ALBIN ESER

Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafverfahrens

Sonderdruck aus:

Freiburger Rechts-
und Staatswissenschaftliche Abhandlungen
Band 56

Karl Kroeschell (Hrsg.)

Recht und Verfahren

Symposion der rechtswissenschaftlichen Fakultäten
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
und der Städtischen Universität Osaka

C. F. Müller
1993

Funktionswandel strafrechtlicher Prozeßmaximen: Auf dem Weg zur "Reprivatisierung" des Strafverfahrens?¹

I. Vorbemerkung

Während es in Italien vor einigen Jahren zu einer grundlegenden Reform des Strafverfahrens kam², sind im deutschen Strafverfahrensrecht zwar auch sehr viele Einzeländerungen zu verzeichnen, die aber teils nur punktuellen Charakter hatten³. Daraus freilich schließen zu wollen, daß der deutsche Strafprozeß – von Marginalien abgesehen – im wesentlichen "intakt" sei, würde verkennen, daß hinter diesen vielleicht äußerlich erscheinenden Änderungen möglicherweise tiefergreifende Strukturverschiebungen stehen. Diese könnten ihrerseits damit zusammenhängen, daß die Konzeption des Strafverfahrens nicht mehr die gleiche ist wie zur Entstehungszeit der damals sogenannten "Reichsstrafprozeßordnung" vom 1. Februar 1877⁴. Denn mehr oder weniger absichtlich, wenn nicht gar unbewußt, könnten sich in der Zwischenzeit die Ziele des Strafverfahrens wie auch die Wege der Strafrechtspraxis verändert haben.

Als besonders symptomatisch für eine "schleichende" Strukturveränderung des Strafprozesses sind seit einigen Jahren vor allem Vereinbarungen und Absprachen im Strafverfahren in den Mittelpunkt des öffentlichen Interesses geraten⁵. Doch gibt es darüber hinaus auch noch andere Phänomene, denen im

1 Bei diesem Beitrag handelt es sich um die überarbeitete Fassung eines Vortrags, der auf dem deutsch-japanischen Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg und der Städtischen Universität Osaka vom 4. bis 7. Juli 1991 zu "Recht und Verfahren" gehalten wurde. Für seine Mitarbeit bin ich Herrn Rechtsreferendar *Jochen Glöckner* zu besonderem Dank verpflichtet.

2 Vgl. *E. Amodio*, Das Modell des Anklageprozesses im neuen italienischen Strafverfahrensgesetzbuch, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 102 (1990), S. 171 - 195.

3 Überblick über Strafprozeßreformen bei *K. Schäfer*, in: Löwe-Rosenberg, *Strafprozeßordnung* (= LR-Bearbeiter), Bd. 1, 24. Auflage 1988, Einl. Kap. 3.

4 Allgemein dazu *E. Schmidt*, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl. 1965, S. 345 f.

5 Vgl. dazu insbesondere die Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages 1990 in München mit dem Gutachten von *B. Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, 1990, und den sich den Referaten von *R. Böttcher*, *K. Schäfer* und *G. Widmaier* anschließenden Diskussionen, in: Bd. II: Sitzungsberichte, Teil I S. 1 - 215, 1991, sowie das rechtsvergleichende Ergänzungsgutachten von *Th. Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den konsensualen Elementen im Strafprozeß, 1990.

2. Prozeßmaximen: geistesgeschichtlicher Hintergrund und rechtspolitische Umsetzung

Diese Antinomien setzen sich noch weiter fort, wenn man nach den prozessualen *Maximen* fragt, mit denen das Strafverfahrensrecht seine vorgenannten Ziele durchzusetzen versucht.

Dazu erscheint zunächst eine terminologische Klarstellung angebracht: Entgegen der – häufig zu beobachtenden – unspezifischen Vermengung von “Zielen”, “Prinzipien” und “Maximen” sei hier und im folgenden unter *Maximen* die formelhafte Zusammenfassung von Prinzipien und Regeln verstanden, die nicht selbst ein Verfahrensziel darstellen, sondern lediglich zu dessen Durchsetzung dienen: So kann zwar in der Herstellung materieller Gerechtigkeit ein Verfahrensziel erblickt werden, während das Prinzip der materiellen Wahrheit, wenn überhaupt ein Verfahrensziel, so jedenfalls kein Verfahrensziel um seiner selbst willen ist, sondern (lediglich) ein Mittel zur Herstellung materieller Gerechtigkeit⁹.

a) Daß die der Durchsetzung bestimmter Verfahrensziele dienenden Prozeßmaximen nicht auf einmal da waren, geschweige in abgeschlossener und widerspruchsfreier Form, läßt sich vielleicht am besten zeigen, wenn man einige der wesentlichen Entstehungsschritte des überkommenen deutschen Strafprozesses nachverfolgt. Die deutsche StPO stammt bekanntlich aus der liberalen Kodifikationsbewegung des 19. Jahrhunderts, wobei sich in der Gestaltung des Prozesses vornehmlich die Rezeption italienisch-kanonischen und englisch-französischen Rechts niederschlug¹⁰. Zugunsten des *Offizialprinzips* war die erste Grundentscheidung bereits im frühen 16. Jahrhundert mit Inkrafttreten der *Constitutio Criminalis Carolina* aufgrund der negativen Erfahrungen mit der Privatklage im alten deutschen Strafprozeß getroffen worden¹¹.

b) Konsequenterweise war damit auch die Entscheidung für das *Legalitätsprinzip* gefallen, da sich das Klagemonopol des Staates gegenüber seinen Bürgern nur dann rechtfertigen läßt, wenn an deren Stelle der Staat tätig wird und dazu auch verpflichtet ist¹², weil sonst ein Rechtsverfolgungsvakuum entstehen könnte, das den sich als Opfer im Stich gelassenen Bürger dazu veranlassen könnte, sein Genugtuungsverlangen wiederum eigenhändig zu befriedigen¹³.

9 Näher zu derartigen Begriffs- und Terminologieproblemen R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Auflage 1991, S. 299 Fn. 81, J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, S. 87.

10 Rovin, *Strafverfahrensrecht* S. 441 ff.

11 Detaillierte Zusammenfassung dieser Entwicklung bei K. Lüderssen, *Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs*, 1989, S. 25 ff.

12 Vgl. Th. Kleinnecht/K. Mevius, StPO, 39. Aufl. 1989, § 152 Rdnr. 2; KK-Pfeiffer, *Einleitung* Rdnr. 1, 4.

13 Hierzu eingehend E. Schmidt, *Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz* Bd. 1, 2. Auflage 1964 (= LehrK) Rz. 1 - 7. Daß ein solcher Schluß – vom staatli-

Dazu kamen im Verlauf des 18. und 19. Jahrhunderts philosophische und politische Einflüsse, die über das englische und französische Recht den deutschen Strafprozeß reformierten. So förderte das aufklärerisch-liberale Gedankengut des 18. Jahrhunderts wesentlich die Entwicklung zum Rechtsstaat liberaler Prägung, dessen Kern die Freiheitsidee und Sicherung der Individualsphäre gegenüber dem Staat war. In der Anerkennung und Gewährleistung der Freiheitsrechte liegt der wesentliche Fortschritt, der unsere Gesellschaft maßgeblich geprägt hat und dessen Akzeptanz heute vor dem Hintergrund der politischen Entwicklungen der letzten Jahre größer denn je ist. Eine gewisse Widerspiegelung fand dieses Konzept in einem Persönlichkeitsbild, das durch den eigenverantwortlichen, sittlich auf sich selbst gestellten Menschen geprägt war: Auch der schlimmste Verbrecher sei als ein vernünftiges Wesen zu ehren¹⁴. Danach verboten sich präventive Gedanken, die den Verbrecher als Mittel zum Zweck degradiert hätten¹⁵. Diesem Bild entspricht am ehesten die Vergeltungsstrafe in ihrer "zweckgelösten Majestät"¹⁶. Jede Straftat löst danach per se den Strafanspruch, aber auch die Strafpflicht des Staates aus, wie dies in dem bekannten Insel-Beispiel von *Kant*, wonach im Falle einer freiwilligen Auflösung der menschlichen Gesellschaft auch noch der letzte Mörder seiner Strafe zuzuführen sei¹⁷, seinen wohl extremsten Ausdruck findet. Auf diesem Wege erfuhr das Legalitätsprinzip eine zusätzliche Begründung auch noch durch den deutschen Idealismus.

Eine dritte und politisch vielleicht sogar wichtigste Stütze fand das Legalitätsprinzip schließlich auch noch im Gefolge der Umwälzungen in Nordamerika und Frankreich, deren Ziel nicht zuletzt die Abschaffung der Ständeprivilegien war¹⁸. Die rechtsprechende Gewalt sollte auch bei der Strafverfolgung an den fundamentalen Grundsatz der "Gleichheit vor dem Gesetz" gebunden sein, was konsequenterweise rein opportunistischem Verfolgungsermessen zuwiderläuft¹⁹.

chem Klagemonopol zum Legalitätsprinzip – freilich keineswegs zwingend ist, zeigt das amerikanische Beispiel, wo trotz des Officialprinzips das Opportunitätsprinzip vorherrscht, dies allerdings vor dem Hintergrund, daß in den USA der als Ankläger fungierende district attorney vom Volk gewählt wird und sich immer wieder einer Wiederwahl stellen muß – und damit natürlich auch sein "Verfolgungseifer" beflügelt wird: vgl. dazu auch unten IV.4.c.

14 G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Bd. 7 der Theorie-Werkausgabe, 1970, § 99.

15 I. Kant, Metaphysik der Sitten, in: Werke in sechs Bänden (hrsg. von W. Weischedel), 1956, Bd. IV S. 453; einschränkend jedoch in der Auslegung H. Bielefeldt, Strafrechtliche Gerechtigkeit als Anspruch an den endlichen Menschen. Zu Kants kritischer Begründung des Strafrechts, Goldammer Archiv (GA) 1990, S. 108 - 120.

16 R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 77.

17 Kant, a.a.O. S. 455.

18 Hierzu nur E.J. Sieyès, Versuch über die Privilegien, in: Politische Schriften 1788 - 1790 (übers. und hrsg. von F. Schmitt und R. Reichardt), 1975, S. 91 - 113, 105, 111, sowie ders., Was ist der Dritte Stand? a.a.O. S. 117 - 195, 137, 188.

19 Hierzu die Darstellung von E.J. Sieyès, Was ist der Dritte Stand? a.a.O. S. 155: "Bei allen Schwierigkeiten, die zwischen einem Privilegierten und einem Mann aus dem Volke entstehen,

c) Die *Instruktionsmaxime* ist im wesentlichen auf die zuvor beschriebenen rechtsphilosophischen Konzeptionen zurückzuführen. Denn wenn das Prinzip der Gerechtigkeit auf der materiellen Wahrheit beruht, so muß deren Ermittlung auch Sache der rechtsprechenden Gewalt sein²⁰.

d) Ohne dies hier weiter darstellen zu können, hat das aufklärerisch-liberale Gedankengut schließlich auch zur Herausbildung der übrigen Prozeßmaximen geführt:

- die *Akkusation* zur Gewährleistung eines unparteiischen Richters²¹,
- die *Öffentlichkeit* zur Vermeidung von Geheimprozessen und somit zur Gewährleistung der formalen Korrektheit der Urteile²²,
- die Grundsätze der *Unmittelbarkeit* und der *Mündlichkeit*, um Mißstände, die bei der Führung schriftlicher Prozesse wie insbesondere bei der Aktenversendung aufgetreten waren, zu vermeiden²³.

Was die praktische Umsetzung dieser rechtspolitischen Forderungen und dabei insbesondere deren *Rezeption auf deutschem Gebiet* betrifft, so kamen die wichtigsten Anstöße und auch Realisierungsschritte zweifellos aus Frankreich, und zwar vor allem auf die Weise, daß zunächst im linksrheinischen Deutschland, insbesondere im preußischen Rheinland, der napoleonische Code d'Instruction Criminelle von 1808 eingeführt wurde und auch nach den Befreiungskriegen bis 1849 in Geltung blieb. Kennzeichnend für dieses Verfahren war die Trennung von Anklagebehörde und Gericht, die Durchführung des Vorverfahrens durch einen unabhängigen Untersuchungsrichter (juge d'instruction) sowie die Ausrichtung des Verfahrens nach den Maximen der Öffentlichkeit, der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit.

Der durchschlagende und bleibende Erfolg dieser Reform ist im Grunde leicht erklärbar: Der politischen Situation der Zeit mit der immer stärker werdenden liberalen Bewegung entsprach der französische Strafprozeß entschieden besser als der gemeinrechtliche Inquisitionsprozeß im geheimen schriftlichen Verfahren. Soweit daher nach 1848 die meisten deutschen Einzelstaaten neue Strafprozeßordnungen schufen, wurden die Trennung von Anklagebe-

ist da letzterer nicht unfehlbar immer der strafflos Unterdrückte, gerade, weil er sich an Privilegierte wenden muß, wenn er es wagen sollte, Gerechtigkeit zu fordern? Verfügen nicht die Privilegierten allein über alle Macht und ist ihre erste Reaktion nicht immer die, die Beschwerde eines Bürgerlichen als einen Mangel an Unterwürfigkeit anzusehen? Warum üben die Vollziehungsbeamten von Polizei und Justiz ihr Amt selbst gegenüber dem Privilegierten, den sie auf frischer Tat ertappt haben, nur furchtztitternd aus, während sie den Armen, der erst angeklagt ist, so brutal behandeln? Vgl. ferner aus der Anfangszeit der Staatsanwaltschaft in Deutschland die deutlichen Worte von L. Fuld, Gestaltung des Privatklagewesens, in: P.F. Aschrott (Hrsg.), Reform des Strafprozesses, 1906, S. 601 - 622, 601.

20 LR-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rz. 44; Schmidt, LehrK Rz. 363, 364.

21 LR-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rz. 3.

22 Schmidt, LehrK Rz. 401.

23 Schmidt, LehrK Rz. 425 ff., 427.

hörde und Gericht sowie die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung eingeführt²⁴. Dieser partikuläre Strafprozeßtyp ist als "reformierter deutscher Strafprozeß" in die Rechtsgeschichte eingegangen, wirkt aber als Grundlage für den Strafprozeß der RStPO von 1877²⁵ bis heute fort.

3. Zeitgenössische Bewertung der Prozeßmaximen

Wenn die vorangehende Darstellung den Eindruck konzeptioneller Logik oder gar historischer Selbstverständlichkeit, mit der alles auf die Entwicklung dieser Prozeßmaximen zulief, erwecken sollte, so wäre doch eilends darauf hinzuweisen, daß die praktische Durchsetzung dieser Maximen nicht in allen Fällen unumstritten war und auch keineswegs immer bruchlos durchgeführt wurde. Dies sei durch einen kurzen Blick auf zeitgenössische Bewertungen der Prozeßmaximen bei Übernahme in die RStPO gezeigt.

Bei der Durchsicht *zeitgenössischen Schrifttums* – wie namentlich des Lehrbuches von Glaser²⁶ und des Kommentars von Löwe²⁷ – fällt zunächst der nüchterne Stil der Kommentierung auf. Dies legt es nahe, daß man sich mit der Verfahrensregelung der StPO auf vergleichsweise vertrautem Terrain bewegte²⁸. Weiterhin wird deutlich, daß die damalige Entwicklung des Strafprozesses nicht so sehr – wie erst heute dank der relativ sicheren ex-post-Betrachtung möglich – in ihrem gesamthistorischen Ablauf betrachtet wurde, sondern verständlicherweise die "tagespolitische" Bedeutung mit besonderer Akzentuierung der *Mündlichkeit* und *Öffentlichkeit* des Verfahrens sowie der – hier nicht weiter behandelten – Frage der *Laienbeteiligung* im Vordergrund stand²⁹.

Eher kühl wird das *Legalitätsprinzip* (§ 152 Abs. 2 RStPO) kommentiert³⁰. Dieser reservierte Unterton entsprach wohl auch der Stimmung in den Justizverwaltungen. Je nach dem, ob in den einzelstaatlichen Prozeßordnungen das Legalitätsprinzip (wie beispielsweise in Sachsen und Bayern) bzw. das Opportunitätsprinzip (wie namentlich in Preußen) gegolten hatte, waren auch die Ansichten verschieden. Während sich Befürworter des Legalitätsprinzips auf

24 So z.B. Bayern 1848, 1861, Preußen 1849, Baden 1864, Württemberg 1868.

25 Zusammenfassend bereits J. Glaser, Handbuch des Strafprozesses, Erster Band, 1883, S. 214.

26 Glaser, a.a.O..

27 E. Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 5. Aufl. 1888 (1. Aufl. 1878).

28 So spricht Löwe im Vorwort zu seiner 1. Aufl. von 1878 - dem Jahr des Inkrafttretens der RStPO - bezeichnenderweise von "nicht entfernt so fundamentalen Neuerungen".

29 So schon dargestellt von Glaser a.a.O., S. 209, 246, der selbst die historische Bedingtheit sehr genau erfaßt (vgl. S. 211 Anm. 3).

30 Vgl. Löwe a.a.O. § 152 Anm. 4; M. Stenglein, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1884, § 152 Anm. II

die "höhere Weihe" der Verwirklichung des Gerechtigkeitsprinzips berufen³¹, aber auch auf praxisorientierte Argumente – wie Gewährleistung einheitlicher Handhabung – stützen konnten³², wurde von Befürwortern des Opportunitätsprinzips auf den sonst nicht zu bewältigenden Anfall von Fällen verwiesen³³. Auch wurde schon damals argumentiert, daß ein großer Teil des Nutzens der Staatsanwaltschaft verloren ginge, wenn man sie lediglich des wohlklingenden Wortes "Legalitätsprinzip" zuliebe zwingen wollte, selbst bei den geringfügigsten Sachen einzuschreiten³⁴. Doch nicht nur die Justizverwaltung stand dem Legalitätsprinzip skeptisch gegenüber. Auch die zeitgenössische Lehre stellte bereits die Unbedingtheit seiner damaligen Formulierung in Frage, wobei der geradezu scherische Blick von *Glaser* besondere Aufmerksamkeit verdient, ist doch in seiner Konzeption die heutige Rechtslage schon in ihren wesentlichen Zügen vorausgenommen³⁵. Daher wird man – kurz gesagt – den Geltungsgrund

31 Beispielhaft dafür etwa der Abgeordnete *Struckmann*, Protokolle der Kommission S. 197, in: *C. Hahn*, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Dritter Band Erste Abteilung Materialien zur Strafprozeßordnung, 1880, S. 711: Es sei keine richtige Auffassung, wenn gesagt werde, daß ein öffentliches Interesse, ganz geringfügige Straftaten zu verfolgen, nicht vorliege. Denn indem das Strafgesetz eine gewisse Handlung mit Strafe bedrohe, erkenne es an, daß ein öffentliches Interesse an ihrer Bestrafung vorhanden sei; vgl. ferner *Heinze*, Dispositionsprinzip und Officialprinzip; Verhandlungsform und Untersuchungsform, GA 24 (1876) S. 265 - 310, insbes. 275 ff.

32 So enthielt bereits der 1. "Entwurf einer Deutschen Strafprozeß-Ordnung" von 1872 (*R.V. Decker*) die Begründung zu § 134 (dem späteren § 152 Abs. 2), daß "die Entscheidung darüber, ob es ... einer gerichtlichen Thatbestands-Erhebung ... bedürfe, den einzelnen Polizei- oder Gemeindebehörden nicht wohl überlassen werden kann, zumal namentlich in Dörfern das Amt des Gemeindevorstandes sich öfter in den Händen von Personen befindet, deren Bildungsstand keine genügende Gewähr für eine sachgerechte Beurtheilung der Frage, ob der Verdacht einer strafbaren Handlung begründet sei, darbiete". Ähnlich sprach sich in den Kommissionsberatungen der Abgeordnete *Dr. Schwarze* aus (Protokolle S. 196, in: *Hahn* a.a.O. S. 710 f.): Dem Ermessen des Staatsanwalts werde im Falle des Opportunitätsprinzips "eine weittragende Entscheidung überlassen, welche eigentlich nur dem Oberhaupte des Staates zustehe". Auch führe das Opportunitätsprinzip zu einer großen Verschiedenheit der Praxis in den einzelnen staatsanwaltschaftlichen Bezirken, weil alles von der Individualität, ja von der Stimmung des Staatsanwalts abhängt. Auch nehme das Publikum Anstoß daran, daß der Staatsanwalt nicht in allen Fällen einschreite, weil es die Gründe für seine verschiedenen Entschließungen nicht kenne.

33 So wurde im Hinblick auf die Situation in Preußen befürchtet, daß die Staatsanwaltschaft bei Geltung des Legalitätsprinzips in doppelt so vielen Fällen einschreiten müßte, wobei schon damals die Zahl der unbeachtet gelassenen Anzeigen mit 140.000 pro Jahr beziffert wurde.

34 *Dr. Gneist*, Kommissionsprotokolle S. 196, in: *Hahn* a.a.O. S. 710.

35 Vgl. die Kritik von *Glaser*, a.a.O. S. 218 sowie seine eigenen Vorstellungen a.a.O. S. 224, in denen er zahlreiche Fälle, in denen das Legalitätsprinzip nach heute gefestigter Ansicht nicht berührt ist (§ 170 II: Nichtverfolgung bei Nichterweislichkeit, S. 224 Fn. 14; abzuwägende Verfolgungsintensität: begrenzte Möglichkeiten gebieten, u.U. aufwendige Maßnahmen zur Erreichung eines geringfügigen Aufklärungsergebnisses zu unterlassen, S. 224 Fn. 14), sowie einige inzwischen Gesetz gewordene Einschränkungen der Strafverfolgung (§ 153 d: Nichtverfolgung von politischen Straftaten, S. 219 Fn. 7; §§ 154, 154 a: Nichtverfolgung einzelner nicht ins Gewicht fallender Taten, S. 224 Fn. 14; § 31 BtmG, Art. 4 des Aneklgesetzes zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen: "Kronzeugenregelungen", S. 225 Fn. 14) vorwegnimmt.

wie auch die innere Überzeugungskraft des Legalitätsprinzips zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens keinesfalls so verabsolutiert betrachten dürfen, wie es in der Folgezeit den Anschein hatte.

Weitaus unangefochtener ist demgegenüber die *Instruktionsmaxime*. Wie namentlich von Löwe pointiert, dürfe sich der Richter, da die Aufgabe des Strafprozesses "die Erforschung und Feststellung materieller Wahrheit" sei, nicht mit der Erklärung des Beschuldigten, daß er die Tat begangen habe, beruhigen, sondern müsse die Wahrheit dieser Erklärung prüfen und den Beschuldigten eventuell trotz des Schuldbekenntnisses freisprechen; auch höre die Verurteilung eines Unschuldigen nicht dadurch auf, eine Rechtsbeugung zu sein, daß sie dem Wunsche desselben entspricht³⁶.

Auch den Maximen der *Mündlichkeit* und der *Öffentlichkeit* wird eine über den einzelnen Strafprozeß weit hinausreichende Bedeutung beigemessen, wenn beispielsweise Glaser weniger darauf abhebt, daß jeder einzelne Fall bekannt und gewissermaßen der Kritik der "öffentlichen Meinung" unterstellt werde, sondern darauf, "dass richtige Vorstellungen über die Einhaltung eines gerechten, unparteiischen, menschlichen, umsichtigen, der idealen Aufgabe der staatlichen Strafrechtspflege auch in der Wahl der Mittel entsprechenden, den Sieg der Wahrheit und des Rechtes möglichst sichernden Vorganges verbreitet seien"³⁷.

4. Zwischenzeitliche Einschränkungen von Prozeßmaximen

Angesichts solcher teilweiser Ambivalenzen kann es nicht überraschen, daß keine der infragestehenden Prozeßmaximen mit strengster Konsequenz durchgeführt wurde oder jedenfalls zwischenzeitlich nicht gewisse Einschränkungen erfahren hätte. Um ohne Anspruch auf Vollständigkeit zumindest einige mehr oder weniger weitgehende Restriktionen zu nennen:

- Die *Offizialmaxime*, die schon von Anfang an durch die Existenz von Antrags- und Privatklagedelikten abgemildert war, hat durch Ausbau dieser Mitwirkungsmöglichkeiten des Opfers weitere Einschränkungen erfahren³⁸.

36 Löwe, a.a.O. § 153 Anm. 4 a; ähnlich Glaser, a.a.O. I S. 242; Heinze, GA 24 (1876), S. 265, 287.

37 Glaser a.a.O. I, S. 257. Noch weitaus schärfer und zudem noch weit darüber hinausgehend, indem sogar die Öffentlichkeit der Beratung gefordert wurde, J.P.A. Feuerbach in seinen "Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege" (1821): "Ein Richter, welcher sich nicht einmal so viel Kraft und so viel Liebe zum Wahren und Rechten zutraut, um sich zu dem selben mit gerader Offenheit zu bekennen, hat über sich selbst gerichtet" (zitiert nach E. Kipper, Johann Paul Anselm Feuerbach, Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 2. Aufl. 1989, S. 112).

38 Grundlegend zum Verhältnis Anklagemonopol und Klageerzwingung W. Niese, Die Anklageerzwingung im Verhältnis von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip, Süddeutsche Juristenzeitung (SJZ) 1950, S. 889–899.

- Das *Legalitätsprinzip*, das schon in seiner Urfassung des § 152 Abs. 2 StPO unter dem Vorbehalt anderer gesetzlicher Anordnungen stand, ist durch Ausbau der Einstellungsmöglichkeiten nach den §§ 153 bis 154 e StPO vor allem für den Bereich der Bagatelldelinquenz fast zur Ausnahme geworden³⁹ – weswegen auch die übliche Redeweise von Einschränkungen des Legalitätsprinzips durch das “Opportunitätsprinzip” nicht ganz korrekt ist⁴⁰. Desungeachtet wird von diesem Begriffspaar die Diskussion bereits seit etwa 1860/61 geprägt⁴¹.
- Die *Wahrheitsermittlungs- und Instruktionsmaxime*, wie sie vor allem in den §§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO ihren Niederschlag gefunden hat, hat zwar über die von Anfang an bestehenden Restriktionen durch Beweisantragsregeln und Beweisverbote⁴² hinaus zunächst keine weiteren gesetzlichen Einschränkungen erfahren. Spätestens aber mit dem 1950 eingeführten § 136 a StPO, der als Reaktion auf nationalsozialistisches Justizunrecht gegen menschenwürdigkeitswidrige Vernehmungsmethoden gerichtet ist, wurde unmißverständlich klargestellt, daß es “keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis” geben darf⁴³ und somit auch die Wahrheitsmaxime keine absolute Geltung für sich in Anspruch nehmen kann.
- Das *Öffentlichkeitsprinzip* (§§ 169 – 175 GVG) hat vor allem im Interesse des Opfers weitere Einschränkungen erfahren⁴⁴.
- Auch die *Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsmaximen* war von Anfang an mit gewissen Einschränkungen versehen, ohne daß aber ihre Funktion schon dadurch wesentlich beeinträchtigt worden wäre⁴⁵.

Trotz nicht zu übersehender Einschränkungen dieser verschiedenen Prozeßmaximen läßt sich aber dennoch sagen, daß die ursprüngliche Verfahrenskonzeption der StPO, wie sie durch die Trias von *materieller Wahrheit, Instruktionsmaxime und fehlende Dispositionsmaxime* (von Ankläger und Angeklagtem) über den Prozeßgegenstand geprägt wird, in ihrem wesentlichen Kern unverändert geblieben ist⁴⁶.

39 Vgl. die einzelnen Nachweise in KK-Schoreit, § 152 Rdnr. 21 - 26.

40 Denn wenn ein Prinzip nur eingeschränkt gilt, so handelt es sich bei den Einschränkungen um Ausnahmen vom Prinzip, nicht aber seinerseits um ein selbständiges Prinzip. Deshalb wäre das “Opportunitätsprinzip” richtigerweise als das theoretische Antonym zum “Legalitätsprinzip” zu verstehen.

41 Ausführlich zur Entwicklung U. Kapahnke, Opportunität und Legalität im Strafverfahren, Diss. Tübingen 1982, S. 3 ff.

42 Schmidt, LehrK Rz. 363 spricht von “Grenzen und Spielregeln”; ähnlich LR-Schäfer, Einl. Kap. 13 Rz. 44.

43 Erstmals dezidiert BGHSt 14, 358 - 366, 365 gegen Verwertung heimlicher Tonbandaufnahmen.

44 Näher dazu H. Jung, Öffentlichkeit – Niedergang eines Verfahrensgrundsatzes?, in: H.J. Hirsch/ G. Kaiser/H. Marquardt (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, 1984, S. 891 - 927.

45 Vgl. im einzelnen Schmidt LehrK Rz. 425 ff., insb. 436, 446, 456.

46 So auch das Resümee von B. Schünemann, Reflexionen über die Zukunft des deutschen Strafverfahrens, in: O.F. Ehrh. v. Gamm/P. Rarsch/K. Tiedemann (Hrsg.), Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer, 1988, S. 461 - 484, 462.

III. Krisenherde des gegenwärtigen Strafverfahrens

Schaut man nur auf den Normenbestand, so erscheint die Konzeption des deutschen Strafprozesses nach wie vor ausgewogen. Zieht man aber auch die Wirklichkeit mit in den Blick, sind gewisse Krisenherde nicht zu übersehen. Welche Auswirkungen dies auf das Funktionieren der traditionellen Prozeßmaximen haben kann, sei wenigstens an drei Problembereichen kurz skizziert.

1. Die unbewältigte Verfahrensmenge

Die Komplexität der Lebensverhältnisse hat im materiellen Strafrecht weit über den Bereich der "klassischen" Delikte hinaus zu einer breiten Kriminalisierung verschiedenster Formen sozialschädlichen Verhaltens geführt, wobei hier lediglich an die Bereiche des Straßenverkehrs, der Wirtschaft und des Drogenmißbrauchs erinnert sei⁴⁷. Das hat zwangsläufig auch eine quantitative Überlastung der Strafverfolgungsorgane zur Folge. Dem ist auch dadurch, daß parallel zur Verfahrenszunahme auch das Justizpersonal entsprechend vermehrt wird, nur begrenzt zu begegnen. Denn obgleich die allgemeine Verfahrenszunahme tatsächlich bereits durch eine ungefähr proportionale Personalvermehrung der Justiz aufgefangen wurde, kam es gleichwohl zu einer Überlastung der Strafverfolgungsorgane, weil die Personalvermehrung nicht mit dem gleichzeitigen Anstieg der durchschnittlichen Verfahrensdauer, insbesondere hinsichtlich der kritischen Größe der Verhandlungstage, schrittzuhalten vermochte⁴⁸. Muß es aber aufgrund der vielzitierten Knappheit der "Ressource Recht"⁴⁹ zu sichtbaren Mängeln in der tatsächlichen Durchsetzung des Strafrechts kommen, so kann dies den Rechtsfrieden gefährden und das Vertrauen in die Geltungskraft des Strafrechts untergraben.

Will man also die gegenwärtigen Ziele und Formen des Strafverfahrens aufrechterhalten, so erscheint eine Bewältigung der anfallenden Verfahren nur unter enormer Erweiterung der personellen und sächlichen Mittel der Justizbehörden möglich. Dies dürfte jedoch realistischlicherweise volkswirtschaftlich kaum tragbar sein⁵⁰ und wäre wohl auch im internationalen Vergleich unange-

47 Vgl. im einzelnen K. Lüderssen, Die Verständigung im Strafprozeß. Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel?, Strafverteidiger (StV) 1990, S. 415 - 420, 416; Schünemann DJT-Gutachten S. 28.

48 Vgl. Schünemann, Pfeiffer-Festschrift, S. 470.

49 E. Benda, in: Deutscher Richterbund (Hrsg.), Kurskorrekturen im Recht, 1980, S. 256 ff.

50 Wobei diese empirische Annahme selbstverständlich noch eines genauen Beweises bedürfte, einem solchen Unterfangen aber, wie es vielleicht am ehesten mit der hierzulande im Strafrecht noch viel zu sehr vernachlässigten ökonomischen Analyse des Rechts bewerkstelligt werden könnte, mit durchaus zwiespältigen Erwartungen entgegenzusehen wäre. Näher zu Risiken und Chancen einer derartigen "wissenschaftlichen Rechtskenntnis" vgl. C. Othl. B. Schäfer, Die ökonomische Analyse des Rechts, Juristenzeitung (JZ) 1988, S. 212 - 223, in Erwiderung auf und mit Replik von K.-H. Fezer JZ 1986, S. 817 - 824 bzw. JZ 1988, S. 223 - 228.

messen. So entfielen beispielsweise in der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1980 auf jeden Strafrichter etwa 13.000 Einwohner⁵¹, während sich in den Vereinigten Staaten von Amerika im Jahr 1985 genau doppelt so viele Bürger mit 1 Richter begnügen mußten⁵². Wenn also die anfallende Verbrechensmenge nicht einfach durch Personalvermehrung zu bewältigen ist, erscheinen Änderungen in der rechtlichen Verfahrensgestaltung unausweichlich.

Tatsächlich finden sich auch bereits Lösungsvorschläge, wobei vor allem ein auch offiziös geförderter auf eine *Verringerung der "Obstruktionsmöglichkeiten"* des Angeklagten gerichtet ist, indem insbesondere sein Beweisantragsrecht in allen tatrichterlichen Instanzen eingeschränkt werden soll⁵³. Doch ganz abgesehen davon, daß eine klare Grenze zwischen "Obstruktion" und Wahrnehmung legitimer Verteidigung und sonstiger Verfahrensrechte kaum zu ziehen ist, könnte die Glaubwürdigkeit der Strafjustiz leicht Schaden erleiden, wenn mühsam errungene Positionen des Beschuldigten allein um fragwürdiger Zeit- und Mittelersparnis willen aufgegeben würden. Auch könnte durch eine solche Verschiebung der Gewichte zwischen dem Angeklagten und seinem Richter dieser wiederum zum Inquisitor werden und jener dementsprechend vom Subjekt zum Objekt absinken.

Ein anderer Lösungsweg wird in der bereits eingangs erwähnten Möglichkeit von *Absprachen zwischen den am Strafverfahren Beteiligten* erblickt⁵⁴. Obgleich hier der Beschuldigte – im Unterschied zur vorangehenden Beschneidung seiner Rechte – eher aufgewertet erscheint, da er gleichsam zum "Vertragspartner" des Richters wird, ist dennoch vor Euphorie zu warnen; denn die bei Absprachen dem Beschuldigten eingeräumte Mitwirkungsmöglichkeit ist teilweise auch mit Einbrüchen in solche Prozeßmaximen erkaufte, die eigentlich auch ihm zugutekommen sollen.

51 Vgl. die Daten in *P. Rieß*, Zur Entwicklung der Geschäftsbelastung in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, Deutsche Richterzeitung (DRiZ) 1982, S. 201 - 215, 213.

52 Daten aus: *K.M. Jamieson/T.J. Flanagan* (eds.) Sourcebook of Criminal Justice Statistics - 1986. U.S. Department of Justice, 1987, table 1.21., 1.27.

53 Vgl. namentlich die Vorschläge der 52. Justizministerkonferenz zu Maßnahmen zur Entlastung der Gerichte und Staatsanwaltschaften in Strafsachen, StV 1982, S. 325 - 334, 331. Zu noch weitergehenden "Vereinfachungsvorschlägen" in Reaktion auf die durch die Vereinigung Deutschlands aufgeworfenen Justizgewährleistungsprobleme vgl. den "Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege" vom 27.9.1991 (BT-Drs. 12/1217). Da es sich dabei aber weniger um strukturell "normale" Mengenbewältigungsprobleme als vielmehr um eine historische "einmalige" Justizkrise handelt, mag diese – wenngleich kurzfristig durchaus dramatische – Zuspitzung der Problematik hier vernachlässigt sein.

54 Zu den verschiedenen Erscheinungsformen solcher "konsensueller" Modelle vgl. namentlich das DJT-Gutachten von *Schünemann* a.a.O.. Wie sehr bereits der jeweils benutzte Terminus zur Beschreibung dieses Phänomens von der zustimmenden oder ablehnenden Einstellung des Verfassers abhängt, ist vor allem bei *K.-D. Bussmann*, Das Entstehen eines neuen Rechtsbegriffs: Verständigungen im Strafverfahren, Kritische Vierteljahreszeitschrift (KritV) 1989, S. 376 - 397, 379 dargetan.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien lediglich einige der Prozeßmaximen und sonstigen Verfahrensgrundsätze genannt, die durch Absprachen im Strafverfahren tangiert, wenn nicht gar verletzt sein können:

- das *Legalitätsprinzip*, wenn die Staatsanwaltschaft oder das Gericht die Verfolgung bzw. Verurteilung einzelner Taten über das nach §§ 153 ff. StPO zulässige Maß hinaus als Teil ihrer “Gegenleistung” für die Kooperation des Beschuldigten unterlassen;
- die *Instruktionsmaxime*, wenn das Gericht als “Gegenleistung” für ein Geständnis des Angeklagten auf eine weitere Wahrheitsermittlung verzichtet;
- die *Unschuldsvermutung*, wenn das Gericht trotz fehlender Entscheidungsreife schon aufgrund des (möglicherweise falschen) Geständnisses ein Urteil erläßt;
- die Maxime der *Fairness* im Strafverfahren, wenn das Gericht den Angeklagten mit Inaussichtstellung von Straferleichterungen in eine Verurteilung “ködert”;
- das Prinzip *gerechter Strafzumessung*, wenn das Gericht ein Geständnis strafmildernd bewertet, ohne daß es aus Reue gemacht wäre;
- das *Gleichbehandlungsprinzip*, wenn der sich mit dem Gericht arrangierende Täter milder bestraft wird als jener, der auf der Wahrnehmung seiner legitimen Verfahrensrechte beharrt oder wenn von Absprachen nur bestimmte Tätergruppen – wie vor allem “Wohlstandskriminelle” – profitieren können.

Wie schon *Schünemann* in seinem DJT-Gutachten im Hinblick auf diese und weitere Konfliktpunkte dargetan hat, wird eine Bewältigung der gegenwärtigen Verfahrensmenge schwerlich ohne gewisse Änderungen der tradierten Verfahrensstruktur und ihrer Prozeßmaximen möglich sein⁵⁵. Die demgegenüber optimistischere Mehrheit des Deutschen Juristentages, die Absprachen schon im wesentlichen mit dem gegenwärtigen Strafprozeß für vereinbar hielt⁵⁶, mußte sich nun jüngst durch eine aufsehenerregende Entscheidung des Bundesgerichtshofs eines anderen belehren lassen: Danach sind Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung nur noch schwerlich möglich⁵⁷.

Da auch sonstige gangbare Wege zur Bewältigung der gegenwärtigen Verfahrensmenge nicht erkennbar sind, bleibt nichts anderes als einzuräumen, daß insoweit der überkommene Strafprozeß die Grenzen seiner Entwicklungsfähigkeit erreicht haben dürfte.

55 Vgl. insbes. *Schünemann* DJT-Gutachten a.a.O. S. 166.

56 Vgl. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse B II, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1990, S. 2991 - 2998, 2993.

57 BGH, *NSiZ* 1991, S. 346 mit Anmerkung von *H.-J. Weider* StV 1991, S. 241. Vgl. auch *A. Zschokell*, Die Urteilsabsprache in der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH, *NSiZ* 1991, S. 305 - 310.

2. Die steigende Berücksichtigung des Tatopfers

Nachdem sich das Opfer – sieht man vom eher engen Anwendungsbereich der Privat- und Nebenklage einmal ab – im Verfahrenskonzept der RStPO mit der Rolle eines bloßen Zeugen hatte zufrieden geben müssen, ist es neuerdings verstärkt in den Blick geraten: und zwar sowohl im Strafprozeßrecht, wo vor allem durch das Opferschutzgesetz von 1986 die Mitwirkungsrechte des Tatopfers verstärkt wurden⁵⁸, als auch im Bereich des materiellen Strafrechts, wo unter dem Stichwort “Täter-Opfer-Ausgleich” der Wiedergutmachungsgedanke verstärkt Beachtung findet⁵⁹.

Trotz dieser “Renaissance” des Tatopfers⁶⁰ – von manchen schon etwas abschätzig als “Verletzteneuphorie” apostrophiert⁶¹ – kann von einer angemessenen Integration des Opfers in den Strafprozeß noch keine Rede sein. Auch wird es dabei, wie bei einer bloßen Verbesserung des Adhäsionsverfahrens zu befürchten wäre, nicht nur darum gehen dürfen, materielle Ansprüche des Geschädigten aus dem Zivil- in das Strafverfahren überzuführen; vielmehr müßten solche Bemühungen im Sinne einer integrativen Generalprävention auch darauf gerichtet sein, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, wobei auch der psychologische Aspekt des Umgangs mit “Schuld und Sühne” – oder besser mit “Versöhnung” – stärker zu berücksichtigen wäre⁶².

Daß solche Umorientierungen schwerlich ohne grundlegende gesetzliche Änderungen möglich sind, haben bereits erste Bemühungen um eine gesetzliche Verankerung der Wiedergutmachung im Strafverfahren gezeigt⁶³. Auch dies wird aber kaum ohne gewisse Modifizierungen überkommener Prozeßmaximen abgehen können.

58 Näher dazu *Th. Weigend*, Das Opferschutzgesetz – kleine Schritte zu welchem Ziel?, NJW 1987, S. 1170 - 1177.

59 Vgl. dazu – unter anderem – *A. Eser/G. Kaiser/K. Madlener* (Hrsg.), Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht. Internationales strafrechtlich-kriminologisches Kolloquium in Freiburg i.Br., 1990.

60 Vgl. *A. Eser*, Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren – Nationale und internationale Tendenzen, in: *G. Domseifer u.a.* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 723 - 747.

61 *H.J. Hirsch*, Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht – Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben, in: *A. Kaufmann-Gedächtnisschrift a.a.O.* S. 699 - 721 (699).

62 Zu diesem Aspekt vgl. etwa die einfühlsamen Prozeßberichte eines vorgebildeten Laien: *G. Manz*, Die Justiz vor Gericht - Macht und Ohnmacht der Richter, 1990, sowie *E. Marks/D. Rössner* (Hrsg.), Täter Opfer-Ausgleich. Vom zwischenmenschlichen Weg zur Wiedherstellung des Rechtsfriedens, 1989.

63 Vgl. dazu namentlich *H. Schöch*, Vorläufige Ergebnisse der Diskussionen zu einem Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM) im Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer, in: *Eser/Kaiser/Madlener a.a.O.* S. 73 - 82

3. *Pervertierung der Öffentlichkeit vom Kontrollorgan zum Bedrohungspotential*

Als im 19. Jahrhundert die Öffentlichkeit des Strafverfahrens erkämpft wurde⁶⁴, ging es um die Herstellung von mehr Rechtsstaatlichkeit: Sowohl der Angeklagte als auch das Opfer sowie nicht zuletzt die Allgemeinheit überhaupt konnten ein Interesse daran haben, daß die Strafjustiz nicht hinter undurchsichtigen Wänden, sondern vor den Augen der Öffentlichkeit abläuft und damit – und sei es auch nur ansatzweise und bruchstückhaft – durchschaubar und kontrollierbar wird. Immerhin blieb aber diese Öffentlichkeit naturgemäß eine beschränkte, weil im wesentlichen auf örtlich Anwesende oder die etwaige lokale (aber meist noch zensierte) Presse begrenzt.

Mit den heutigen Massenmedien ist das fundamental anders geworden: So wird selbst die im hintersten Winkel eines Gebirgsdorfes begangene und zunächst nur vom Lokalblatt berichtete Tat durch Verkettung der Presseorgane und deren teilweise Fixierung auf "Sensationen" landes-, wenn nicht gar weltweit bekannt; zudem aber können dabei der Täter wie auch das Opfer, wenn nicht sogar manche Zeugen, zum Gegenstand von Ausforschungen und Recherchen werden, deren öffentliche Bekanntgabe nicht nur das Ansehen und die zwischenmenschlichen Beziehungen der Betroffenen beeinträchtigen, sondern auch die Unabhängigkeit des Gerichts gefährden können⁶⁵. Als ein besonders spektakuläres Beispiel braucht hier lediglich die öffentliche Vorverurteilung von Politikern bei der strafrechtlichen Bewältigung der Flick-Affäre in Erinnerung gerufen zu werden, wo sich die Gerichte ernsthaft vor die Frage gestellt sahen, ob nicht Art und Umfang der Berichterstattung in den Medien ein Verfahrenshindernis begründen⁶⁶.

Gewiß konnten solche gesellschaftlichen und technischen Entwicklungen bei Konzipierung der Öffentlichkeitsmaxime vom historischen Gesetzgeber nicht vorausgesehen werden. Auch zwischenzeitliche Kautelen – wie etwa das Verbot der Rundfunk- und Fernsehberichterstattung während der Verhandlung (§ 169 GVG) – konnten noch keine befriedigende Absicherung gefährdeter Persönlichkeitsrechte der Betroffenen bringen. Deshalb steckt hier mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz eine weitere traditionelle Prozeßmaxime in einer tiefen Krise.

64 Zur Entwicklung bis dahin vgl. *P.-P. Alber*, Geschichte der Öffentlichkeit im deutschen Strafverfahren, 1974.

65 Vgl. *P. v. Becker*, Straftäter und Verdächtige in den Massenmedien, 1979; *J. Scherer*, Gerichtsöffentlichkeit als Medienöffentlichkeit; *K. Marven*, Medienfreiheit und Unschuldsvermutung, GA 1980, S. 365 - 381.

66 Vgl. dazu *A. Eser/H. Meyer* (Hrsg.), Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 1986.

IV. "Reprivatisierung" des Strafverfahrens: Zukunftsmodell oder Irrweg?

1. Der "Privatisierungsgedanke" als durchgehender Trend

Auf den ersten Blick scheint es bei den vorangehend angesprochenen Problem-bereichen der Verfahrensmenge, des Tatopfers und der Sensationsprozesse um völlig verschiedenartige Phänomene zu gehen. Schaut man jedoch genauer hin und dabei insbesondere auf denkbare Lösungswege, so kommt ein durchgehender Leitgedanke zum Vorschein: In allen drei Problem-bereichen geht es – wenngleich auf unterschiedliche Weise – um eine stärkere Berücksichtigung individueller Belange oder um mehr informell-private anstelle formell-offiziöser Verfahrensweisen⁶⁷:

- Wenn etwa zur Bewältigung der Verfahrensmenge an verfahrensverkürzende Absprachen zwischen den Prozeßbeteiligten gedacht wird, so kann dies auf eine gewisse *Privatisierung des Strafverfahrens zugunsten des Täters* hinauslaufen.
- Soweit eine verstärkte Einbeziehung des Opfers und/oder ein verbesserter Täter-Opfer-Ausgleich angestrebt wird, geht es um eine *Privatisierung auf der Opferseite*.
- Soweit zum Schutz von Persönlichkeitsrechten der Prozeßbeteiligten die Öffentlichkeit zurückgenommen werden soll, könnte man von einer *Privatisierung des Verfahrens* sprechen.

Auch wenn diese Trendwende zunächst eher pragmatisch aufgezwungen gewesen sein mag, kann sie doch auch ideologisch kaum überraschen, dürfte dahinter doch auch eine *Änderung der strafrechts-philosophischen Grundvorstellungen* stehen. So ist vor allem die (im ersten Teil referierte) Annahme des deutschen Idealismus, daß alles strafrechtliche Unrecht zu sühnen sei⁶⁸, wenn überhaupt, so jedenfalls in dieser Absolutheit nicht mehr aufrechtzuerhalten. Demzufolge wurden auch die "absoluten" Straftheorien mehr oder weniger weit zurückgedrängt⁶⁹. Damit aber hat auch das strafprozessuale Legalitäts-

67 Gewiß ließe sich darüber streiten, ob dieses – in den nachfolgenden Beispielen etwas näher veranschaulichte – Phänomen mit "Privatisierung" terminologisch zutreffend umschrieben ist oder man stattdessen nicht auch, wenn nicht teils sogar besser von "Entpublizierung" des Verfahrens sprechen könnte. Da jedoch auch mit diesem Termini jeweils nur Teilaspekte des hier Gemeinten erfaßt würden und es vor allem darauf ankommt, die Verlagerung aus der Öffentlichkeit in einen parteiinternen Verhandlungsbereich zum Ausdruck zu bringen und unter Zurückdrängung des staatlichen Strafanspruchs die mehr individuelle Täter-Opfer-Beziehung zu betonen, erscheint mir die schlagwortartige Kennzeichnung dieses Trends als "(Re-)Privatisierung" noch als die am ehesten treffende terminologische Verklammerung.

68 Vgl. oben II.2.b zu Kant und Hegel.

69 Vgl. statt vieler II.11 Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1988, S. 62 f.

prinzip zumindest einen Teil seiner ursprünglichen theoretischen Basis verloren⁷⁰, ganz davon abgesehen, daß schon die zahlreichen Ausnahmen der §§ 153 ff. StPO schwerlich mit einem absoluten Anspruch der Vergeltung allen Unrechts vereinbar waren.

Doch nicht nur aus diesem Grunde war es an der Zeit, metaphysische Übersteigerungen des staatlichen Strafanspruches zurückzunehmen; denn indem das strafrechtliche Unrecht in Form der Rechtsgutsverletzung immer stärker vom generellen Rechtsschutzinteresse des Staates her verstanden wurde, hat sich die öffentliche Strafverfolgung immer mehr von den Interessen des Opfers gelöst⁷¹. Auch dieser Entwicklung gilt es entgegenzusteuern, indem die personale Komponente des Unrechts, die im Abstraktum der Rechtsgutsverletzung fast gänzlich aufgegangen ist⁷², wiederum in ihrem Eigenwert gesehen wird.

Diese Umorientierung des Schutzobjekts vom allumfassenden, damit aber auch übermächtigen Gemeinwesen hin zum individuell betroffenen Opfer erscheint nicht zuletzt aus verfassungsrechtlichen Gründen veranlaßt. Denn wenn das Grundgesetz an die Spitze seiner Wertordnung das Individuum gesetzt hat, so darf sich der Staat auch im Strafverfahren nicht als Endzweck, sondern nur als Mittel zum Zweck (des Schutzes von Menschen und seiner individuellen und sozialen Grundlagen) verstehen. Deshalb hat auch das Strafverfahren nicht dem Selbstbefriedigungsinteresse des Staates als solchem, sondern letztlich dem individuellen Wohl seiner Bürger zu dienen⁷³, auch wenn es dabei nicht nur um Genugtuung für das unmittelbar betroffene Opfer geht, sondern auch um das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit und nicht zuletzt auch um die Wiedereingliederung des Täters in die Rechtsgemeinschaft⁷⁴.

Freilich: so klar und hoffentlich auch unbestreitbar dieses Ziel sein mag, bleibt doch die Frage, ob es gerade mit den hier in Frage stehenden "Privatisierungstendenzen" zu erreichen ist und welche Auswirkungen auf die Prozeßmaximen das haben müßte. Ohne diese wahrhaft fundamentale Frage in diesem Rahmen auch nur annähernd beantworten zu können, seien wenigstens einige Pro- und Contra-Überlegungen zu einer stärkeren "Privatheit" des Ver-

70 Roxin, Strafverfahrensrecht S. 68 f.

71 Vgl. dazu namentlich K. Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruches, 1989.

72 B. Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NSiZ 1986, S. 193 - 200 (194).

73 Klassisch der Ansatz von Th. Hobbes in: Leviathan (übers. von W. Euchner, hrsg. von I. Fetscher, 1966) Kap. XVII, S. 131, und in: Vom Menschen. Vom Bürger (übers. und hrsg. von G. Gawlick 1959), Vom Bürger Kap. XIII, 6, S. 206 ff, der den Staatszweck in der Sicherung von Leben, Eigentum und Freiheit seiner Untertanen vor Übergriffen Dritter erkennt. Daß es sich hierbei um eine klassische Staatsaufgabe handelt, ist nie ernsthaft bestritten worden; vgl. E. Schmidt, LehrK Rz. 353; die moderne Verfassungslehre greift auf das System der Grundrechte zurück, die eine objektive Wertordnung beinhaltet, aus denen eine Pflicht des Staates zu ihrem Schutz vor Eingriffen Dritter folgt. Grundlegend, wenn auch im konkreten Fall in Begründung und Ergebnis zweifelhaft, BVerfGE 39, S. 1 - 96.

74 Insgesamt hierzu Th. Lenckner, JuS 1983, S. 340 - 345.

fahrens (2), einer verstärkten Berücksichtigung "privater" Opferinteressen (3) sowie einer verstärkten "Privatautonomie" des Täters im Strafverfahren (4) vorgetragen.

2. Rückzug des Strafverfahrens aus der Öffentlichkeit in größere Privatheit?

Wie schon bei der Nennung gegenwärtiger Krisenherde des traditionellen Strafverfahrens angedeutet, ist vor allem die Öffentlichkeitsmaxime wachsenden Zweifeln ausgesetzt.

Gewiß kann dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Angeklagten wie auch von Zeugen und dabei insbesondere des Opfers insoweit Rechnung getragen werden, als in der Hauptverhandlung schutzwürdige Interessen aus dem persönlichen Lebensbereich eines Prozeßbeteiligten betroffen sind; denn einer solchen Tangierung von Persönlichkeitsrechten versucht bereits das jetzige Recht durch Ausschluß der Öffentlichkeit vorzubeugen (vgl. insbes. §§ 171 a, 170 d, 172 Nr. 2 bis 4 GVG),

Damit aber sind Prozeßbeteiligte nur gegenüber einer *unmittelbaren Öffentlichkeit in der Hauptverhandlung* und damit erst in der Endphase des Verfahrens geschützt. Denn selbst beim Ausschluß der Öffentlichkeit während der Verhandlung wird eine mögliche Gefährdung der Privat- und Intimsphäre durch vorangegangene oder nachfolgende intensive Berichterstattung in *öffentlichen Medien* nicht ausgeschlossen. Auch mit den strafrechtlichen Ehrenschutztatbeständen der §§ 185 StGB scheint solchen Bedrohungen der Privatsphäre ebensowenig zu begegnen sein wie mit zivilrechtlichen Sanktionsinstrumenten, wie namentlich durch Anspruch auf Widerruf, Gegendarstellung oder Schadensersatz wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁷⁵.

Doch selbst wenn sich der Persönlichkeitsschutz gegen spezielle Verletzungen der vorgenannten Art noch weiter verbessern ließe, erscheint die Öffentlichkeit des Verfahrens vor allem in zweifacher Hinsicht weiterhin als bedrohlich:

Die *Belastung des Angeklagten durch den öffentlichen Prozeß selbst* kann zum Problem werden. "The process is the punishment"⁷⁶, diese nicht nur unvermeidliche Wirkung, sondern vielleicht sogar bewußt eingesetzte Zielsetzung eines Strafverfahrens kann jedenfalls dann zu einem rechtsstaatlichen Pyrrhus-Sieg pervertieren, wenn die Prangerwirkung einer öffentlichen Verhandlung außer Verhältnis zur Geringfügigkeit des angeklagten Unrechts steht. Nicht zuletzt deshalb dürfte ja das nicht-öffentliche Strafbefehlsverfahren so erfolg-

75 Vgl. hierzu R. Ricker, Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, S. 2097 - 2103, G. Mauz, a.a.O., insbes. S. 227 ff., M. Burgstaller, Der Einfluß der Medien auf das Strafverfahren, 1990, insbes. S. 59.

76 So der Titel eines Werkes von M.M. Feeley, 1979

reich geworden sein⁷⁷, ähnlich wie die von den "Alternativ-Professoren" vorgeschlagene Novelle eines "Strafverfahrens mit nicht-öffentlicher Hauptverhandlung" für den Fall, daß der Beschuldigte im wesentlichen geständig ist und das Ergebnis der Ermittlungen damit übereinstimmt, nicht zuletzt von sozialstaatlicher Sorge um den Beschuldigten motiviert war⁷⁸.

Aber: so verständlich ein solcher Rückzug des Strafverfahrens aus der Öffentlichkeit des Hauptverhandlungsraumes in die "Privatheit" des Richterzimmers auch ist, sind solchem Bestreben mit Rücksicht auf andere Verfahrensziele doch auch Grenzen gesetzt. Denn kann nicht aus generalpräventiven Gründen eine gewisse Prangerwirkung des Verfahrens gesellschaftlich sogar durchaus erwünscht sein? Oder ist nicht der Strafe ein gewisser Grad von Stigmatisierung wesenseigen, wenn sie einen sozialetischen Tadel zum Ausdruck bringen soll? Dieses Spannungsverhältnis zwischen Verfahrenszielen und Prozeßmaximen wird besonders deutlich, wenn – wie beispielsweise in Fällen von Steuershinterziehung bei Parteispenden oder bei Verstößen gegen Außenhandels- oder Kriegswaffenkontrollvorschriften – einerseits zur Stabilisierung des Vertrauens in die Rechtsordnung ein gesteigertes öffentliches Interesse daran besteht, die soziale Inadäquanz eines solchen Verhaltens aller Welt zu verdeutlichen, diese integrationspräventive Zielsetzung andererseits aber gerade durch Offenlegung ansonsten besonders geschützter Bereiche der Privat- und Geschäftssphäre bewirkt werden soll.

Dieses Dilemma kann sich noch durch einen weiteren Faktor wesentlich verschärfen: durch *Berichterstattung und Vorverurteilung in der Öffentlichkeit*, vor allem wenn der Angeklagte letztendlich freigesprochen wird. Wenn das BVerfG sogar einem rechtskräftig Verurteilten einen Anspruch auf Resozialisierung zuspricht⁷⁹, so müßte das für einen noch nicht verurteilten Angeklagten eigentlich erst recht gelten. Dem aber wird das Strafverfahren bislang kaum gerecht. Selbst die Unschuldsvermutung vermag dabei kaum weiter zu helfen, solange es nicht als Aufgabe dieses Prinzips angesehen wird, einen bestehenden Verdacht in der Weise abzuklären, daß die Unschuld des Angeklagten erwiesen wird⁸⁰. Sollen also derart irreparable Schäden, wie sie durch eine

77 Vgl. KK-Meyer-Göfner vor § 407 Rz. 3; H. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 5. Auflage 1983, Rz. 95.

78 Vgl. Alternativ-Entwurf: Novelle zur Strafprozeßordnung – Strafverfahren mit nicht-öffentlicher Hauptverhandlung, hrsg. von einem Arbeitskreis deutscher und schweizerischer Strafrechtslehrer (Arbeitskreis AE), 1980, insbes. S. 6 f. Vgl. auch zur Reform des spanischen Strafverfahrens die Nachweise bei Schünemann, DJT-Gutachten S. 153.

79 BVerfGE 35, S. 202 - 245 (235).

80 Vgl. BGHSt 7, S. 153 - 157, 154; J.A. Frowein, Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Recht als Prozeß und Gefüge, Festschrift für Hans Huber zum 80. Geburtstag, 1981, S. 553 - 562, 460; M. Schubarth, Zur Tragweite des Grundsatzes der Unschuldsvermutung, 1978, S. 26; C. Roxin/G. Arzt/K. Tiedemann, Einführung in das Strafrecht und Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 1988, S. 131; LR-Schäfer Einl. Kap. 13 Rz. 57.

öffentliche Hauptverhandlung sowohl für den letztlich freigesprochenen, aber möglicherweise in exzessivem Maße auch für den verurteilten Angeklagten sowie nicht zuletzt für das zu einer Offenlegung seiner Verhältnisse verpflichtete Opfer eintreten können, vermieden werden, so erscheinen gesetzliche Korrekturen durch Geheimhaltung bestimmter Daten unvermeidlich, wie beispielsweise hinsichtlich der Identität von Zeugen oder bei Gefahr irreparabler schwerer Geschäftsschädigung für den Angeklagten.

Aber: auch gegen solche durchaus verständlichen Bestrebungen wären aus anderer Sicht alsbald wieder Bedenken anzumelden. Würde die Kontrollfunktion des Öffentlichkeitsprinzips entfallen, wäre auf andere Weise das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren sicherzustellen. Will man den Zeugenschutz verbessern, wie dies derzeit von der Bundesregierung aufgrund einer ausdrücklichen Koalitions-Vereinbarung angestrebt wird⁸¹, so führt dies zu denselben Schwierigkeiten, wie sie seit langem unter dem Stichwort der "V-Mann-Problematik" bekannt sind⁸². Angesichts solcher ungelöster Fragen wäre eine weitere "Privatisierung" des Strafverfahrens jedenfalls ein voreiliger Schritt, wenn letztlich nicht sogar ein Irrweg.

3. Stärkere Berücksichtigung "privater" Opferinteressen?

Trotz berechtigter Skepsis gegenüber Privatisierungswünschen der vorgenannten Art wäre es aber gleichermaßen voreilig, deswegen jedwede Verstärkung privat orientierter Zielsetzungen im Strafverfahren zurückzuweisen. Denn solche Tendenzen erscheinen jedenfalls dort unterstützenswert, wo das Strafverfahren seinerseits in einseitiger "Publizierung" zu weit gegangen ist und daher einer Korrektur bedürfen könnte. Das gilt namentlich für die Opferinteressen, die – von Randbereichen der Privat- und Nebenklage abgesehen – im Strafverfahren fast gänzlich auf der Strecke geblieben sind.

Das wäre eigentlich schon aus *verfassungsrechtlichen* Gründen längst zu monieren gewesen; denn wenn und soweit es um strafrechtliche Rechtsgüter geht, die – wie Leib, Leben, Freiheit, Vermögen oder Ehre – zugleich auch grundrechtlich garantiert oder jedenfalls als Teil der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes zu verstehen sind, dann sind sie eigentlich bei jeder Aus-

81 Koalitions-Vereinbarung für die 12. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages vom 16.12.1991, unter IV.19. Vgl. dazu auch den "Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des illegalen Rauschgift Handels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (OrgKG)" vom 25.7.1991 (BT-Drs. 12/899).

82 Vgl. etwa zu den eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten, wie sie das Opferschutzgesetz 1986 zur Folge haben kann, *Schünemann*, NStZ 1986, S. 193, *E. Kempf*, Opferschutzgesetz und Strafverfahrensänderungsgesetz 1987. Gegenreform durch Teilgesetze, StV 1987, S. 215 - 223.

übung von staatlicher Gewalt und damit auch im Zuge der Strafjustiz gebührend zu berücksichtigen⁸³. Zudem ist die Schaffung von Rechtsfrieden, der nicht zuletzt eine Befriedigung der Opferinteressen voraussetzt, ein wesentliches Moment des Rechtsstaats⁸⁴. Nun ist zwar der Gedanke einer Kompensation des Opfers auch dem traditionellen Strafverfahren keineswegs fremd, gibt es doch gerade für die Entschädigung des Verletzten seit 1943 das nach österreichischem Vorbild eingeführte *Adhäsionsverfahren* (§§ 403 bis 406 c StPO)⁸⁵. Doch ganz abgesehen davon, daß sich dieses mit dem Strafverfahren verbundene Entschädigungsverfahren in der Praxis nicht durchzusetzen vermochte⁸⁶ und auch von zwischenzeitlichen Verbesserungen durch das Opferenschutzgesetz 1986 kaum ein wesentlich höherer Effizienzgrad zu erwarten ist⁸⁷, krankten solche Entschädigungsmodelle schon vom Grundansatz daran, daß das Opferinteresse bloße "Nebensache" – neben dem primären staatlichen Strafinteresse – bleibt. Deshalb wird sich das Opfer erst dann auch durch das Strafverfahren ernsthaft und voll berücksichtigt fühlen können, wenn die Genugtuung für das verletzte Individualinteresse zumindest als integraler Bestandteil des öffentlichen Strafanspruches verstanden und behandelt wird.

Dies zu fordern, kann freilich nichts anderes heißen, als das Strafrecht und das Strafverfahren nach Zielsetzung und Form wesentlich umzugestalten; und zwar das *materielle* Strafrecht dadurch, daß die Wiedergutmachung des Opfers den general- und spezialpräventiven Zwecken gleichzustellen wäre; und *prozessual* dadurch, daß der Verletzte, falls er bei Art und Umfang seiner Befriedigung ein maßgebliches Wort soll mitsprechen dürfen, von seiner derzeitigen marginalen Nebenrolle zu einer echten Hauptrolle neben dem öffentlichen Ankläger aufrücken müßte. Die ihm damit zuwachsende Mit-Gestaltungsmacht im Strafverfahren würde natürlich gleichermaßen auf dessen weitere "Privatisierung" hinauslaufen.

Diese Aufwertung der Stellung des Verletzten ist allerdings schwerlich ausgewogen zu würdigen, wenn man nicht auch sein Pendant – die Stellung des Täters im Strafverfahren – mit in den Blick nimmt:

83 Vgl. dazu auch oben IV.1, insbes. bei Anm. 70 ff.

84 P. Rieß, Der Strafprozeß und der Verletzte – eine Zwischenbilanz, Juristische Ausbildung (Jura) 1987, S. 281 - 291, 284.

85 Dazu bereits II -H Jescheck, Die Entschädigung des Verletzten nach deutschem Strafrecht, JZ 1958, 591 - 595; R. Scholz, Erweiterung des Adhäsionsverfahrens – rechtliche Forderung oder rechtspolitischer Irrweg?, JZ 1972, S. 725 - 731.

86 L.R.-Schäfer Eml. Kap. 5 Rz. 123; Rieß, Jura 1987, 281, 289; Dahs, a.a.O. Rz. 957; H. Schöch, Die Rechtsstellung des Verletzten im Strafverfahren, NSiZ 1984, S. 385 - 391, 389.

87 Vgl. Weigend, NJW 1987, S. 1176; V. Krev, Strafverfahrensrecht, Bd. 2, 1990, Rz. 142; skeptisch auch L.R.-Schäfer Eml. Kap. 7 Rz. 8.

4. Mehr "Autonomie" für den Beschuldigten?

Eine Aufwertung des Opfers hat naturgemäß nicht nur Auswirkungen auf die Rolle des öffentlichen Anklägers, sondern auch auf die Stellung des Beschuldigten: indem diese entsprechend geschwächt wird und dies auch bleibt oder ihrerseits entsprechend aufgewertet wird – wobei freilich letzteres zu einer weiteren Schwächung der öffentlichen Prozeßbeteiligten (Staatsanwalt und/oder Gericht) führen kann. Deshalb kann es auch keineswegs verwundern, daß mit der Diskussion um eine Verstärkung der Opferstellung heftige Debatten um Mitsprachemöglichkeiten des Beschuldigten bei Erledigung des Strafverfahrens einhergehen. Ohne nun diese Problematik von Absprachen im Strafverfahren hier auch nur restlos aufröhlen, geschweige abschließend lösen zu können, sei der an Prinzipien der *Privatautonomie* orientierten Einbeziehung des Angeklagten in den Strafprozeß hier wenigstens im Hinblick auf mögliche Auswirkungen auf grundlegende Prozeßmaximen nachgegangen.

a) Konsens und Strafverfahren

Schon in ganz grundsätzlicher Hinsicht drängt sich die Frage auf, ob Konsens und Strafverfahren überhaupt miteinander vereinbar sind, scheinen sich doch Verfahren, die im Falle nachweisbarer Schuld mit einer Zwangsmaßnahme enden, einem Konsens schon begrifflich zu verschließen. Doch selbst wer sich von dem rechtsvergleichenden Hinweis, daß Strafverfahren in Form von Parteiverfahren nichts Ungewöhnliches sind und sich dafür neben der anglo-amerikanischen Rechtstradition namentlich auch das japanische Strafprozeßrecht anführen ließe⁸⁸, nicht beeindrucken läßt, wird einräumen müssen, daß die für Konsens wesentliche Freiwilligkeit auch im Strafverfahren nicht völlig zu fehlen braucht. Denn daß den Täter durch die strafgerichtliche Beurteilung ein Übel erwartet, nimmt seiner Mitwirkung wenigstens dann nicht jede Freiwilligkeit, wenn er dadurch ein größeres Übel vermeiden oder dies wenigstens erhoffen kann.

Ebensowenig ist ein "Strafvergleich" schon deshalb ausgeschlossen, weil ein Vertrag gleichgeordnete Rechtssubjekte voraussetze, während das der strafgerichtlichen Verurteilung zugrundeliegende Verhältnis zwischen Staat und Bürger das deutlichste Beispiel einer Über-Unterordnung sei⁸⁹. Denn nachdem auch in anderen öffentlichen Subordinationsverhältnissen, wie im Verwaltungsbereich zwischen Staat und Bürgern, Abmachungen und Verträge nicht

88 Vgl. dazu H. Ohno, Das Geständnis als Kernproblem des japanischen Strafprozesses, *Senshu-Hogaku-Ronshu* 1990.3, S. 1 - 27, 7.

89 So z.B. J. Seier, Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136 a StPO, *JZ* 1988, S. 683 - 688, 684.

(mehr) ausgeschlossen werden,⁹⁰ erscheint Gleiches auch in dem ebenfalls dem öffentlichen Recht zugehörigen Strafverfahren denkbar. Selbst wenn sich nämlich das Strafrecht vom übrigen öffentlichen Recht dadurch abhebt, daß es als "Schwert der Justitia" mit seinen Zwangsmitteln am nachhaltigsten in die Rechte des Bürgers eingreift und dies mit einem "sozialethischen Tadel", wie er anderen öffentlich-rechtlichen Zwangsmaßnahmen fremd ist, einhergeht, ist nicht ersichtlich, warum die im Strafverfahren zweifellos besonders gefährdete und umso mehr schutzwürdige Stellung des Angeklagten gerade durch seine Einbeziehung in die Entscheidungsfindung als verschlechtert gelten soll. Ebenso wenig wird das sozialethische Unwerturteil, sofern es für das Strafurteil als wesentlich angesehen wird, allein schon durch kooperative Beteiligung des Angeklagten aufgehoben. Daher wird man staatlicherseits eine Mitwirkung des Angeklagten bei der strafrechtlichen Verurteilung jedenfalls nicht a priori ausschließen können.

Trotz begrifflicher Vereinbarkeit von Strafverfahren und Konsens sind jedoch systemimmanente Konflikte infolge der ungleichen Situation keinesfalls zu verkennen: Einerseits muß der *strafende* Staat umfassende und unbeschränkte Strafgewalt besitzen, um den Angeklagten notfalls auch ohne seine Mitwirkung verurteilen zu können; andererseits lebt der *Vergleich* gerade vom gegenseitigen Nachgeben, was den Staat mindestens zur teilweisen Aufgabe seiner potentiellen Strafgewalt zwingen kann. Dadurch wird jedenfalls das Legalitätsprinzip und die Instruktionsmaxime tangiert.

b) Verfassungsrechtliche Grenzen bei Beschränkung von Prozeßmaximen

Doch selbst wenn und soweit die Strafjustiz bereit ist, auf den Einsatz ihrer Strafgewalt und die Durchsetzung bestimmter Prozeßmaximen zu verzichten, bleibt die Frage, inwieweit konsensuale Zugeständnisse überhaupt verfassungsrechtlich zulässig sind. Dem könnten nämlich in zwei Richtungen Grenzen gesetzt sein: zum einen bei solchen Prozeßmaximen, die gewissermaßen dem *Schutz des Angeklagten vor Übervorteilung* dienen, zum anderen solche, die *gesellschaftlich-öffentliche Interessen* sicherstellen sollen.

90 Bezeichnenderweise wurde nämlich das Subordinationsargument schon vor über 100 Jahren herangezogen, um die Unzulässigkeit des subordinationsrechtlichen *Verwaltungsvertrags* zu begründen (vgl. O. Mayer, Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge, Archiv des Öffentlichen Rechts (AoR) 3 (1888), S. 3 - 86, insbes. 27, 42). Inzwischen ist diese Auffassung nicht nur in der Verwaltungsrechtslehre überholt, sondern der subordinationsrechtliche *Verwaltungsvertrag* sogar Gesetz geworden (vgl. § 54 Abs. 1 *Verwaltungsverfahrensgesetz*). Wie vom Bundesverwaltungsgericht schon 1966 ausgeführt (BVerwGE 23, 213 - 223, 216), ergibt sich die Zulässigkeit der konsensualen Handlungstorn gerade aus der überlegenen Position des Staates, die es ihm gestattet, sich im Interesse sachgerechter Lösungen, wie insbesondere durch Bürgernähe, auf ein Verhältnis der Gleichordnung zu begeben. Daher müßte der Staat bereits im Vorfeld seines hoheitlichen Tätigwerdens berechtigt sein, zu kooperativen Behandlungsformen zu greifen, wenn dadurch der Zweck der Maßnahme nicht beeinträchtigt wird.

Letzteres kann *zulasten des Angeklagten* bei Absprachen entgegenstehen, wenn dadurch Zwecke des Strafverfahrens gefährdet werden. Das ist insbesondere für die rechtsstaatlich erhebliche *Rechtsfriedensfunktion* des Strafrechts bedeutsam, wobei es allerdings weniger um den "Frieden" zwischen dem Staat und dem Angeklagten, sondern um den zwischen dem Staat und der übrigen Gesellschaft und namentlich dem Opfer geht: Diese Funktion würde verfehlt, wenn durch allzu nachgiebige oder willkürliche Absprachepraxis dem Staat die rechtliche und/oder tatsächliche Straf Gewalt verlorenginge – oder jedenfalls in der Öffentlichkeit dieser Eindruck entstünde.

Ferner können sich aus dem *Gleichbehandlungsgebot* als Element der objektiven Wertordnung des Grundgesetzes kritische Vorgaben für Absprachen ergeben: und zwar sowohl hinsichtlich der Entscheidung, inwieweit der vergleichsbereite Angeklagte gegenüber einem Angeklagten, der seine Verfahrensrechte geltend machen will, bevorzugt werden darf, als auch bei der Frage nach der Zulässigkeit der faktischen Bevorzugung bestimmter Gruppen von Angeklagten durch konsensorientierte Urteile.

Schließlich können sich auch aus dem *Grundsatz des Gesetzesvorbehalts* (Art. 20 Abs. 3 GG), der selbstverständlich auch für die Strafgerichte gilt, Abspracheschranken sowohl zulasten wie auch zugunsten des Beschuldigten ergeben: ersteres insoweit, als auf gesetzlich gebotene Maßnahmen nicht verzichtet werden darf bzw. verbotene nicht angeordnet werden dürfen; letzteres insoweit, als der Beschuldigte auf ihm zustehende, grundgesetzlich garantierte Verfahrensrechte – wie etwa seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) – nicht beliebig, sondern nur unter Wahrung der für einen Grundrechtsverzicht wesentlichen Vorbehalte verzichten kann⁹¹. Was das im einzelnen bedeuten kann, sei nachfolgend an einigen bei Absprachen tangierten Prozeßmaximen verdeutlicht.

c) Legalitätsprinzip und Rechtsfriedensfunktion

Zwar hat die aus dem Rechtsstaatsgebot abgeleitete Verfolgungspflicht der Staatsanwaltschaft⁹² nicht nur viel von ihrem ursprünglichen rechtsphilosophischen Hintergrund verloren und inzwischen auch zahlreiche Durchbrechungen erfahren⁹³, so daß auch weitere Ausnahmen nicht ausgeschlossen wären⁹⁴. Doch dürfte eine Grenze für solche Aushöhlungen spätestens dort erreicht sein, wo durch exzessive oder willkürliche Zugeständnisse von Polizei oder Staats-

91 Umfassend zu dieser Problematik G. Robbers, Der Grundrechtsverzicht. Zum Grundsatz "volenti non fit iniuria" im Verfassungsrecht, JuS 1985, S. 925 - 931.

92 Vgl. BVerfG NStZ 1982, S. 430.

93 Näher dazu oben II.2.b, 4.

94 Deshalb stünde auch nichts im Wege, die gegenwärtige, mit einer weiten Auslegung der §§ 153a und 154 Abs. 1 Nr. 2 StPO operierende Absprachepraxis auf eine – wohl ohnehin erforderliche – gesetzliche Grundlage zu stellen (vgl. Schünemann, DJT-Gutachten S. 90 ff.).

anwaltschaft ein Rechtsverfolgungsvakuum entstünde und damit die Rechtsfriedensfunktion des Rechtsstaatsprinzips verloren ginge. Und das wäre bei Verletzung von Individualrechtsgütern spätestens dann zu befürchten, wenn ein großzügiger Umgang der Strafverfolgungsbehörden mit dem staatlichen Strafanspruch zu Frustrationen bei tatsächlichen oder potentiellen Opfern führen würde, weil mit Vernachlässigung der "Justizgewährungspflicht" des Staates auch das damit korrelierende Strafmonopol seine innere Berechtigung verlieren würde⁹⁵. Nicht zu befürchten wäre diese Gefahr hingegen dort, wo eine Wiedergutmachung des Opfers gerade dadurch ermöglicht würde, daß es zur Einleitung eines "Restitutionsverfahrens" berechtigt wäre⁹⁶.

Freilich kann die Rechtsfriedensfunktion des Legalitätsprinzips nicht nur durch *übermäßigen*, sondern auch durch *ungleichmäßigen* Verfolgungsverzicht verfehlt werden, ohne daß dem durch Restitutionsverfahrensrechte der Opfer verläßlich entgegengesteuert werden könnte, weil diese ja ihrerseits unterschiedlich große Bereitschaft oder Durchsetzungskraft zur Verfolgung haben können. Nicht zu Unrecht hat daher der Bundesgerichtshof schon lange vor einer Aushöhlung des Legalitätsprinzips durch Ermessen der Anklagebehörden gewarnt: Dies zerstöre die Einheit der Rechtsanwendung, beseitige die Gleichheit vor dem Gesetz und hemme den gesetzlichen Gang der Strafverfolgung⁹⁷. Wenn man ferner bedenkt, daß die staatsanwaltschaftliche Entscheidung über Einstellung des Verfahrens oder Anklageerhebung lediglich eine von anderen Stufen innerhalb eines Ausleseprozesses darstellt, bei dem auch noch die vorherigen polizeilichen und nachherigen gerichtlichen Verfahrensphasen mit jeweiligen Ermessensspielräumen zu beachten sind⁹⁸, dann erweist sich die Gleichmäßigkeit der Strafverfolgung als ein bundesweit kaum einheitlich zu bewältigendes Problem.

Angesichts dieses Unbehagens, wie es einen schon bei bloßen Einschränkungen des Legalitätsprinzips beschleicht, könnte es – durch einen Blick über die Grenzen – interessant sein zu erfahren, wie eigentlich Länder zurecht kommen, die das Legalitätsprinzip überhaupt nicht kennen, sondern stattdessen nach dem *Opportunitätsprinzip* verfahren: so uneingeschränkt neben den Vereinigten Staaten von Amerika, Großbritannien und den Niederlanden namentlich auch

95 Vgl. K.H. Gössel, Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: E.W. Hanack/P. Rieß/G. Wendisch (Hrsg.), Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag, 1982, S. 121 - 148, insbes. 128, im Anschluß an H. Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. 1968, S. 15 und Schmidt, LehrK Rz. 5, 6.

96 Wie dies offenbar im Modell von Schöch NSTZ 1984, 390 f. vorgesehen ist und vom Arbeitskreis Alternativ-Entwurf verfolgt wird.

97 BGHSt 15, S. 155 - 161, 159. Vgl. auch H.-J. Ulrich, Legalitätsprinzip und Grundrecht der Gleichheit aller vor dem Gesetz in der Praxis der Staatsanwaltschaften, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1982, S. 169 - 172.

98 H.-J. Kerner, Normbruch und Auslese der Bestraften. Ansätze zu einem Modell der differentiellen Entkriminalisierung, in: Kriminologische Gegenwartsfragen 12 (1976), S. 137 - 155, 146.

Japan, ferner Frankreich zumindest in bezug auf die Entscheidung, ob die Behörden strafverfolgend tätig werden⁹⁹. In der Tat wird auch in diesen Ländern das Problem der Sicherung gleichmäßiger Interessensausübung gesehen¹⁰⁰, wobei man eine Kontrolle bzw. Begrenzung der Bandbreite der Einstellungsquoten hauptsächlich innerhalb der Justizverwaltung über eine bessere Information und Koordination der Strafverfolgungsbehörden zu erreichen versucht¹⁰¹. Dazu dienen vor allem Zusammenkünfte der Generalstaatsanwälte sowie deren Weisungen oder Richtlinien an die ihnen untergeordneten Staatsanwaltschaften, während eine gerichtliche Kontrolle nur selten effizient wird¹⁰².

Wenn überhaupt, so scheinen mögliche Fehlentwicklungen des Opportunitätsprinzips weniger durch eine formelle Ermessenskontrolle als vielmehr durch andere Mechanismen rechtlicher oder gesellschaftlich-politischer Art gebremst zu werden: So kann in Frankreich der Verletzte selbst durch Erhebung der "action civile" vor Strafgerichten zivilrechtliche Ansprüche geltend machen und damit die "action publique", also die Strafklage, auslösen und auf diese Weise selbst dann, wenn die Staatsanwaltschaft von einer Anklage abgesehen hat, die Strafklage erzwingen¹⁰³. In den USA wird ein hinreichender "Eifer" des Staatsanwalts dadurch gewährleistet, daß er in sein politisches Amt vom Volk gewählt wird und sich daher vor diesem bewähren muß¹⁰⁴. In Großbritannien kommt offenbar ein traditionell hohes Vertrauen in die Arbeit der Polizei, die de facto Hauptanklageorgan ist, zum Tragen¹⁰⁵. In Japan schließlich könnten die extrem niedrigen Häufigkeitsziffern bei Verbrechen und

99 Zu den USA, Großbritannien, Niederlande und Frankreich vgl. die Landesberichte in *H.-J. Jescheck/R. Leibinger* (Hrsg.), Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht, 1979, für Japan vgl. *H.-H. Kühne*, Opportunität und quasi-richterliche Tätigkeit des japanischen Staatsanwalts, *ZStW* 85 (1973), S. 1079 - 1101, 1086 ff.

100 Vgl. *Leibinger*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 681, 700.

101 Vgl. für die Niederlande *Schaffmeister*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 83, 144, für Großbritannien *Huber*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 545, 569.

102 Zwar wird in den Niederlanden eine Bindung der Behörde an die im Verwaltungsrecht entwickelte Ermessenslehre angenommen (*Schaffmeister*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 122) oder eine gerichtliche Kontrolle für Fälle von Verstößen gegen das Willkür- bzw. Diskriminierungsverbot für möglich gehalten (vgl. für die USA *Weigend*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 587, 611, ferner für Großbritannien *Huber*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 545, 570). Soweit ersichtlich, scheint aber diese Art der Kontrolle bisher nicht in nennenswertem Umfang wirksam geworden zu sein.

103 *Grebing*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 13, 49; *G. Stefani/G. Levasseur/B. Bouloc*, Procédure pénale, 12. Aufl. 1984 Nr. 164.

104 *Weigend*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 587, 592.

105 Wobei neben dem fehlenden Klagemonopol des Staates ein kompliziertes System der Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Polizeivollzugsdienst, der Polizeibehörde (an deren Spitze der Chief Constable steht), dem Director of Public Prosecution unter dem General Attorney, der seinerseits dem Parlament verantwortlich ist (seit 1985 zusätzlich der Criminal Prosecution Service "CPS"), und schließlich dem Home Office zu beachten ist: vgl. *Huber*, in: *Jescheck/Leibinger*, a.a.O. S. 545, 570.

Schwerverbrechen¹⁰⁶ sowie die japanische Kultur und Mentalität¹⁰⁷ erklären, weshalb die Gesellschaft mit Einstellungsquoten von 5 % sogar in Fällen vorsätzlicher Tötung leben kann¹⁰⁸.

Glaubt man also auch bei uns das Legalitätsprinzip noch weiter aushöhlen zu sollen, wird man dies nicht tun dürfen, ohne sich zuvor über wirksame Ersatzmechanismen zur gleichmäßigen Wahrung der Rechtsfriedensfunktion Gedanken gemacht zu haben¹⁰⁹.

d) Instruktionsmaxime und Geständnis

Nach der auf Ermittlung der materiellen Wahrheit gerichteten Instruktionsmaxime hat das Gericht die Pflicht zu umfassender Sachaufklärung, ohne dabei im Rahmen der Anklage von weiteren Beweisangeboten der Prozeßbeteiligten abhängig oder darauf beschränkt zu sein¹¹⁰. Im Unterschied zum Zivilprozeß ist daher der Strafrichter auch nicht einfach durch ein Geständnis des Angeklagten in eine bestimmte Richtung gebunden noch erspart es ihm ohne weiteres zusätzliche Ermittlungen. Andererseits liegt auf der Hand, daß es sinnlos wäre, die Richtigkeit eines glaubwürdigen Geständnisses mühevoll zu beweisen oder es gar unbeachtet zu lassen, um dann im Falle anderweitiger Beweisnot freisprechen zu müssen. Demgegenüber haben daher selbst eifrige Befürworter der Instruktionsmaxime immer wieder versucht, die Möglichkeit der Berücksichtigung eines Geständnisses zu begründen¹¹¹.

Auf dieser Linie pflegt sich denn auch die Rechtsprechung bis heute nur dort mit einem bloßen Geständnis *nicht* zufriedenzugeben, wo Anhaltspunkte für dessen Unrichtigkeit sprechen, oder – umgekehrt formuliert – wo bei kritischer Überprüfung des Geständnisses Zweifel an seinem Wahrheitsgehalt zurück-

106 Nach *Ohno*, *Senshu-Hogaku-Ronshu* 1990.3, S. 1, 4 und Anm. 14.

107 Vgl. *Kühne* ZStW 85 (1973), S. 1079, 1099.

108 *Ohno*, *Senshu-Hogaku-Ronshu* S. 1, 2.

109 So auch *H. Zipfin*: Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten (Hrsg.): Ist das Legalitätsprinzip noch zeitgemäß? Bericht über das Symposium am 7. und 8. Dezember 1989 in Triberg, 1990, S. 29 - 56, 50.

110 Vgl. im einzelnen *Roxin*, *Strafverfahrensrecht* S. 76 ff.; *L.R.-Schäfer* Einl. Kap. 13 Rz. 45.

111 Charakteristisch dafür etwa *Heinze* GA 24 (1876), S. 287 ff., wenn er einerseits feststellt, ein Geständnis habe "Werth lediglich insoweit, als der Angeschuldigte befähigt und zugleich gewillt ist, ... die Wahrheit auszusagen" (a.a.O. S. 290), sich aber andererseits ein Indiz für die Glaubwürdigkeit aus dem Interesse des Angeklagten ergebe: "Die Aussage, welche dem Interesse des Aussagenden zuwiderläuft, hat eben darum Anspruch auf Glaubhaftigkeit, weil ein Zwiespalt zwischen dem, was der Darstellende für wahr hält, und dem, was er für wahr ausgiebt, nur denkbar ist, wenn der Darsteller die Entstehung der Wahrheit durch sein Interesse geboten glaubt. Ist die Kundgebung der Wahrheit seinen Interessen entgegen, ist die Vermuthung berechtigt, daß die Macht der Wahrheit den Sieg davon getragen habe über die widerstrebenden Interessen" (a.a.O. S. 294).

bleiben¹¹². Folgerichtig sprachen sich denn auch die Mitglieder des 58. DJT 1990 nahezu einstimmig dafür aus, daß an der Schuld des Angeklagten auch im Falle vorausgegangener Absprachen kein vernünftiger Zweifel bestehen dürfe¹¹³. Selbst mit diesem Vorbehalt – nämlich daß ein Geständnis nicht schon per se, sondern nur beim Fehlen “vernünftiger Zweifel” für den Schuldspruch beachtlich sei – ist jedoch offensichtlich, daß die Maßstäbe zu Beurteilung “vernünftiger Zweifel” an der Schuld des Angeklagten unterschiedlich sein werden, je nachdem, ob er leugnet oder ein Geständnis ablegt.

Wenn dem aber so ist, dann wäre von Grund auf zu überlegen, ob es nicht sinnvoller wäre, die Instruktionsmaxime als ein grundsätzlich verzichtbares Verfahrensrecht des Angeklagten zu begreifen. Auch wären die Folgen weder für ihn noch für andere Prozeßbeteiligte sonderlich dramatisch:

- So würde dem *Angeklagten* durch Disponierung über die Instruktionsmaxime kein Schutz versagt, da er durch das Bestreiten der ihm zur Last gelegten Tat jederzeit den ihm zustehenden Verfahrensschutz reaktivieren könnte. Selbst im Falle eines falschen Geständnisses wäre der Angeklagte daher nicht schutzlos bzw. schlechter als gegenwärtig gestellt; denn eine weitergehende Aufklärungspflicht dem Angeklagten gegenüber ergäbe sich im Falle eines unschlüssigen oder sonst unglaublichen Geständnisses aus der fortbestehenden Fürsorgepflicht des Gerichts¹¹⁴.
- Auch dem *Staat*, der an der Ermittlung der materiellen Wahrheit interessiert sein muß, um einerseits Schuldige nicht straflos zu lassen und andererseits nicht Unschuldige zu bestrafen, würde nichts genommen; denn die Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts würde ja nicht als solche aufgegeben, vielmehr würde lediglich dem Angeklagten die Möglichkeit eingeräumt, zu seinen Ungunsten auf weitere Ermittlungen zu verzichten, ohne daß davon das Ermittlungsrecht des Gerichts berührt würde. Deshalb wäre die Verzichtbarkeit der Instruktionsmaxime durch den Angeklagten auch keines-

112 Am deutlichsten wohl die diesbezüglichen Beschlüsse des 58. Deutschen Juristentages, NJW 1990, S. 2991, 2992: Beschlüsse B. II. 7, 9. Nach KK-Herdegen § 244 Rz. 1, 20 und LR-Gollwitzer (24. Aufl., Bd. 3, 1987) § 244 Rz. 68 genügt ein “glaubhaftes Geständnis” zu einer Verurteilung ohne weitere Beweiserhebung. Auch die im Zusammenhang mit der Beachtlichkeit von Geständnissen in der Absprachepraxis geführte Kontroverse zwischen W. Schmidt-Hieber, Die Verständigung im Strafverfahren, 1986, S. 83 und Schünemann, DJT-Gutachten, S. 81. Anm. 207 dürfte allein die Formulierung betreffen, während sie in der Sache wohl beide dasselbe meinen, nämlich daß ein in sich unschlüssiges oder sonst unglaubliches (wie z.B. ein sogenanntes “schlankes”) Geständnis keinerlei Bedeutung habe, während andererseits die “kritische Überprüfung” des Geständnisses nicht bedeute, daß das Gericht bei einem in sich schlüssigen und glaubhaften Geständnis verpflichtet sei, dessen Inhalt durch seine Beweisaufnahme zu überprüfen. Zusammenfassend zur Funktion des Geständnisses für Schuldspruch und Strafzumessung F. Dencker, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, ZStW 102 (1990), S. 51 - 79.

113 Vgl. 58. Deutscher Juristentag: Die Beschlüsse, NJW 1990, S. 2991, 2992: Beschluß B. II. 9. 1 a (Abstimmung: 128:1:2).

114 LR-Schäfer Einl. Kap. 6 Rz. 23 ff. mit zahlreichen Nachweisen in Fn. 47.

wegs mit einer Einführung der (zivilprozessualen) Dispositionsmaxime etwa in dem Sinne gleichzusetzen, daß das Gericht an ein Geständnis des Angeklagten oder an den übereinstimmenden Tatsachenvortrag von Anklagebehörde und Angeklagtem gebunden wäre.

- Ebensowenig wäre dem *Opfer* durch die Verzichtbarkeit des Instruktionsprinzips wesentliches genommen. Denn nach wie vor hätten Zivilgerichte eigenständig darüber zu entscheiden, inwieweit ihnen Geständnisse in einem Strafverfahren als Urteilsgrundlage genügen können¹¹⁵.

Aber: auch wenn sonach bei Verzichtbarkeit der Instruktionsmaxime der Rechtsfriede weder auf Seiten des Angeklagten noch auf Seiten der Gesellschaft bedroht wäre, sind damit doch nicht alle Zweifel an der Gangbarkeit dieses Weges ausgeräumt. Denn unter welchen Voraussetzungen und innerhalb welcher Grenzen soll dies eigentlich möglich sein? Damit ist zugleich ein grundsätzliches und generelles Problem angesprochen:

e) Verzichtbarkeit von Prozeßmaximen

Diese Frage hat zwei Seiten: eine mehr *normative* – gerichtet auf die Zulässigkeit von Grundrechtsverzichten überhaupt; und eine mehr *empirische* – gerichtet auf die Feststellbarkeit von Zulässigkeitsvoraussetzungen.

Was speziell die *normative Verzichtbarkeit der Instruktionsmaxime* durch den Angeklagten betrifft, so wird diese vor allem bei Absprachen im Strafverfahren zum Problem. Denn während bei "normalen" Strafsachen ein "ehrliches" Geständnis meist leichter als solches zu erkennen ist, liegt bei typischen Strafvergleichssituationen – wie etwa bei einem Geständnis von Steuerhinterziehungen als "Gegenleistung" für die Einstellung des Verfahrens wegen anderer Delikte – doch leicht der Verdacht nahe, daß das Geständnis nicht umfassend oder unter erheblichem Druck zustandegekommen sei.

Bedenkt man, daß einerseits bei einem falschen selbstbelastenden Geständnis des Angeklagten sowohl die durch § 136 a StPO geschützte Mitwirkungsfreiheit des Angeklagten am Verfahren als auch der materielle Schuldgrundsatz tangiert sind und andererseits durch ein unvollständiges Geständnis die Grundsätze von Wahrheit und Gerechtigkeit beeinträchtigt werden, so erscheint der Verzicht auf Prozeßmaximen, wenn überhaupt, jedenfalls nicht ohne bestimmte Kautelen zulässig. Dies gilt natürlich umso mehr, wenn und soweit Prozeßmaximen verfassungsrechtlichen Rang haben. Ohne mir als Strafrechtler zu der damit aufgeworfenen Problematik der Zulässigkeit von Grundrechtsverzichten eine eigene Kompetenz anmaßen zu wollen, wird man

115 Keine Bindung der Zivilgerichte an Feststellungen in Strafurteilen: so in einem zivilrechtlichen Revisionsurteil BGH NJW 1983, S. 230; vgl. auch Gummer, in: Zöller, Zivilprozeßordnung, 16. Auflage 1990, EGZPO § 14 Rz. 2. Es besteht allenfalls die Möglichkeit der Aussetzung des Zivilverfahrens unter den Voraussetzungen der §§ 148, 149 ZPO.

nach Durchsicht der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur doch folgendes feststellen können: Während die herrschende Lehre mit der Verzichtbarkeit von Grundrechten sehr restriktiv verfährt¹¹⁶, hat das Bundesverfassungsgericht eine klare Aussage dazu bisher vermieden¹¹⁷. Doch finden sich in der Literatur auch andere Stimmen, wonach ein Grundrechtsverzicht jedenfalls nicht grundsätzlich – sondern allenfalls unter bestimmten Vorbehalten – unwirksam sei¹¹⁸.

Als ein solcher Vorbehalt käme in diesem Zusammenhang vor allem zweierlei in Betracht: zum einen das übergeordnete staatliche Interesse an der *Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege*, zum anderen im Interesse des Angeklagten die *Sicherstellung seiner Freiwilligkeit*. Nun dürfte jedenfalls erstere insoweit nicht gefährdet sein, als selbst bei einem Geständnis des Angeklagten weitere Ermittlungen durch das Gericht nicht unterbunden sind und damit der deutsche Strafprozeß der Verwirklichung von Wahrheit und Gerechtigkeit im Strafverfahren noch weitaus mehr Raum läßt, als dies beim "guilty plea" anglo-amerikanischer Provenienz der Fall ist und wo selbst dagegen offenbar keine grundsätzlichen Bedenken erhoben werden¹¹⁹. Auch die Existenz des Strafbefehlsverfahrens, das bislang allen Angriffen – auch aus der Sicht der Unschuldsvermutung – standzuhalten vermochte¹²⁰, ist ein Beleg dafür, daß man die

116 Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Staatsrecht II - Grundrechte, 6. Auflage 1990, Rdnr. 163 ff. m.w.N.

117 Und zwar selbst dort, wo sich die Möglichkeit zu einer Stellungnahme durchaus angeboten hätte: so beispielsweise, als die Verfassungswidrigkeit eines Unterwerfungsverfahrens im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens allein aus dem "Richtermonopol" des Art. 92 GG begründet wurde (BVerfGE 22, S. 49 - 83), ferner bei der Verwerfung einer Verfassungsbeschwerde gegen die Verweigerung der Verwendung eines sog. "Lügendetektors" im Strafverfahren, weil darin eine Verletzung des grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts des Betroffenen liege und selbst dessen Einverständnis mit diesem Verfahren, weil tatsächlich nicht freiwillig, unbeachtlich sei (BVerfG NJW 1982, S. 375).

118 Vgl. den Überblick und die Nachweise bei *Robbers*, JuS 1985, S. 925 - 931.

119 Vgl. die Nachweise bei *Schünemann*, DJT-Gutachten, S. 104. In diesem Zusammenhang mag auch von Interesse sein, daß die Europäische Kommission für Menschenrechte (in einer Entscheidung vom 23.3.1972, application no. 5076/71) die Beschwerde eines britischen Staatsangehörigen, der sich zu Unrecht aufgrund eines seiner Ansicht nach rechtswidrig zustande gekommenen "guilty plea" verurteilt fühlte, als offensichtlich unbegründet zurückwies und dazu feststellte, daß bei Berücksichtigung der Regeln, welchen der Ablauf des britischen "guilty plea" unterworfen sei, sowie der gegen einen möglichen Mißbrauch vorgesehenen Sicherheitsvorkehrungen kein Verstoß gegen Artikel 6 Abs. II der Europäischen Menschenrechtskommission (Unschuldsvermutung) vorliege, wobei die Kommission systemimmanent für das britische Recht von der prinzipiellen Disponibilität der Unschuldsvermutung ausging. Davon scheint man auch in der Schweiz auszugehen, wenn in einigen Kantonen in Form eines "vorläufigen Strafvollzugs" schon vor Verurteilung des Angeklagten ein Strafantritt möglich ist: vgl. dazu M. Schulbarth, Zur Rechtsnatur des vorläufigen Strafvollzugs, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr) 96 (1979), S. 295 - 311, S. Trechsel, Struktur und Funktion der Vermutung der Schuldlosigkeit. Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 6 Ziff. 2 EMRK, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 1981, S. 317 - 324, 335 - 340, 336.

120 So bejahte das BVerfG, das bereits mehrfach Gelegenheit hatte, über die Verfassungsmäßigkeit des Strafbefehlsverfahrens zu entscheiden (BVerfGE 3, S. 248 - 255; 65, 377 - 387), diese bisher mit der lapidaren Feststellung, das Strafbefehlsverfahren sei aufgrund der Einspruchs-

Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege offensichtlich nicht schon dadurch in Frage gestellt sieht, daß in einem summarischen Verfahren möglicherweise nur ein Teil der Wahrheit ans Licht kommt, und zwar gleich, ob im Einzelfall nun zu Lasten der einen oder der anderen Seite.

Ernstlich problematisch wird daher der Verzicht auf Prozeßmaximen durch den Angeklagten erst und vor allem dort, wo es um die Voraussetzungen und die Feststellung der *Freiwilligkeit* seines Verzichts geht. Diese Frage ist sowohl normativ wie empirisch schon deshalb so schwierig zu beantworten, weil Freiwilligkeit niemals als absolute Kategorie zu verstehen, sondern stets relativ unter dem Eindruck der Konsequenzen der einzelnen Handlungsoptionen zu sehen ist. So wird man allein bei den verschiedenen strafrechtlichen Freiwilligkeitsbegriffen – wie bei Rücktritt, bei Abgrenzung von Sachbetrug und Diebstahl oder von räuberischer Erpressung und Raub oder bei Ausschluß der objektiven Zurechenbarkeit wegen freiwilliger Selbstgefährdung – schwerlich von einem einheitlichen Freiwilligkeitsbegriff ausgehen können. Vielmehr wird die Abgrenzung stets nach wertenden Gesichtspunkten zu erfolgen haben, wobei der motivatorische Druck, der die Freiwilligkeit einer Entscheidung ausschließt, nicht zuletzt von den normativen Erwartungen abhängt, die von der Gesellschaft an das Rechtssubjekt gestellt werden. Bei dem hier infragestehenden strafrechtlichen „Vergleich“ scheint dieser Druck dort erreicht zu sein, wo mit dem günstigen Vergleichsangebot des Staates („Zuckerbrot“) der Druck einer erheblich schwereren Bestrafung bei Durchführung eines „streitigen“ Strafverfahrens („Peitsche“) geknüpft ist.

Hier in der Praxis die richtige Grenze zu finden, wird einer jeweils schwer zu balancierenden Gratwanderung gleichkommen. Einerseits muß der strafende Staat „Strafrabatte“ auswerfen, um einen Anreiz zum Verzicht auf die prozesualen Möglichkeiten zu geben; und je höher die Begünstigung ausfällt, desto „effizienter“ werden Verfahrenserledigungen durch Absprachen erscheinen. Werden aber andererseits zu hohe Vergünstigungen gewährt, so wird nicht nur die Rechtsfriedensfunktion des Strafprozesses gefährdet und der Ausnutzung des Staates durch schuldige, aber rechtskundige Angeklagte Vorschub geleistet, sondern auch das Risiko geschaffen, daß unschuldige Angeklagte eine *sichere milde* Verurteilung vorsorglich einer *möglicherweise strengeren* vorziehen¹²¹. Letztendlich wird daher Freiwilligkeit auf Seiten des Beschuldigten nur

möglichkeit rechtsstaatlich unbedenklich und im Rahmen des deutschen Strafprozeßsystems nicht zu entbehren (BVerfGE 3, S. 248, 253).

121 Daß solche Bedenken, die insbesondere in der Rechtswissenschaft immer wieder vorgetragen werden (vgl. namentlich *Schünemann*, DJT-Gutachten S. 36, 151; *Seier*, JZ 1988, S. 683), nicht grundlos sind, zeigt ein Blick in die USA, wo die Praxis des „plea bargaining“ und des „guilty plea“ dazu geführt hat, daß die Höhe der im Falle eines streitigen Verfahrens angedrohten Strafen unter Umständen in keinem Verhältnis mehr zur Tatschuld stehen (vgl. etwa die von *Schünemann*, DJT-Gutachten S. 37 in Anm. 65 berichteten Fälle) und demzufolge die Option für das „guilty plea“ praktisch aufgezwungen ist.

solange angenommen werden können, als ihm der motivatorische Druck des in Aussicht gestellten "Rabatts" zugemutet werden kann, – wobei dies nicht unwesentlich von der Verurteilungswahrscheinlichkeit einerseits und dem zu erwartenden Strafmaß andererseits abhängt.

Doch mit diesem Abwägungsproblem nicht genug, ist beim strafrechtlichen Vergleich die Balance noch dadurch einem besonderen Risiko ausgesetzt, daß der Richter nicht als ein "Neutraler" den Vergleichsvorschlag unterbreitet, dem beide Parteien zustimmen können oder auch nicht, sondern als derjenige, der letztlich selbst den zu vergleichenden (Straf-)Anspruch verwirklicht und es dabei in der Hand hat, durch seine Darstellung des Streitstandes die Höhe des "Einsatzes" (in Form eines Geständnisses) und des "Gewinns" (durch Erhalt von Strafnachlaß) sowie die Beurteilung der Erfolgchancen in den Augen des Angeklagten mehr oder weniger bewußt zu manipulieren. Vielleicht könnte man dieser Gefahr durch eine Trennung von "Strafvergleichsgericht" und echtem "Strafgericht" begegnen. Doch ganz abgesehen davon, ob sich dies gerichtsorganisatorisch überhaupt durchführen ließe, wäre schon mit der Zuweisung in die eine oder andere Spur eine absprachebedingte Vorentscheidung zu treffen.

f) Gleichbehandlung und Rechtsfriedensfunktion

Die schon beim Opportunitätsprinzip angesprochene und nun auch bei der Absprachepraxis auftauchende Diskriminierungsgefahr ist noch in einer weiteren Hinsicht problematisch. Schon bei einem oberflächlichen Blick auf typische Absprachefälle wird deutlich, daß eher der raffiniert vorgehende, die moderne Technik oder die wirtschaftliche Verflechtung ausnutzende und damit seine Tat besser verschleiernde Kriminelle von Absprachen profitieren oder solche geradezu erzwingen kann, während der "einfache", leicht zu überführende Täter schwerlich in den Genuß solcher Vergünstigungen kommt. Ist es also eher der ohnehin schon besser dastehende "Wohlstandskriminelle", der durch die Möglichkeit von Absprachen einmal mehr einen Vorteil heraus schlagen kann, so ist der zumindest unterschwellige Vorwurf von "Klassenjustiz" nicht unverständlich. Damit aber wird die Rechtsfriedensfunktion des Strafrechts einmal mehr gefährdet, und zwar gerade in Umkehrung dessen, was durch Absprachen eigentlich erreicht werden soll: Denn wenn deren Berechtigung immer wieder damit begründet wird, daß eine schnelle und einvernehmliche Absprache dem Rechtsfrieden besser diene als ein möglicherweise langwieriger Prozeß, dann ist weitaus mehr als bisher darauf zu achten, daß die Absprachepraxis nicht durch den Anschein von "Klassenjustiz" zu einem gefährlichen Bumerang für den Rechtsfrieden wird¹²².

122 Diese "offene Flanke" der Absprachepraxis gerade als ein grundsätzlicher Befürworter von Strafrechtsvergleichen bewußt gemacht zu haben, ist ein bemerkenswertes Verdienst von

V. Schlußbetrachtung und Ausblick

Ohne daß hier alle denkbaren Funktionsverschiebungen von Prozeßmaximen hätten umfassend behandelt werden können, lassen sich abschließend vielleicht doch einige tendenzielle Feststellungen treffen:

Auch soweit strafprozessuale Prozeßmaximen ihren alten Namen behalten haben, haben sich ihre jeweiligen Funktionen mehr oder weniger stark verändert. Das beruht zum einen darauf, daß ursprüngliche rechtsphilosophische Fundierungen – wie etwa beim Legalitätsprinzip – weggefallen sind; zum anderen, daß sich – wie etwa bei der Öffentlichkeitsmaxime – die verfassungsrechtlichen Vorgaben verschärft haben.

Während aus solchen grundlegenden Umorientierungen in anderen Bereichen – wie vor allem in der Strafzwecklehre – längst Konsequenzen gezogen wurden, steht bei den Prozeßmaximen ein derartiges grundlegendes Überdenken noch weithin aus. Auch dies wird freilich kaum dazu führen, daß die überkommenen Prozeßmaximen auf die "Müllhalde" der Strafrechtsgeschichte zu befördern wären, sondern daß sie wohl nur gewisse Modifizierungen zu gewärtigen hätten.

So wird namentlich beim Legalitätsprinzip der Blick weniger auf die Herstellung "absoluter" Gerechtigkeit als vielmehr auf die Gewährleistung von Gleichbehandlung und damit zur Gewährleistung des Rechtsfriedens zu richten sein.

Mit der richterlichen Instruktionsmaxime würde es sich durchaus vertragen, dem Geständnis des Beschuldigten größere Bedeutung beizulegen. Seine damit verstärkte "Autonomie" auch im Strafverfahren hätte in der fortbestehenden Fürsorgepflicht des Gerichts ein hinreichendes Korrektiv.

Auch die Rolle des Opfers bedarf der Verstärkung, ohne daß aber dabei die Verteidigungsrechte des Beschuldigten wesentlich beeinträchtigt werden dürfen.

Der durchgehend zu beobachtende "Privatisierungstrend" ist entwicklungsgeschichtlich durchaus verständlich: In einer ersten, vom römischen bis ins germanische Recht hineinreichenden Entwicklungsstufe, hatte die Befriedigung des Opfers bekanntlich primär noch in dessen eigener Hand gelegen. Dem war dann im Mittelalter in einer zweiten Stufe die Entwicklung eines öffentlichen Strafrechts gefolgt, indem auf Kosten des Opfers der Staat als Kläger und Richter immer stärker in den Vordergrund trat. Nunmehr scheint in einem dritten Schritt das Pendel wiederum etwas zurückzuschlagen, indem das Opfer reaktiviert und dem Täter wieder unmittelbar gegenübergestellt wird.

W. Schmidt-Hieber, Absprachen im Strafprozeß - Privileg des Wohlstandskriminellen, NJW 1990, S. 1884 - 1888, sowie ders., Absprachen im Strafprozeß - Rechtsbeugung und Klassenjustiz, DRiZ 1990, S. 321 - 326.

Ob in der darin liegenden "Reprivatisierung" des Strafverfahrens ein zu förderndes Zukunftsmodell oder ein eher zu vermeidender Irrweg zu erblicken ist, werden weitere Untersuchungen zeigen müssen. Auf jeden Fall wäre aber anzustreben, daß – in Überwindung der für den Bürger wenig verständlichen "Abwicklung" einer Rechtsverletzung in zwei völlig divergenten (Straf- und Zivil-)Verfahren – die Genugtuung für das individuelle Opfer wie auch die Wiederherstellung des allgemeinen Rechtsfriedens soweit wie möglich in einem einheitlichen "Verfahrensverbund" erfolgt¹²³. Im Vergleich zu diesem – vielleicht manchen als viel zu utopisch erscheinenden – Fernziel halten sich auch neuestens vorgetragene Reformvorschläge, wie etwa die von *Roxin*¹²⁴ und *Wolter*¹²⁵, obgleich in manchen Einzelpunkten weitergehend, in eher traditionell strafrechtsimmanentem Rahmen.

123 Vgl. zu dieser sowohl grundlegenden wie langfristigen Zielsetzung bereits A. Eser, *Gesellschaftsgerichte in der Strafrechtspflege*, 1970, S. 51, sowie in: A. Eser/G. Kaiser/K. Madlener (Hrsg.), *Neue Wege der Wiedergutmachung im Strafrecht*, 1990, S. 1 ff., 399; im gleichen Sinne auch *Schöch*, *NSiZ* 1984, S. 391.

124 C. Roxin, *Über die Reform des deutschen Strafprozeßrechts*, in: B. Töpper (Hrsg.), *Wie würden Sie entscheiden?*, in: *Festschrift für Gerd Jauch*, 1990, S. 183 - 200.

125 J. Wolter, *Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007*, 1991.