

Visionen sind potentielle Wirklichkeiten. Neben Normen und Formen sind gegen die Verwirklichung dieser Möglichkeiten eine Garantie die Menschen, die den Polizeidienst tun. Es scheint wichtig, daß sie sich der prekären Lage dieser Institution bewußt sind, um der Verführung in ihr angelegter Tendenzen begegnen und die Reaktion der Umwelt verstehen zu können. In diesem Sinne sind die Personen, die die Polizei ausmachen, mehr Subjekt der Hoffnung als Objekt des Mißtrauens.

## Cornelius Nestler-Tremel Der »deal« aus der Perspektive des Beschuldigten\*

### *I. Einleitung*

Werden Aktivitäten der Verteidigung und die Rechtsfolgen des Verfahrens in einem »Vergleich« zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung in ein abgesprochenes Verhältnis zueinander gebracht, dann nennt man das unter Verteidigern einen »deal«. Der wird üblicherweise unter zwei Gesichtspunkten diskutiert. Man kann zunächst versuchen zu klären, ob solche Absprachen nach geltendem Recht zulässig sind. Das ist – isoliert gesehen – eine eher langweilige Angelegenheit: Der »deal« verstößt eindeutig gegen die tragenden Prinzipien der Strafprozeßordnung.<sup>1</sup> Die rechtliche Zulässigkeit spielt in der Praxis auch keine große Rolle, weil diese sich durch den üblichen allseitigen Rechtsmittelverzicht weitgehend gegen jede rechtliche Kontrolle immunisiert hat. Die Argumente des Rechts werden in der Diskussion über den »deal« von Folge- und Effektivitätsüberlegungen überlagert. Daher dreht sich die Diskussion vor allem um die Frage, welche Auswirkungen es für das Strafverfahren und die Stellung der Verfahrensbeteiligten hat, wenn zunehmend die Vorschriften der StPO durch den »deal« ersetzt werden. Hier scheiden sich dann die Perspektiven. In der veröffentlichten Fachdiskussion sorgt man sich vor allem auch um die »Vereinbarkeit mit den Prinzipien des Strafprozesses«, die »Behauptung des Geltungsanspruches des materiellen Strafrechts«, das »Ansehen der Justiz« etc. Für den Verteidiger aber scheint mir die erste und entscheidende Frage die zu sein, ob und wieviel ein »deal« bringt. Und diese Perspektive entspricht der Sicht des Mandanten. Er interessiert sich nicht für die Bedeutung der Grundsätze des Strafverfahrens oder langfristige Entwicklungstendenzen für die Strafverteidigung, sondern einzig und allein für ein möglichst gutes Ergebnis. Das soll der »deal« ihm bringen.

Spätestens jetzt ist man bei den üblichen Kantinen- und Kneipengesprächen über den letzten und andere »deals« angelangt – jeder hat noch eine weitere Story auf Lager. Diese Faszination des täglichen Umgangs mit der Kunst des Dealens verstellt anscheinend den Blick für die Frage, was es für den Beschuldigten eigentlich bedeutet, wenn an die Stelle der formalisierten Vorschriften der StPO ein informelles Regelwerk, ein »Vergleichsstrafrecht« (Dencker) tritt.<sup>2</sup> Ein Widerspruch tut sich

\* Leicht überarbeitete Fassung des Vortrages, der auf dem 13. Strafverteidigertag in Köln am 22. April 1989 der Arbeitsgruppe »Der Vergleich im Strafverfahren – Sumpf oder Möglichkeiten für die Verteidigung« als Einleitungsbeitrag präsentiert wurde.

<sup>1</sup> Vgl. dazu unter III.

<sup>2</sup> In der Veröffentlichungsflut der letzten Jahre findet man dazu Ausführlicheres auch nur bei Dencker, in: Der Vergleich im Strafprozeß, Frankfurt 1988, und Schönemann, Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens, in: FS Pfeiffer 1988, 461 ff.

auf. In anderen Zusammenhängen wird gerade auch von Verteidigern immer gerne betont, die StPO sei die magna charta des Beschuldigten – warum glaubt man nun auf einmal, auf die Einhaltung ihrer Regeln weitgehend verzichten zu können? Und wenn ich die Formulierung von Dahs<sup>3</sup> lese: »Letztlich ist es eine Frage der Persönlichkeit der Beteiligten, der Fairneß, ihrer Gesinnung und ihres Stils, ob Verfahrensabsprachen so gestaltet werden, daß sie mit Funktion und Rang der Strafjustiz zu vereinbaren sind oder auf das Niveau eines unwürdigen ›Kuhhandels‹ abgleiten«, dann stellt sich mir eine Reihe von Fragen: Was ist der Grund dafür, daß an die Stelle kundiger, engagierter und jede Möglichkeit des Verfahrensrechts bis an die Grenzen ausreizender Strafverteidigung, wie sie in den siebziger Jahren zum Leitbild junger Strafverteidiger wurde, nun letztlich das Vertrauen auf die Persönlichkeit und die Fairneß der Verfahrensbeteiligten tritt? Wie kommt es, daß einerseits auf jedem Strafverteidigertag die Materialisierung des Strafverfahrensrechts geißelt wird, so daß man den Satz Jherings: »Die Form ist die Feindin der Willkür« zum Leitmotiv erklären möchte, andererseits der »deal« aber solch großes Ansehen unter Verteidigern genießt?

Eine vorläufige Antwort liegt auf der Hand. Viele Verteidiger glauben, daß ein »deal« ihnen mehr Möglichkeiten gibt, für den Mandanten etwas herauszuholen, als das Strafverfahren nach der StPO. Man meint, von Fall zu Fall zutreffend beurteilen zu können, ob ein Verzicht auf das Verfahren, wie es die StPO vorsieht, für den Mandanten opportun ist. Daß hier unter der Hand eine Strukturveränderung des gesamten Verfahrensrechts stattfindet, daß der »deal« sich damit nicht (mehr) als eine Ausnahme von den Prinzipien der StPO darstellt, sondern ein neues Recht (?) mit neuen Verfahrensprinzipien entsteht, gerät bei den üblichen Stories vom »letzten deal«, den man gemacht hat, leicht aus dem Blickfeld. Und ich befürchte, daß vor allem die verfahrensrechtliche Stellung eines Beschuldigten im sich in Konturen abzeichnenden »Vergleichsstrafrecht« von den Verteidigern mit einem Touch professioneller Selbstherrlichkeit zu unkritisch gesehen wird.

## II. Probleme der Bewertung des »deals« durch Verteidiger

Das fängt schon an bei der Bewertung eines »deals« im Einzelfall. Da Verteidiger den »deal« überwiegend positiv sehen,<sup>4</sup> scheint der »deal« meist »was zu bringen«. Die Antwort, was der »deal« gebracht hat, ist aber schwieriger, als das in den Gesprächen unter Verteidigern häufig gesehen wird, denn sie ist mit strukturellen Problemen befrachtet. Zwei will ich nennen: Der Vergleich zum Vergleich ist das »normale« Strafverfahren. An dessen vermuteten Ergebnis bemißt sich, was der »deal« gebracht hat. Bei dieser Antizipation des Verfahrensergebnisses spielt aber notwendig all das keine Rolle, was man als die Unabwägbarkeiten eines jeden Strafverfahrens bezeichnen kann. Eine Hauptverhandlung, in der auf einmal wider Erwarten alles anders aussieht als nach der Aktenlage, aber auch kranke Schöffen und Berufsrichter, nicht erscheinende, unerreichbare oder in der Hauptverhandlung plötzlich ganz widersprüchlich agierende Zeugen, Verfahrensfehler durch das Gericht, die das Urteil mit großer Wahrscheinlichkeit revisibel werden lassen – von all dem und vielem mehr kann man vorher meist noch gar nichts wissen. Wenn es richtig ist, daß die Verteidigung häufig auch von den unvorhersehbaren Schwierig-

<sup>3</sup> NStZ 1988, 159, zustimmend im Aprilheft der DRiZ (S. 152) für das Selbstverständnis von Richtern und Staatsanwälten zitiert.

<sup>4</sup> Schönemann nennt auf Grund einer bundesweiten Befragung von Verteidigern einen Zufriedenheitswert von 83%, der allerdings von dem der Richter mit 96% und dem der Staatsanwälte mit 95% übertroffen wird, a. a. O., S. 483.

keiten der Verhandlungsführung lebt, dann wird diese Chance der Verteidigung von der vorzeitigen Verfahrensabsprache ausgehöhlt, und bei der Abschätzung, ob und wieviel der »deal« »gebracht« hat, tauchen alle jene Entwicklungen nicht auf, die dem »normalen« Verfahren vielleicht eine ganz andere Richtung gegeben hätten. Insofern spricht schon vieles dafür, daß die Verteidigung sich überhaupt erst dann auf einen »deal« einlassen sollte, wenn sie die weitere Verfahrensentwicklung gut überblicken kann, denn erst dann läßt sich einigermaßen gesichert abschätzen, was der »deal« überhaupt »bringt«.

Die zweite strukturelle Fehlerquelle bei der »Vergleichsprognose« sehe ich darin, daß ein »vorbesprochenes« Verfahren eine Menge von Annehmlichkeiten für die Verteidigung mit sich bringt, die mit dem Ergebnis des Verfahrens gar nichts zu tun haben müssen, das Verfahren mit »deal« aber in einem positiven Licht erscheinen lassen, das auch auf die Bewertung des Erfolgs eines »deals« abfärben dürfte. Stichworte: Man spart meist viel Zeit; man muß sich mit Staatsanwaltschaft und Gericht in der Hauptverhandlung nicht so streiten; man muß nicht so gut vorbereitet sein, wenn das Ergebnis sowieso schon feststeht; es ist insgesamt für die Verteidigung, aber auch gegenüber dem Mandanten viel angenehmer, nicht streitig verteidigen zu müssen. Ich möchte daher zu bedenken geben, ob die Beurteilung der Ergebnisse des Dealens nicht von den Annehmlichkeiten des nichtstreitigen Verfahrens verklärt wird. Und aus der soziologischen Literatur über die Strafverteidigung ist bekannt, daß Verteidiger, die gegenüber dem Beschuldigten mit guten Kontakten zur Staatsanwaltschaft und zum Gericht aufwarten können, den Eindruck höherer eigener Kompetenz erzielen.<sup>5</sup> Der Beschuldigte sieht sich nicht nur von einem Verteidiger *gegen* die Justiz vertreten, sondern er hat einen Verteidiger, der (jedenfalls scheinbar) innerhalb und *mit* der Justiz Interessen für ihn mobilisieren kann. Und als »erfolgreich« wird – das hat eine Untersuchung von Stephan Barton ergeben<sup>6</sup> – eine Verteidigung aus der Sicht des Beschuldigten wie des Verteidigers viel eher dann beurteilt, wenn die Hauptverhandlung »einvernehmlich« durchgeführt worden ist, als wenn sie »kontrovers« war – ohne daß man daraus unmittelbare Schlüsse auf die Qualität des Verfahrensergebnisses ziehen könnte. Denn bei den »einvernehmlichen« Verfahren scheint es häufig so zu sein, daß das Gericht auch ohne Verteidigungsaktivitäten schon das Ergebnis angesteuert hat, das sich dann aus der Sicht der Verteidigung als Erfolg darstellt, während bei der Kontroverse die (meist eintretende) Niederlage der Verteidigung im Vordergrund steht; das Ergebnis wäre aber in diesen Fällen vermutlich auch durch eine einvernehmliche Strategie nicht zu vermeiden gewesen.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Vgl. nur Blumberg, *Anwälte mit Überzeugung*, StV 1988, 79; Barton, *Zur Effizienz der Strafverteidigung*, MSchrKrim 1988, 93 ff.

<sup>6</sup> A. a. O., S. 102 ff.

<sup>7</sup> An Hand der ersten Zusammenfassung des von Schönemann u. a. durchgeführten Forschungsprojekts »Strafverfahren. Experimentelle Untersuchung zum Thema: Informelle Verständigungen im Strafverfahren«, Mannheim, November 1987, muß man für die Ergebnisse einvernehmlicher Strategien Schlimmstes befürchten. In einem Experiment, dem ein Strafverfahren zugrundelag, in dem die Beweislage auf der Kippe stand, wurden die Ergebnisse von Verfahrensabläufen, in denen Verteidiger Verständigungsbereitschaft signalisiert hatten, mit den Ergebnissen verglichen, in denen »auf Freispruch« verteidigt worden war. Bemerkenswert ist nicht nur, daß bei der zweiten Variante durchaus ein nennenswerter Prozentsatz von Freisprüchen erzielt wurde, sondern vor allem, daß bei Verständigungsbereitschaft und dann folgendem Geständnis durchschnittlich eine wesentlich höhere Strafe herauskam als bei streitiger Verteidigung. Man kann nur vermuten, woran das liegt. Zum einen scheint es den »Zweifel an der Verurteilung« als Strafmilderungsgrund zu geben. Zum anderen hat die Umfrage ergeben, daß Richter und Verteidiger die Motive für Initiativen zu Verständigungen von Seiten der Verteidigung ganz entgegengesetzt bewerten. Während Verteidiger gerade dann Absprachen anstreben, wenn sie auf seiten des Gerichts Beweisprobleme sehen, bewerten Richter die Verständigungsbereitschaft als Signal dafür, daß die Verteidigung »sonst nichts in den Händen hat«.

Der »deal« verstößt gegen nahezu alle namhaften Prinzipien der StPO. Dencker<sup>8</sup> hat das schon einmal durchgespielt, so daß ich mich in Anlehnung daran vor allem auch auf die Punkte konzentrieren kann, die für die Verteidigung und den Beschuldigten wesentlich sind. Das Leitprinzip eines »Vergleichsstrafrechts« ist die Opportunität. Das *Legalitätsprinzip* kann man getrost vergessen, denn »der Vergleich beruht auf Konsens, nicht das Gesetz ist seine eigentliche Basis.«<sup>9</sup> Der Gesetzgeber hat dieser Entwicklung mit den §§ 153 ff. StPO, 31 BtMG, 45 ff. JGG Vorschub geleistet, indem er Vorschriften geschaffen hat, die geradezu zu Absprachen von Verfahrensergebnissen zwingen.<sup>10</sup>

Das *Akkusationsprinzip* wird äußerlich eingehalten, die Staatsanwaltschaft erhebt die Klage, das Gericht erläßt das Urteil. Bezeichnend für die Sichtweise der in der Justiz geführten Diskussion ist es, daß das Akkusationsprinzip bei den im Aprilheft der DRiZ von 1989 aufgezählten Prinzipien, mit denen der Vergleich nicht vereinbar sei,<sup>11</sup> fehlt. Denn in der Sache erhält auch die Staatsanwaltschaft Urteilsmacht, von ihrer (und der Verteidigung) Zustimmung hängt das Urteil ab. Damit ist einerseits der Richtervorbehalt für die Rechtsprechung gem. Art. 92 GG tangiert. Schwerwiegender ist aber, daß für die Phase des Aushandelns zwischen Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Gericht die inquisitorische Rolle des Gerichts noch stärker in den Vordergrund tritt, die über die Leitung der Hauptverhandlung und die Urteilsmacht das deutsche Strafverfahren ohnehin schon dominiert. Die historisch als Antwort auf das Inquisitionsverfahren eingeführte Gewaltenteilung zwischen Staatsanwalt und Gericht weicht nunmehr einer wechselseitigen Beteiligung: So wie die Staatsanwaltschaft mit Vetorecht am Urteil beteiligt ist, so tritt das Gericht heraus aus seiner Rolle der Unabhängigkeit und mischt sich ein in die Diskussion darum, was und wieviel zu welchem Ergebnis zum Gegenstand des Verfahrens erhoben werden soll. Hat das Gericht einmal diese zusätzliche Rolle des Inquisitors übernommen, ist eine Rückkehr in die Unabhängigkeit schlechthin schwer vorstellbar.

Der *Grundsatz der Öffentlichkeit* zählt zu »den grundlegenden Einrichtungen des Rechtsstaates« überhaupt.<sup>12</sup> Da er nur für die Hauptverhandlung gilt, könnte man anzweifeln, ob er bei Absprachen im Zwischenverfahren überhaupt tangiert ist.<sup>13</sup> Seine ratio ist die Möglichkeit öffentlicher Kontrolle des Strafverfahrens und hieran entzündet sich ja auch die Hauptkritik am »deal« unter den Stichworten wie »Mauschelhausen« und »Tuschelverfahren«. Ich halte es für selbstverständlich davon auszugehen, daß dann, wenn der öffentliche und über die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme (bedingt) nachvollziehbare Strafprozeß in seinem Kern durch ein Verfahren hinter verschlossenen Türen *ersetzt* wird, immer ein Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit vorliegt.<sup>14</sup> Wird die Hauptverhandlung in einem davor liegenden Verfahrensabschnitt gesetzeswidrig

Man kann aus diesem Befund jedenfalls den Schluß ziehen, daß es als drastischer Kunstfehler der Verteidigung zu bewerten ist, wenn Verständigungsbereitschaft signalisiert wird, ohne daß die Gegenleistung schon feststeht und auch eingefordert werden kann, vgl. dazu auch unten bei IV.

8 A. a. O., S. 50 ff.; vgl. auch Baumann, NStZ 1987, 157 ff.

9 Dencker, a. a. O., S. 50 ff.

10 Instruktiv dazu Hamm, in: Der Vergleich im Strafprozeß a. a. O., S. 102 ff.

11 S. 151, r. Sp. unten.

12 Roxin, Strafverfahrensrecht, 20. Aufl., § 45 A mit Verweis auf BGHSt 1, 335; 2, 57; 9, 281.

13 Vgl. Baumann NStZ 1987, S. 158.

14 Vgl. Pfeiffer im Karlsruher Kommentar zur StPO, 2. Aufl., Einleitung Rn 21 im Fettdruck: ... »nicht hinter verschlossenen Türen abspielt«.

*umgangen*, dann liegt auch darin ein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz der Hauptverhandlung. Dencker meint, »das müßte nicht so sein; warum soll man nicht – hält man den Vergleich für richtig – in öffentlicher Verhandlung über alles sprechen können«. <sup>15</sup> Vielleicht ja *hinterher* in der öffentlichen Hauptverhandlung, aber jedenfalls – und das scheint mir ganz durchgehender Konsens in der Diskussion und unter allen, die den »deal« praktizieren, zu sein – nicht unter Beteiligung des Beschuldigten. Daß dieser nicht beim »deal« dabei ist, kann man getrost als ein Strukturprinzip des »deals« bezeichnen. *Mündlichkeit* und *Unmittelbarkeit* der Hauptverhandlung werden also nicht nur als Voraussetzung für die öffentliche Kontrolle abgeschafft, sie werden vor allem auch dem Beschuldigten verweigert. Der ist allenfalls noch mittelbar durch seinen Verteidiger an der »Verhandlung« beteiligt. Und selbst dann, wenn dieser ihn voll unterrichtet, nur mit seinem Einverständnis handelt und nicht über seinen Kopf hinweg und hinter seinem Rücken agiert, <sup>16</sup> ist dem Beschuldigten *unmittelbares* rechtliches Gehör, wie es durch die Anwesenheitspflichten in der Hauptverhandlung im Zusammenspiel mit der mündlichen Verhandlung gewährleistet ist, gänzlich entzogen.

Das beinhaltet einen strukturellen Rechtsverzicht für den Beschuldigten, der immerhin durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zum Verteidiger und dessen durchweg professionell an Mandanteninteressen orientiertes Verhalten zum Teil kompensiert werden kann. Hat der Beschuldigte beim »Dealen« nicht diesen ethisch, charakterlich und professionell untadeligen Verteidiger, dann geht er zentraler Prinzipien des Strafverfahrens verlustig, die vor allem auch zu seinem Schutz existieren. Das »Lebensschicksal«, einen nicht so guten Verteidiger zu haben, kann auch im normalen Strafverfahren zu »Schicksalsschlägen« führen, aber es besteht doch die Chance, daß es durch die Einhaltung der Verfahrensprinzipien einigermaßen begrenzt werden kann. Beim »deal« nicht – dort gelten keine Prinzipien mehr neben der persönlichen Integrität der Beteiligten. Das ist zu wenig.

Betrachtet man den Wert der Verfahrensprinzipien aus der Beschuldigtenperspektive, dann kann selbst die *Instruktionsmaxime* neue Konturen gewinnen. An der Relevanz des folgenden Zitates aus der Einleitung zum Karlsruher Kommentar von Pfeiffer für die Verteidigung und den Beschuldigten darf man sicherlich auf den ersten Blick zweifeln: »Im deutschen Strafprozeß gilt der Ermittlungsgrundsatz (Untersuchungsgrundsatz), der auch als Prinzip der materiellen Wahrheit bezeichnet wird. Die StPO will also die Ermittlung des wahren Sachverhalts insbesondere dadurch gewährleisten, daß das Strafverfahren als ein vom Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrschter Amtsprozeß ausgestaltet ist, in dem das Gericht von Amts wegen zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist und die Verfahrensbeteiligten – jedenfalls in erster Instanz – grundsätzlich weder über den Prozeßstoff verfügen noch eine vorzeitige Verfahrensbeendigung herbeiführen können.« <sup>17</sup> Eine typische Reaktion von Verteidigern und Beschuldigten auf diese Programmsätze dürfte sein, daß sie die Ermittlung der materiellen Wahrheit überhaupt nicht interessiert und bei richtig verstandener Aufgabe der Verteidigung auch gar nicht zu interessieren hat. Aber es geht um mehr, wie Dencker betont hat: »Mit dem Wegfall der Instrukstionsmaxime ändert sich auch sonst im Vergleichsprozeß das Beweis-

<sup>15</sup> A. a. O., S. 52.

<sup>16</sup> Bedenklich stimmen die Ergebnisse der Befragung zu »Informellen Verständigungen im Strafverfahren« im Rahmen der von Schönemann u. a. betreuten Forschungen (vgl. schon o. Fn. 7): Danach informieren 20% aller befragten Anwälte ihren Mandanten nur vage oder überhaupt nicht über ihre Absicht, eine informelle Verständigung anzustreben, und 51% der Verteidiger halten es für ausreichend, dem Mandanten von dem inhaltlichen Verlauf der informellen Verständigung lediglich das Ergebnis mitzuteilen.

<sup>17</sup> Pfeiffer, Einleitung zum Karlsruher Kommentar, Rn 7.

recht total: Freie Beweiswürdigung und der Grundsatz in dubio pro reo verlieren gewissermaßen ihren Nährboden, ... und Zweifel sind nicht erlaubt. Der Grundsatz der Unschuldsvermutung ist im Vergleichsprozess umgekehrt, und, um es gleich zu betonen: Er muß umgekehrt werden – in eine Schuldvermutung, ohne deren Vorhandensein als Basis jegliche Vergleichsverhandlung eine schlechthin sittenwidrige Zumutung wäre.«<sup>18</sup>

Mit der *Unschuldsvermutung* bleibt dann gleich auch noch der »*nemo-tenetur-Satz*« auf der Strecke. Denn das Vergleichsstrafrecht lebt ja von der Selbstbelastung als Gegenleistung für das Entgegenkommen des Gerichts. Als »Kehrseite der Medaille« wird man dann zugleich die Drohung vermuten: »Wer nicht kooperativ verhandelt, wird – im Falle der Verurteilung – härter bestraft.«<sup>19</sup> Letzteres wird nach meiner Erfahrung von Richtern regelmäßig bestritten, von Verteidigern – jedenfalls als Drohung des Gerichts – immer häufiger berichtet. Aber »härter« ist ja in einem Vergleichsstrafrecht nicht nur die Strafe, die härter ist als die nach normalem Verfahren verhängte. Allein die Tatsache, daß das Verfahren nach den Regeln der StPO verlaufen ist, führt dann schon zu »härteren« Strafen. Wird nämlich das Verfahren mit »deal« zur Normalität, dann bleibt als Kehrseite eine Benachteiligung für den Angeklagten, der nicht zur Verfahrensverkürzung beiträgt, während sich andererseits der Vorteil für den, der den »deal« mitmacht, nur noch in der Vermeidung von Nachteilen durch Preisgabe seiner prozessualen Rechte realisiert.

Rechtsanwalt Jungfer hat die Aufgabe der Strafverteidigung mit der Wendung beschrieben, es gehe darum, den »hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit zu hemmen.«<sup>20</sup> Genau das Gegenteil passiert im Vergleichsstrafrecht: »Der deal lebt davon, daß schon der Schuldverdacht als Grundlage richterlicher Gewißheit die Umgehung weiterer vom Gesetz vorgeschriebener Überprüfung und die schnellere Verurteilung erlaubt.«<sup>21</sup> Es ist schon erstaunlich – woher kommt der Nährboden für die Gewißheit auf Seiten der Verteidiger, man könne einer Justiz, deren Machtzuwachs – jedenfalls im Verhältnis zur Verteidigung – durch neue Technologien und neue Konzepte der Strafverfolgung gerade in den anderen Arbeitsgruppen dieses Strafverteidigertages thematisiert wird, dadurch begegnen, daß man auf die Förmlichkeiten des Strafverfahrens verzichtet und sich auf den nur noch informell gehemmten Machtkampf des Aushandelns von Verfahren einläßt? Ich will an einem simplen – und zugegebenermaßen extremen, aber nicht ganz unwahrscheinlichen – Ablauf deutlich machen, was ich meine: Ist es nicht eine paradoxe Strategie, wenn der Verteidiger den Mandanten beim ersten Gespräch dazu beglückwünscht, daß er keine Aussagen gegenüber der Polizei und dem Haftrichter gemacht hat, um dann – ohne Aktenkenntnis – mit dem Gericht am Telefon zu debattieren, was denn »im Falle eines Geständnisses« so herauskommen könnte.

Meine Skepsis läßt sich in wenigen Sätzen zusammenfassen: In einer Justiz, die sich den »deal« nicht nur als Ausnahme hat aufdrängen lassen, sondern als eine übliche Verfahrensform aneignet, braucht jeder Beschuldigte einen guten und engagierten Verteidiger. Das ist eine Utopie, die Realität von Strafverteidigung in der Bundesrepublik sieht anders aus. So schildert Barton in seiner Untersuchung,<sup>22</sup> »daß Verteidi-

18 A. a. O., S. 53. Auch zu dieser These liefern die Befragungen von Schönemann u. a. (o. Fn 16) ein interessantes Ergebnis: 75 % der befragten Richter würden auch bei noch völlig ungeklärter Schuldfrage ein Geständnis als Grundlage eines Vergleichs akzeptieren.

19 Dencker, a. a. O.

20 JA 1986, 20.

21 Nestler-Tremel, StV 1989, 112.

22 Barton (Fn. 5), S. 101.

ger z. T. durch unrealistisch hohe Prognosen über zu erwartende Strafen gegenüber ihren Mandanten bei diesen übertriebene Befürchtungen geweckt haben, die dann durch das konkrete Urteil allerdings nicht eingetreten sind. So gesehen kann es Verteidigern durch Schwarzmalerei gelungen sein, ihren Mandanten trotz möglicherweise durchschnittlicher Ergebnisse überdurchschnittlich zufriedenzustellen. Auch in der Gruppendiskussion (innerhalb des Projekts, das Barton beschreibt, CNT) wurde von Rechtsanwälten berichtet, die in der Tat Schwarzmalerei – nicht zuletzt auch zur Begründung ihres Honorars – mit System betrieben«. Für diesen Typ der Verteidigung, der dem Mandanten zunächst engagiert alles Geld abknöpft und dann wenig Arbeit haben will, wird die »dealende« Justiz zur Goldgrube.

Und selbst dann, wenn der Beschuldigte auf einen integren und fachlich kompetenten Verteidiger stößt, kann dieser ihn nicht davor schützen,

- daß es für den, der nicht »dealt«, vergleichsweise höhere Strafen gibt;
- daß der, der nicht »dealen« kann, weil er nichts zu »dealen« hat, allein dafür schon höher bestraft wird;

- daß in einer Justiz, die von »ausgedealten« Geständnissen lebt, der verfahrenserleichternde Aspekt des Geständnisses noch mehr in den Vordergrund rückt, der »nemo-tenetur-Satz« endgültig abtritt.

Oder anders formuliert: Der »deal« ist für den Beschuldigten attraktiv als Abweichung von dem normalen Verfahren, solange dieses zu einer (vermutet!) höheren Strafe führt. Wird der »deal« zum »normalen« Verfahren, verliert er an Attraktivität. Die Vorzeichen kehren sich eher um: Für den, der nicht »dealen« kann oder will, bringt im Fall der Verurteilung die »dealende« Justiz nicht zu rechtfertigende Nachteile. Die Wahrnehmung des Rechts, sich nicht selbst belasten zu müssen, das Recht auf Verteidigung gegen die Anklage, werden durch erhebliche Strafschärfung erkauf.

#### IV. Regeln für ein »Vergleichsrecht«?

»Der strafprozessuale Vergleich ist existent. Er braucht nicht erst legalisiert zu werden, und er läßt sich auch nicht verbieten.« Diese klare Stellungnahme des Strafverteidigers Widmaier<sup>23</sup> ist auf wenig Widerspruch gestoßen, und es liegt nahe, wenn man den »deal« schon nicht verbieten kann, ihn doch zu begrenzen. Dencker hat einen solchen Versuch unternommen und einige Regeln für ein Vergleichsstrafrecht vorgeschlagen. Man sieht schnell, daß dabei keine durchsetzbaren Rechtsregeln, sondern bestenfalls Appelle an die Beteiligten herauskommen, sich, wenn sie schon »dealen«, wenigstens an gewisse Mindeststandards zu halten.<sup>24</sup> An zwei dieser Forderungen läßt sich das zentrale Dilemma des Vergleichsstrafrechts, das innerhalb des Strafverfahrens nach der StPO betrieben wird, demonstrieren. Gefordert wird zum einen eine Abschottung der Verfahrensarten, d. h. vor allem, daß die Inhalte von ergebnislosen Vergleichsgesprächen bei (Wieder-)Eintritt in das normale Verfahren dort nicht verwertbar sind. Nach den Ergebnissen der Untersuchung von Schönemann u. a.<sup>25</sup> wird man weitergehen und im Anschluß an gescheiterte Verhandlungen ein gänzlich neues Gericht mit dem Verfahren befassen müssen – ansonsten wird jedes Vergleichsgespräch zu einer »Reise ohne Wiederkehr«.<sup>26</sup> Denn

<sup>23</sup> StV 1986, 357.

<sup>24</sup> A. a. O., S. 91 ff.: Begrenzung des Vergleichsstrafrechts auf bestimmte Deliktsbereiche; sichere Schuldvermutung auf Seiten des Gerichts (so auch Schönemann, a. a. O., S. 481); keine »unverhältnismäßigen« Abweichungen von der Normalstrafe; Dreiseitigkeit (Richter, Verteidiger, Staatsanwalt) der Verhandlungen; Konnexität, d. h. keine Absprachen mit Vor- und Nachteilen aus verschiedenen Verfahren.

<sup>25</sup> Vgl. dazu oben bei Fn. 7.

<sup>26</sup> Schönemann, a. a. O., S. 481.

für diese Konstellation, von der Schmidt-Hieber blauäugig behauptet, sie sei unproblematisch, weil folgenlos,<sup>27</sup> sieht das geltende Recht keinen Schutz des Beschuldigten vor.<sup>28</sup> Daneben wird dazu aufgerufen, anstelle des im Vergleichsstrafrecht überwiegend als verfahrenserleichternde Leistung vom Beschuldigten abverlangten Geständnisses das ausreichen zu lassen, worauf das Verfahren im Prinzip hinausläuft, ein formelles Schuldbekentnis, ein guilty plea – wie im amerikanischen Strafverfahren.<sup>29</sup>

Beide Forderungen zusammengenommen weisen in die Richtung eines Verfahrens, das dem amerikanischen plea bargaining sehr ähnlich wird, und im Vergleich zum amerikanischen Strafrecht treten auch die Hauptprobleme des deutschen Vergleichsstrafrechts plastisch hervor. Während dort der guilty plea zum Verzicht auf die für den Beschuldigten mit einer starken Rechtsposition ausgestatteten Hauptverhandlung führt, umgekehrt aber ohne guilty plea eine von der Tatsache, daß ein plea bargaining stattgefunden hat, weitgehend<sup>30</sup> unbeeinflusste Hauptverhandlung durchgeführt wird, ist der Handel um den »deal« im deutschen Strafverfahren eingebettet in das »normale« Strafverfahren. Dieses Konstrukt macht es möglich, an der Ideologie festzuhalten, die Gegenleistung des Beschuldigten sei nicht nur eine rein interessenorientierte prozeßgestaltende Handlung, sondern man würde so – nur etwas einfacher – die materielle Wahrheit herausfinden, die dann darin besteht, daß der Beschuldigte die Tat auch begangen hat. Für die Aufrechterhaltung dieser Fiktion, der »deal« führe schon – nur etwas schneller – zum richtigen Ergebnis im Sinne der materiellen Wahrheit, ist selbstverständlich das Geständnis des Beschuldigten, »der es ja am besten wissen muß, wie es war«, die ideale Voraussetzung.<sup>31</sup> Dem Bonmot, der dolus eventualis habe die Folter im Mittelalter ersetzt, ließe sich ein weiteres anfügen: Das Geständnis ersetzt im Vergleichsstrafrecht den Nachweis, daß der Beschuldigte die Tat überhaupt begangen hat. Das ist natürlich auch die Funktion des guilty plea beim plea bargaining. Aber hier muß der Beschuldigte mit dem guilty plea nicht einem moralisch aufgeladenen öffentlichen Unterwerfungsakt erbringen, wie er zu einem »ordentlichen« Geständnis dazugehört, und er hat wenigstens noch die Option<sup>32</sup> auf ein »richtiges« Strafverfahren, wenn das Ergebnis des plea bargaining aus seiner Sicht unattraktiv ist.

Rechtlich geregelt ist von den Problemen, die das Vergleichsstrafrecht für den Beschuldigten aufwirft, allein der *gescheiterte Vergleich*. Aber selbst hier ergibt sich der Schutz des Beschuldigten davor, daß er nicht die für sein verfahrenserleichterndes Prozeßverhalten versprochene Gegenleistung erhält, weniger aus dem Verfahrensrecht als aus informellen Normen. Einschlägige Vorschrift des Verfahrensrechts ist § 136a StPO. Kommt es zu einem Vergleich, bei dem Unmögliches oder eine Maßnahme versprochen wurde, für deren Gewährung dem Versprechenden die

<sup>27</sup> NStZ 1988, 303.

<sup>28</sup> Der Sachverhalt, der in der Entscheidung des HansOLG Bremen, StV 1989, 145 mit Anm. Hamm zu einer Befangenheit des Gerichts geführt hat, ist insofern atypisch, als hier das Gericht sehr offen und vor allem nachträglich beweisbar unzulässigen Druck auf einen Beschuldigten ausgeübt hat, der mit Nachdruck seine Schuld bestritt und an den »Vergleichsvorschlägen« des Gerichts keinerlei Interesse hatte. Nach allem, was mir aus der Praxis geschildert worden ist, gehen die Gerichte bei ihren »Kontaktaufnahmen« vor der Hauptverhandlung, in der die Bedingungen für ein mögliches Geständnis zum ersten Mal erörtert werden, in aller Regel sehr viel vorsichtiger vor und schaffen damit keinerlei Befangenheitsgründe.

<sup>29</sup> Dencker, a. a. O., S. 100.

<sup>30</sup> Vgl. dazu Damaska, StV 1988, 398 ff. und Tomi Massaro, Das amerikanische System des plea bargaining, StV 1989, S. 454 ff.

<sup>31</sup> Vgl. schon oben Fn. 18.

<sup>32</sup> Daß die real gegebenen Möglichkeiten, diese Option wahrzunehmen, ungleich verteilt und für die meisten Beschuldigten ebenfalls eine Fiktion sind, ist ein anderes Problem, vgl. dazu Schumann, Der Handel mit der Gerechtigkeit, 1977.

Kompetenz fehlt – etwa eine Verlegung in den offenen Vollzug, obwohl die Voraussetzungen nicht gegeben waren und die Anstalt für die Entscheidung zuständig ist<sup>33</sup> –, dann ist das eindeutig ein Fall des »Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils« gem. § 136a StPO.<sup>34</sup> Schwieriger ist die Rechtslage schon bei einer Absprache, an die sich das Gericht selbst nicht hält. Das kann ein Verstoß gegen § 136a StPO sein, weil der Beschuldigte durch das Versprechen getäuscht wurde oder weil ein Vorteil versprochen wurde, dessen Zustandekommen »so« nicht gesetzlich vorgesehen ist.<sup>35</sup> Eine Täuschung setzt bewußte Irreführung voraus, und auch in der zweiten Variante müßte der Beschuldigte den Nachweis erbringen, daß ein Versprechen nicht eingehalten wurde. Man bräuchte daher schon eine schriftliche Vereinbarung, ein Protokoll des Vergleichs,<sup>36</sup> um das abredewidrige Verhalten des Gerichts nachweisen zu können. An der Beweisbarkeit scheitern daher in der Praxis wohl alle diese Überlegungen und damit auch die Mahnung Seiers, nahezu jedes durch Vergleich zustandegekommene Urteil sei doch im Hinblick auf § 136a StPO der Gefahr der Aufhebung ausgesetzt.<sup>37</sup> Man kann daher mit guten Gründen vermuten, daß die Einhaltung des »deals« nicht durch das Recht garantiert wird, sondern durch ein informelles System, in das alle Beteiligten eingebunden sind. Der Beschuldigte kann – hat er sich einmal auf einen »deal« eingelassen – kaum noch mit einem besseren Ergebnis rechnen, er hat aber auch kaum eine Chance, den »deal« anzugreifen,<sup>38</sup> während die Gerichte ihrerseits mit dem Ergebnis zufrieden sind. Im übrigen will niemand riskieren, zukünftig als Störenfried angesehen zu werden und das informelle Kommunikationsnetz zu gefährden, in das der »deal« eingebettet ist. Das gilt vor allem für den Verteidiger, dessen gesamte Tätigkeit durch eine gut funktionierende Kommunikation mit den Gerichten und der Staatsanwaltschaft erheblich erleichtert wird (unkomplizierte Akteneinsicht, Rücksichtnahme bei der Terminplanung, Verständigungen über den Verfahrensablauf, aber auch über die Vorstellungen des Gerichts vom Verfahren etc.). Wer einen »deal« nicht einhält, der riskiert, daß er eine der wichtigsten Grundlagen seiner Existenz als Strafverteidiger verliert.

#### V. Ergebnis

Das strukturelle Problem des deutschen *Vergleichsstrafrechts* besteht darin, daß es nicht getrennt von dem formalisierten Verfahren, sondern *innerhalb* dessen stattfin-

<sup>33</sup> Vgl. LG Kassel, StV 1987, 288 f.

<sup>34</sup> Vgl. Seier, JZ 1988, 683, 687; Füllkrug, MDR 1989, 119, 120; LR-Hanack, 24. Aufl., § 136a StPO Rn 54; BGHSt 20, 268.

<sup>35</sup> Vgl. dazu Seier (Fn. 34), 687 f.

<sup>36</sup> Zu einem Fall des Widerrufs der Revision aufgrund einer Täuschung des Vertreters der StA vgl. BGH, StV 1988, 372 m. Anm. Sieg.

<sup>37</sup> A. a. O., S. 688: Es werde ein Urteil zugesagt, das auf *gesetzlich unzulässiger* Antizipation des Ergebnisses der Hauptverhandlung beruht, das also gesetzlich »so« nicht vorgesehen ist; so auch Schmidt-Hieber, NStZ 1988, 303, der betont, daß es keinen verbindlichen Vergleich geben dürfe; vgl. dazu aber Nestler-Tremel, DRiZ 1988, 288, 291 ff.

<sup>38</sup> Eher als Ausnahme stellt sich die Entscheidung des OLG Köln, StV 1989, 98 dar, mit der die Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem falschen Geständnis für zulässig erklärt wird. Denn hier konnte der Beschuldigte aufgrund einer über Jahre hinweg durchgeführten Rechtsberatung durch seinen Anwalt und einen Strafrechtslehrer auch durch eine Reihe von Schriftstücken belegen, daß er sich bis in die Hauptverhandlung hinein in einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB befunden hatte, dem das falsche Geständnis widersprach, der aber in einem Wiederaufnahmeverfahren zu einem Freispruch oder einer geringeren Bestrafung führen könnte. Daß ein falsches Geständnis gemacht wurde, ohne das es aller Wahrscheinlichkeit nach zu einem Freispruch hätte kommen müssen, weil nämlich tatsächlich ein Grund für die fehlende Schuld des Angeklagten bestand, und daß sich das alles auch noch beweisen läßt, dürfte aber die große Ausnahme bleiben. Instruktiv ist dieser Fall als Beispiel dafür, wie ein Beschuldigter zu einem Geständnis (und einem Vergleich) aus Motiven der Verteidigung gedrängt werden kann, die mit seiner Interessenlage kaum noch etwas zu tun haben dürfen.

det und die Formalisierungen der StPO partiell aufweicht, sogar vollkommen außer Kraft setzen kann, ohne daß ein echter Wiedereintritt in das formalisierte Verfahren vorgesehen ist. Ohne zwei voneinander getrennte Verfahrensabschnitte besteht bei Initiativen der Verteidigung *immer* die Gefahr der »Reise ohne Wiederkehr«, erhöhen sich die Gefahren, die von einer schlechten Verteidigung ausgehen, droht insgesamt die Gefahr, daß die Gerichte ihre Machtstellung, die sie auf Grund ihrer Funktion in der Hauptverhandlung innehaben, im Vergleichsstrafrecht so ausnutzen, daß von »Vorteilen« des Beschuldigten beim »deal« nur noch wenig übrigbleibt, daß insgesamt die Nachteile für die Beschuldigten überwiegen.

## Dieter Sterzel Entradikalisierung der Radikalenjudikatur?\*

### I. Vorbemerkung

Das rechtsstaatlichen Prinzipien eklatant widersprechende Verwirrspiel über den zu beachtenden Legalitätsrahmen für politisch-oppositionelles Verhalten und staatsbürgerliches Engagement von Angehörigen des Öffentlichen Dienstes, die sich zwar eindeutig und unbestritten im Rahmen der Gesetze bewegen, aber vom konservativen Staatsapparat gleichwohl als Verfassungsfeinde eingestuft werden, nimmt kein Ende. Ungeachtet oder vielleicht richtiger gerade wegen des Radikalenbeschlusses des *Bundesverfassungsgerichts* v. 22. 5. 1975,<sup>1</sup> der ungebrochen in einer vordemokratischen Beamtenrechtstradition fundiert ist,<sup>2</sup> haben die auf dem prekären Feld des repressiven Staatsschutzes agierenden Gerichtsinstanzen nach wie vor keine einheitliche Rechtsprechungslinie entwickelt.<sup>3</sup> Die vom »Hüter der Verfassung« betriebene Zuspitzung von obrigkeitsstaatlichem Beamtenrechtsverständnis versus demokratisch-rechtsstaatlichem Freiheitsverständnis hatte Bundesverfassungsrichter Rupp bereits in seinem Minderheitsvotum zum Radikalenbeschuß<sup>4</sup> kritisiert und später Bundesverfassungsrichter Simon in einem entsprechenden Vorbehalt zum Anwaltsbeschuß<sup>5</sup> bündig moniert. Gestützt auf die grundgesetzlich in Art. 21 Abs. 2 GG normierten Legalitätsprämissen für die politische Betätigung in einer nicht verbotenen politischen Partei einerseits<sup>6</sup> und das im Rang eines Grundprinzips rechtsstaatlicher Demokratie stehende Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG anderer-

\* Zu den Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts v. 28. 9. 1989 – Az. 2 AZR 41/88 und 2 AZR 103/88, unveröffentlicht, vgl. Frankfurter Rundschau v. 29. 9. 1989, des Niedersächsischen Disziplinarhofs v. 20. 7. 1989 (Fall Schachtschneider) – Az. NDH A (1) 3/88, unveröffentlicht, des Bundesverwaltungsgerichts v. 19. 1. 1989 (Fall Werner) = NJW 1989, S. 1374 ff. = JZ 1989, S. 437 ff. mit Anm. Kimminich und des Verwaltungsgerichts Berlin v. 16. 9. 1988 (Fall Schwan) = NJW 1989, S. 1688 ff. = DuR 1989 (H. 2), S. 204 ff.

1 BVerfGE 39, S. 334 ff.

2 Vgl. besonders BVerfGE 39, S. 346 ff. mit dem Rekurs auf die seit dem Ende des 18. Jahrhunderts (!) bedeutsame Treuepflicht der deutschen Beamten.

3 Vgl. den Überblick zum gegenwärtigen Stand der Judikatur bei T. Blanke, D. Sterzel, Über den Umgang mit Radikalen nach 40 Jahren Grundgesetz, in: Komitee für Grundrechte und Demokratie, Hrsg., Jahrbuch '89 (im Erscheinen).

4 BVerfGE 39, S. 378 ff.

5 BVerfGE 63, 266 ff., 298 ff.

6 Das Minderheitsvotum von Rupp stellt entscheidend auf die auch für Funktionäre, Mitglieder und sonstige Anhänger wirksame Schutzfunktion des Parteienprivilegs (Art. 21 Abs. 2 GG) ab, BVerfGE 39, S. 378 ff., 380 ff.