988); Band 2, Teilband 1 (1992), Teilband 2 (1993); Band 3 (1996). Zitiert nach Bearbeiter, (StPO-) Paragraph und Randnummer
A/N/M	Alsberg, Max/Nüse, Karl-Heinz/Meyer, Karlheinz, Der Beweisantrag im Strafprozess, 5. A. 1983
Arloth	Arloth, Frank, Strafprozessrecht, 1995
Arzt	Arzt, Gunther, Die Strafrechtsklausur, 6. A. 2000. Zitiert nach Seite
Barton	Mindeststandards der Strafverteidigung, 1994
Baumann	Baumann, Jürgen, Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts, 3. A. 1979
Beck'sches mularbuch	Hamm, Rainer/Lohberger, Ingram, Beck'sches Formularbuch für Forden Strafverteidiger, 4. A. 2002
Bemmann-FS	Festschrift für Günter Bemmann, 1997
Beulke	Beulke, Werner, Der Verteidiger im Strafverfahren, Funktion und Rechtsstellung, 1980
Beulke, Jugendverteidigung	Beulke, Werner, Die gerichtliche Bestellung eines Verteidigers, Interpretation der §§ 140 ff StPO unter jugendrechtlichen Gesichtspunkten, in: Verteidigung in Jugendstrafsachen, hrsg. v. Bundesministerium der Justiz, 1987, S. 170 ff
Beulke, Jugendverteidigung II	Beulke, Werner, Die notwendige Verteidigung in der rechtlichen Entwicklung, in: Walter, M. (Hrsg), Strafverteidigung für junge Beschuldigte, 1997, S. 37 ff
Beulke, Strafbarkeit	Beulke, Werner, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989
Bohnert	Bohnert, Joachim, Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts, 1992
Bosch	Bosch, Nikolaus, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, 1998
Brunner	Brunner, Raimund, Abschlussverfügung der Staatsanwaltschaft, 6. A. 2002. Zitiert nach Randnummer
Brans-FS	Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag, 1978
Brüssow ua	Brüssow, Rainer/Gatzweiler, Norbert/Krekeler, Wilhelm/Mehle, Volkmar (Hrsg), Strafverteidigung in der Praxis, 2. A. 2000, Band I. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Burhaff, Ermittlungsverfahren	Burhoff, Detlef, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 2. A. 1999. Zitiert nach Randnummer.
Burhoff, Hauptverhandlung	Burhoff, Detlef Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 3. A. 1999. Zitiert nach Randnummer
Dahs	Dahs, Hans, Handbuch des Strafverteidigers, 6. A. 1999. Zitiert nach Randnummer
Dahs-FS	Dona Scripta der Kanzlei RSDS, Hans Dahs gewidmet, 2000
Dünnebier-FS	Festschrift für Hanns Dünnebier, 1982
Eberti/Müller	Eberth, Alexander/Müller, Eckhart, Verteidigung in Betäubungsmittelsachen, 3. A. 2001
Eisenberg	Eisenberg, Ulrich, Beweisrecht der StPO, 4. A. 2002. Zitiert nach Randnummer

Eisenberg, JGG	Eisenberg, Ulrich, Jugendgerichtsgesetz, 9. A. 2002. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Eser	Eser, Albin, Einführung in das Strafprozessrecht, 1983
FA-Strafrecht	Bockemühl, Jan (Hrsg), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. A. 2001. Zitiert nach Bearbeiter, Teil, Kapitel und Randnummer
Feuerich/Braun	Feuerich, Wilhelm/Braun, Anton, Bundesrechtsanwaltsordnung, 5. A. 2000
Fezer	Fezer, Gerhard, Strafprozessrecht, Juristischer Studienkurs, 2. A. 1995. Zitiert nach Fall- und Randnummer
Friebertshäuser-FG	Festgabe für den Strafverteidiger Heino Friebertshäuser, 1997 Festschrift für
Gallas-FS	Wilhelm Gallas, 1973
Geerds	Geerds, Friedrich, übungen im Strafprozessrecht, 1989
Gössel	Gössel, Karl Heinz, Strafverfahrensrecht, 1977. Zitiert nach Paragraph und Abschnitt
Grasshof-FS	Festgabe für Karin Grasshof, 1998
Grüner	Grüner, Gerhard, über den Missbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozess, 2000
Grünwald	Grünwald, Gerald, Das Beweisrecht der Strafprozessordnung, 1993
Grünwald-FS	Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999
Grützner-FS	Aktuelle Probleme des Internationalen Strafrechts. Beiträge zur Gestaltung des Internationalen und eines supranationalen Strafrechts. Heinrich Grützner zum 65. Geburtstag, 1970
Hanack-FS	Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag, 1999
Hellmann	Hellmann, Uwe, Strafprozessrecht, 1998. Zitiert nach Teil, Paragraph und Randnummer
Hellmann, Fallsammlung	Hellmann, Uwe (Hrsg), Fallsammlung zum Strafprozessrecht, 2001.
Hettinger	Hettinger, Michael, Entwicklungen im Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Gegenwart, 1997
Henkel	Henkel, Heinrich, Strafverfahrensrecht, 2. A. 1968. Zitiert nach Paragraph und Abschnitt
HK	Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von Lemke ua, 3. A. 2001. Zitiert nach Bearbeiter, Paragraph und Randnummer
H. Mayer-FS	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966
Hillenkamp	Hillenkamp, Thomas, Die Urteilsabsetzungs- und die Revisionsbegründungsfrist im deutschen Strafprozess, 1998
Hillenkamp, AT	Hillenkamp, Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 10. A. 2001
Hirsch,	Hirsch/Hofinanski/Plywaszewski/Roxin (Hrsg), Neue Erscheinungs-Erscheinungsformenformen der Kriminalität in ihrer Auswirkung auf das Straf- und Strafprozessrecht, 1996
Hirsch-FS	Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999
Honig-FS	Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 1970
Huber	Huber, Michael, Das Strafurteil, 1993
Joachimski/Haumer	Joachimski, Jupp/Haumer, Christine, Strafverfahrensrecht, 4. A. 2000
Kaiser-FS	Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, 1998 (Halbband 1 u. 2)
Katholnigg	Katholnigg, Oskar, Strafgerichtsverfassungsrecht, Kommentar, 3. A. 1999. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Kissel	Kissel, Otto Rudolf, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. A. 2001. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
KK	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, hrsg. von Pfeiffer, 4. A. 1999. Zitiert nach Bearbeiter, (StPO-) Paragraph und Randnummer
K/M-G	Kleinknecht/Meyer-Gossner, Strafprozessordnung, 45. A. 2001. Zitiert nach (StPO-) Paragraph und Randnummer

KMR	Loseblattkommentar zur Strafprozessordnung, begründet von Kleinknecht/Müller/Reitberger, hrsg. von Fezer/Paulus, ab 14. Lieferung von v. Heintschel-Heinegg/Stöckel, jeweils mit Ergänzungslieferungen, 8. A. ab 1990. Zitiert nach Bearbeiter, (StPO-) Paragraph und Randnummer
Knemeyer	Knemeyer, Franz-Ludwig, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. A. 2000. Zitiert nach Randnummer
Koch-FS	Festgabe für Ludwig Koch, 1989
KOM	Veröffentlichungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, geordnet nach Jahrgang und Seite
Körner	Körner, Harald Hans, Betäubungsmittelgesetz, 5. A. 2001. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Krack	Krack, Rudolf, Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002
Kramer	Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 5. A. 2002
Krey	Krey, Volker, Strafverfahrensrecht, Band 1 (1988); Band 2 (1990). Zitiert nach Band und Randnummer
Kühl	Kühl, Kristian, Strafrecht AT, 3. A. 2000
Kühne	Kühne, Hans-Heiner, Strafprozessrecht, 5. A. 1999. Zitiert nach Randnummer
Kühne/Miyazawa	Kühne, Hans-Heiner/Miyazawa, Koichi, Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderungen in Japan und Deutschland, 2000. Zitiert nach Bearbeiter und Seite
Lackner/Kühl	Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. A. 2001. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Lackner-FS	Festschrift für Karl Lackner, 1987
Lange-FS	Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976
Lenckner-FS	Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998
Lesch	Lesch, Heiko Hartmut, Strafprozessrecht, 2. A. 2001. Zitiert nach Kapitel und Randnummer
LR	Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, Grosskommentar, hrsg. von Peter Riess, 25. A. 1997 ff. Zitiert nach Bearbeiter, Paragraph und Randnummer
Lüderssen-FS	Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002
Lüke-FS	Festschrift für Gerhard Luke zum siebzigsten Geburtstag, 1997
Maihofer-FS	Rechtsstaat und Menschenwürde, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, 1988
Malek	Malek, Klaus, Verteidigung in der Hauptverhandlung, 3. A. 1999. Zitiert nach Randnummer
Malek/Wohlers	Malek, Klaus/Wohlers, Wolfgang, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. A. 2001. Zitiert nach Randnummer
Mediationsverfahren	Pelikan, Christa (Hrsg), Mediationsverfahren, 1999. Zitiert nach Bearbeiter
Meurer	Meurer, Dieter, Strafprozessrecht, 3. A., 1991. Zitiert nach Paragraph und Abschnitt
Meyer-GedSchr	Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, 1990
Meyer-Gossner-FS	Festschrift für Lutz Meyer-Gossner zum 65. Geburtstag, 2001 Festschrift für
Miyazawa-FS	Koichi Miyazawa, 1995
Moos-FS	Festschrift für Reinhard Moos zum 65. Geburtstag, 1997 Symposium für Egon
Müller-Symp	Müller, Schriftenreihe der Bundesrechtsanwaltskammer Bd. 12, Redaktion: E. Wähle, 2000
Müller-Dietz-FS	Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001
Murmann/Grassmann	Murmann, Uwe/Grassmann, Nils, Die strafprozessuale Zusatzfrage im Ersten Juristischen Staatsexamen, Beilage zu Heft 3/2001 der JuS
Odersky-FS	Festschrift für Walter Odersky zum 75. Geburtstag, 1996
Oehler-FS	Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985

Palandt	Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 61. A. 2002
Peters	Peters, Karl, Strafprozess. Ein Lehrbuch, 4. A. 1985. Zitiert nach Paragraph und Abschnitt
Peters-FS	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974
Pfeiffer	Pfeiffer, Gerd, Strafprozessordnung, Kommentar, 4. A. 2002
Rahn	Rahn, Dietrich, Mustertexte zum Strafprozess, neubearbeitet von H.Ch. Schaefer, 6. A. 1997. Zitiert nach Numerierung der Muster
Ranft	Ranft, Otfried, Strafprozessrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis, 2. A. 1995. Zitiert nach Randnummer
Rebmann-FS	Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, 1989
Riess-FS	Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, 2002
Rogall	Rogall, Klaus, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977
Roxin	Roxin, Claus, Strafverfahrensrecht, ein Studienbuch, 25. A. 1998. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Roxin-FS	Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001
Roxin, PdW	Roxin, Claus, Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, Strafprozess, 15. A. 1997
Rudolphi-Sym	Wolter, J. (Hrsg), Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Symposium zu Ehren von H.-J. Rudolphi, 1995
Rüping	Rüping, Hinrich, Das Strafverfahren, 3. A. 1997. Zitiert nach Randnummer
Salger-FS	Festschrift für Hannskarl Salger, 1995, hrsg. v. Eser, A. ua
Satzger	Satzger, Helmut, Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, 2001
Schäfer	Schäfer, Gerhard, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. A. 2000. Zitiert nach Randnummer
Schäfer, Strafzumessung	Schäfer, Gerhard, Praxis der Strafzumessung, 2. A. 1995. Zitiert nach Randnummer
Schäfer-FS	Festschrift für Karl Schäfer zum 80. Geburtstag, 1980
Schaffstein/Beulke	Schajfstein, Friedrich/Beulke, Werner, Jugendstrafrecht, Eine systematische Darstellung, 14. A. 2002
Schlothauer	Schlothauer, Reinhold, Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger, 2. A. 1998. Zitiert nach Randnummer
Schlothauer/Weider	Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim, Untersuchungshaft, 3. A. 2001. Zitiert nach Randnummer
Schlüchter	Schlüchter, Ellen, Das Strafverfahren, 2. A. 1983. Zitiert nach Randnummer
Schlüchter, Kernwissen	Schlüchter, Ellen, Strafprozessrecht, Kernwissen, 3. A. 1999
Schlüchter, Kurz	Schlüchter, Ellen, Strafprozessrecht in aller Kürze, 2, A. 1999
Schlüchter-FS	Freiheit und Verantwortung in schwieriger Zeit, Kritische Studien aus vorwiegend straf(prozess-)rechtlicher Sicht zum 60. Geburtstag von Prof. Dr. Ellen Schlüchter, herausgegeben von Gunnar Duttge, 1998
Schmid-FS	Festschrift für Nikiaus Schmid zum 65. Geburtstag, 2001
Schmidt-Leichner-FS	Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag, 1977
Schmidt	Schmidt, Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Band I (2. A.) 1964; Band II 1957; Band III 1960. Zitiert nach Band, Paragraph und Randnummer
Schwarze	Schwarze, Jürgen (Hrsg), EU-Kommentar, 2000. Zitiert nach Bearbeiter und Artikel
Schweitzer	Schweitzer, Michael, Staatsrecht III, 7. A. 2000. Zitiert nach Randnummer

Schroeder	Schroeder, Friedrich-Christian, Strafprozeßrecht, 3. A. 2001. Zitiert nach Randnummer
Schweder/Meindl	Schroeder, Friedrich-Christian/Meindl, Wolfhard, Strafprozessrecht -Fälle und Lösungen, 3. A. 1998. Zitiert nach Fall und Seite
SK	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, bearbeitet von Rudolphi/Frisch/Paejfgen/Rogall/ Schlüchter/Wesslau/Wolter, Loseblattkommentar idF v. Oktober 2001. Zitiert nach Bearbeiter, (StPO-) Paragraph und Randnummer
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, bearbeitet von Rudolphi/Horn/Günther/Samson/Hoyer, Loseblattkommentar; Bd. II (Besonderer Teil) 5. A. (1995) idF v. Oktober 2001. Zitiert nach Bearbeiter, Paragraph und Randnummer
Sowada	Sowada, Christoph, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren, 2002
Spendel-FS	Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992
S/S	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, bearbeitet von Lenckner, Cramer, Eser, Stree, Heine, Perron, Sternberg-Lieben; 26. A. 2001. Zitiert nach Bearbeiter, Paragraph und Randnummer
Stree/Wessels-FS	Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993
Toepel	Toepel, Friedrich, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweises im Strafprozessrecht, 2002
Tondorf	Tondorf, Günter, Der psychologische und psychiatrische Sachverständige im Strafverfahren, 2002
Tröndle/Fischer	Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 50. A. 2001. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Tröndle-FS	Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989
Verrel	Verrel, Torsten, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren, 2001
Volk	Volk, Klaus, Strafprozessrecht, 2. A. 2001. Zitiert nach Paragraph und Randnummer
Verdeckte Ermittler	Claudius Geissler (Hrsg.), Verdeckte Ermittler und V-Personen im Strafverfahren, 2001. Zitiert nach Autor und Seite.
Vordermayer/v. Heintschel-Heinegg	Vordermayer/ v. Heintschel-Heinegg (Hrsg), Handbuch für den Staatsanwalt. Zitiert nach Autor, Teil und Seite
Waltos-FS	Festschrift für Stanislaw Waltos, hrsg. von Czapska, J.fGaberle, AJ Swiatlowski, A./Zoll, A., 2000
Wankel	Wankel, Bernhard, StPO-Fallrepetitorium, 1997. Zitiert nach Randnummer
Weidemann	Weidemann, Jürgen, Die Stellung der Beschwerde im funktionalen Zusammenhang der Rechtsmittel des Strafprozesses, 1999
Weiland	Weiland, Bernd, Einführung in die Praxis des Strafverfahrens, 2. A. 1996
Welzel-FS	Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974
Wessels/Beulke AT	Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht - Allgemeiner Teil, 31. A. 2001
Wolf	Wolf, Gerhard, Das System des Rechts der Strafverteidigung, 2000
Wolff-FS	Festschrift für E.A. Wolff zum 70. Geburtstag, 1999
Wolter/Riedel/ Taupitz	Wolter, Jürgen/Riedel, Eike/Taupitz, Jochen, Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, öffentliche Recht und Strafrecht, 1999. Zitiert nach Bearbeiter
Wolters/Gubitz	Wolters, Gereon/Gubitz, Michael, Strafrecht im Assessorexamen, 2001
Ziegert	Ziegert, Ulrich (Hrsg), Grundlagen der Strafverteidigung, 2000. Zitiert nach Bearbeiter und Seite
Zwiehojf	Zwiehoff, Gabriele, Das Recht auf den Sachverständigen, 2000

Вернер Бойльке

Уголовно-процессуальное право ФРГ

Редакторы
Н.Ф. Ткачук, Т.М. Пыжик

Художественный редактор
Г.В. Соколова

Оператор компьютерной верстки
В.С. Коляда

Подписано в печать 31.08.2004 г. Формат 70x100 $^{1}/_{16}$. Бумага офсетная. Гарнитура «Таймс». Печать офсетная. Усл. печ. л. 28,6. Уч. изд. л. 28,0. Тираж 500 экз. Заказ № 578

Юридический институт КрасГУ. 660075, г. Красноярск, ул. Маерчака, 6

АНО «Региональный учебно-методический центр по юридическому образованию». 660099, г. Красноярск, ул. Железнодорожников, 17

Отпечатано в ООО ИПЦ «КаСС», г. Красноярск, ул. Красной Армии, 10, тел. 59-59-60