

## Vom Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung

von RA und FA f. Strafrecht Hartmut Wächtler, München

Sehr geehrte Gäste, liebe Kolleginnen und Kollegen,

wenn der Eröffnungsredner des Strafverteidigertages ein Strafverteidiger ist, hat es sich eingebürgert, dass lautstark und meistens berechtigt darüber geklagt wird, dass der Gesetzgeber in seiner Blindheit oder Infamie die Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers missachtet und untergräbt. Gottseidank ist es dann oft nicht so schlimm gekommen, wie wir befürchteten, machmal aber auch doch, und wir mussten sehen, wie wir mit der neuen Lage zurechtkommen.

Heute will ich mich mit der Hauptverhandlung befassen oder mit dem, was davon übrig geblieben ist, und dies ist ein Thema, bei dem man dem Gesetzgeber überhaupt keinen Vorwurf machen kann. Der elende Zustand der Hauptverhandlung, über den ich reden will, ist zum guten Teil unserer eigenen Zunft geschuldet.

Wer sich in der Vergangenheit einen Namen als Strafverteidiger machen wollte, musste in der Hauptverhandlung brillieren. Während das Vorverfahren das Feld von Polizei und Staatsanwaltschaft ist, war es die Hauptverhandlung, in der eine aktive Strafverteidigung sich bemühen musste, durch Befragung der Zeugen, eigene Beweisanträge und nicht zuletzt durch einen gut eingestellten Angeklagten das Blatt zu seinen Gunsten zu wenden oder doch wenigstens erheblich zu beeinflussen. Alle grossen Strafverteidiger der Kaiserzeit, der Weimarer Republik und der Nachkriegszeit waren Hauptverhandlungsverteidiger, ihre Plädoyers berühmt und ihre Befragung der Belastungszeugen gefürchtet. Wenn Alsberg sein Monokel einsetzte und es funkeln liess, erschrakten die Zeugen und die Gerichtsreporter, damals noch eine geachtete und sachkundige Zunft, zückten ihre Bleistifte.

Noch 1987 beschrieb das BVerfG die damals schon nicht mehr so eindeutige Lage, als wäre nichts geschehen wie folgt:

*Das Kernstück des Strafprozesses ist die Hauptverhandlung. In ihr wird nach dem mehr summarischen Vor- und Zwischenverfahren der Sachverhalt endgültig aufgeklärt und festgestellt, und zwar in einer Weise, die nach allgemeiner Prozess Erfahrung grösste Gewähr für die Erforschung der Wahrheit und zugleich für die bestmögliche Verteidigung des Angeklagten und damit für ein gerechtes Urteil bietet (BVerfGE 74, 358, 372; NStZ 87, 421).*

Nach dieser traditionellen Betrachtungsweise sind die wesentlichen Verfahrensgrundsätze unserer Hauptverhandlung

- die Öffentlichkeit;
- die Mündlichkeit;
- und - die Unmittelbarkeit .

Sie sind die Waffen in der Hand einer erfahrenen und gewitzten Verteidigung, gegen das in den Akten geronnene Vorurteil des Gerichts anzugehen und die von der Staatsanwaltschaft zusammengetragene Indizienkette zu durchlöchern - oder sollte man sagen: sie waren es ?

Denn die Realität des deutschen Strafprozesses hat mit diesem Idealbild, wie es die Rechtsprechung der Obergerichte und unsere eigene Berufsideologie gepflegt haben, bis es

nicht mehr ging, und wie es auch in der StPO steht, wenig zu tun, wie Sie alle wissen und wie es schon vielfach beklagt worden ist.

Im Zusammenhang mit der Absprache im Strafprozess, dem Deal, hat Wasko Weider in seiner Dissertation „Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit“ darauf hingewiesen, dass

*die neue Allianz der Praktiker die gesamte Struktur des Strafprozesses gegen den Widerstand von Wissenschaft und obergerichtlicher Rechtsprechung mehr verändert (hat), als alle Änderungen der StPO durch den Gesetzgeber und die rechtsfortbildende Rechtsprechung der Revisionsgerichte (S.184).*

Reden wir also vom Bedeutungsschwund der Hauptverhandlung, müssen wir auch vom Deal reden. Er hat die Hauptverhandlung sozusagen von innen heraus unterminiert. Darüber hinaus müssen wir auch von Einflüssen sprechen, die von aussen her auf die HV einwirken und sie zur Farce machen, ein Beispiel haben wir soeben beim Hamburger Mzoudi-Prozess erlebt.

### **Der Deal - Strafprozess ohne Hauptverhandlung**

Es ist schon oft beschrieben und beklagt worden, so dass ich mich hier mit Stichworten begnügen kann: Der Deal oder die Absprache oder die Verständigung im Strafprozess - wenn sie vor Durchführung der Beweisaufnahme und - wie allgemein üblich - im Gespräch zwischen den Prozessbeteiligten mit Ausnahme des Angeklagten stattfinden, verlassen den Boden der StPO. Sie haben mit den beschriebenen grundlegenden Verfahrensprinzipien Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit nichts zu tun sondern sind eine Erledigungsform eigener Art. Die Hauptverhandlung hat hier bestenfalls die Funktion, die Tatsache des stattgefundenen Deals und dessen angestrebtes Ergebnis zu protokollieren, in vielen Fällen nicht einmal das, dann ist sie nur noch Theaterkulisse.

Das Ziel des Deals ist der kurze Prozess, seine Münze ist die Zeit. Das bedeutet, wer viel Zeit zu bieten hat, etwa indem er dem Gericht eine wochenlange Beweisaufnahme erspart, hat Chancen, die Strafe nennenswert zu drücken. Wer mit einem übersichtlichen Beweisergebnis geschlagen ist, muss schlucken, was ihm geboten wird, sonst trifft ihn die Sanktionschere. Weider hat darauf hingewiesen, dass die Münze Zeit wie alle Münzen zweiseitig ist: auch Gerichte können zunehmend Verteidiger mit der Drohung langer Prozesse unter Druck setzen, zumal dann, wenn sie wegen erfolgreicher anderer Absprachen entlastet sind. Auf jeden Fall ist einleuchtend, dass die Frage, wieviel Zeitersparnis ich bieten kann, keinen Bezug zu der Frage hat, wie hoch eine gerechte Strafe ausfallen sollte. Das heisst, der Deal ist im Prinzip nicht an Gerechtigkeit sondern an Prozessökonomie orientiert, das macht seine Ergebnisse oft so problematisch.

Der Deal ist seiner Natur nach auch an der Erforschung der Wahrheit nicht interessiert. Die Wahrheit interessiert ihn nur, soweit sie mit dem Ziel des kurzen Prozesses vereinbar ist. Soweit die Einlassung des Angeklagten von der Anklage abweicht und dies zur Wahrung des Gesichts und angesichts der vereinbarten Strafe möglich erscheint, wird man diesem Problem mit Teileinstellungen gem. § 154 StPO beizukommen versuchen. Im übrigen ist der Deal der Verzicht des Angeklagten auf seine eigene Wahrheit und ihre Darstellung vor Gericht. Er akzeptiert die Version der Wirklichkeit, wie sie die Anklage beschreibt, weil er das angebotene Ergebnis des Verfahrens akzeptiert.

Ich glaube, dass im systembedingten Verzicht auf den Anspruch auf Gerechtigkeit und Wahrheit ein grundsätzlicher Wandel des Verhältnisses der Justiz zum Bürger vor Gericht

zum Ausdruck kommt. Die Praxis des Deals ist mehr als ein Reflex auf die notorische Überlastung der Strafjustiz. Dazu später mehr.

Der Bundesgerichtshof hat nach langen Jahren des Ignorierens in seiner bekannten Entscheidung des 4.Senats in BGHSt 43,195 vom August 1997 versucht, den prozessualen Wildwuchs mit einer Art Verfahrensordnung für den Deal zu kanalisieren und formell greifbar zu machen. Ich will hier nicht auf die mannigfachen Relativierungen und Abschwächungen der anderen Strafsenate eingehen, die zeigen, wie leicht dieser Versuch der Formalisierung zu umgehen ist. Zuzugeben ist, dass diese Entscheidung sich bemüht, dem Angeklagten ein Minimum an Formgerüst zu geben, das ihm hilft, die Notbremse zu ziehen, wenn er sich übervorteilt fühlt und die Vertragsschliessenden allzu locker mit seinen Rechten umgegangen sind. Es ist durchaus fraglich, ob sich die strikte Auslegung dieser Entscheidung, wie sie etwa von Meyer-Goßner vertreten wird, durchsetzen wird. Falls sie es tut und falls es dann mehr Revisionen trotz ausgesprochenem Rechtsmittelverzicht geben wird, wird die Folge eine stärkere inhaltliche Kontrolle der Absprachen durch die Obergerichte sein. Dies ist auch die erklärte Absicht, wie sich aus dem Anfragebeschluss des 3.Strafsenats vom 24.07.03 ergibt, in dem es heisst, die Unwirksamkeit der Rechtsmittelverzichtserklärung, wie sie von diesem Senat propagiert wird, solle

*sicherstellen, dass Kontrolle der gerichtlichen Entscheidungen durch die Rechtsmittelgerichte, die - über ihre Bedeutung im Einzelfall hinaus - allein dadurch, dass sie generell möglich ist, die Einhaltung der Verfahrensregeln gewährleistet, auch in Strafverfahren, in denen das Urteil auf Grund einer Verständigung ergeht, in dem notwendigen Mass erhalten bleibt. (BGH 3 StR in StraFo 03,426)*

Damit wird die Wut der Revisionsgerichte darüber reflektiert, dass sie weitgehend ohnmächtig haben zusehen müssen, wie die von Weider beschriebene unheilige Allianz der Praktiker eine zweite subkulturelle Verfahrensordnung entwickelt hat, die sich jeder obergerichtlichen Kontrolle fast gänzlich entzogen hat und nur im Falle von Betriebsunfällen revisibel wurde. Schröder hat kürzlich in einer Besprechung dieser Entscheidung von einem *Menetekel* gesprochen, und einem *Verfall der Ansprüche der Justiz an sich selbst*, da der BGH sich genötigt sehe, nach Wegen zu suchen, um sich bei den Untergerichten Gehör zu verschaffen (StraFO 03,412,416).

Die Bundesregierung hat in ihrem soeben veröffentlichten *Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens* vom Februar 2004 in einem neugefassten § 257b E-StPO versucht, die Rechtsprechung zum Deal, wie sie in BGHSt 43, 195, zum Ausdruck kommt, in gesetzliche Vorschriften zu giessen. Danach kann das Gericht seine Ansicht vom Stand des Verfahrens in der Hauptverhandlung mitteilen und mit den Beteiligten erörtern. Es kann auch auf der Basis einer vorläufigen Würdigung der Beweise eine Strafobergrenze angeben, wenn der Angeklagte einverstanden ist. Was nicht in der Vorschrift steht aber in der amtlichen Begründung als selbstverständlich ausdrücklich vorausgesetzt wird ist, dass die Zusage einer Strafobergrenze nur für den Fall eines Geständnisses gedacht ist (Begründung S.43).

Der wesentliche Inhalt und das Ergebnis einer Verständigung sollen zukünftig zwingend in § 273 Abs.1 StPO protokolliert werden.

Der Rechtsmittelverzicht des Angeklagten als Gegenstand einer Verständigung ist ausdrücklich verboten, ein Verstoß dagegen hat die Unwirksamkeit des Verzichts zur Folge, §§ 257b i.V.m. 302 Abs.1 E-StPO.

Eine Aufwertung der Hauptverhandlung wird diese Reform kaum erbringen, auch wenn sie dies mit der Einführung eines Erklärungsrechts der Verteidigung auf die Verlesung der Anklage sicher beabsichtigt und damit einer alten Forderung der Strafverteidiger nachkommt.

Es wird auch bei Einhaltung der Regeln, die BGHSt 43,195 aufgestellt hat, dabei bleiben, dass bei einem Deal alles Wesentliche ausserhalb der Hauptverhandlung sich abspielen wird. Alle entscheidenden Gespräche werden sich wie eh und je hinter verschlossenen Türen zwischen den Prozessbeteiligten mit Ausnahme des Angeklagten abspielen. In der Hauptverhandlung wird der Vorsitzende in kurzen Worten aus seiner Sicht den Gang der Gespräche wiedergeben, wobei er darauf achten wird, solche Formulierungen zu finden, die den Ansprüchen an einen ordnungsgemässen Deal nach der Rechtsprechung des BGH Genüge tun. Widersprechen wird ihm niemand der Beteiligten, da sie ja alle den Deal wollen.

Wenn aber nun der Deal als Massenphänomen unvermeidlich ist, wie zahlreiche Praktiker betonen und wie es tatsächlich scheint, so heisst es für uns Strafverteidiger, daraus die prozessualen Konsequenzen ziehen. In Fällen, in denen gedealt wird, ist die Hauptverhandlung nicht mehr zu retten. Die Fiktion, hier werde die wahre Entscheidung fallen, hier entfalte sich das wahre Talent des Strafverteidigers, muss aufgeben werden und gehört der Vergangenheit an.

Mit anderen Worten: wenn der Vorsitzende am Beginn der Hauptverhandlung oder sogar schon Tage oder Wochen zuvor zum Gespräch ins Beratungszimmer bittet, muss der Verteidiger seine Bataillone bereits ins Gefecht geschickt haben. Das Vor- und das Zwischenverfahren gewinnt in dem Masse an Bedeutung, in dem die Hauptverhandlung entleert wird. Daraus sind bereits von zahlreichen Autoren Konsequenzen gezogen worden:

Sie fordern - ein früheres Recht auf Akteneinsicht der Verteidigung

- Anwesenheitsrechte bei Beschuldigten- und Zeugenvernehmungen

- Aufzeichnungspflichten der Vernehmungen

- Beweisantragsrechte der Verteidigung .

- Mitbeteiligung des Verteidigers bei der Auswahl des Sachverständigen.

Im Zwischenverfahren soll es erweiterte Anhörungsrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers geben und zwar sowohl durch die StA als auch das Gericht vor Eröffnung des Hauptverfahrens. In einem förmlichen Erörterungstermin soll eine Verständigung über „streitige“ und „unstreitige“ Beweistatsachen sowie eine Straffung des Verfahrens angestrebt werden (alle Vorschläge beispielhaft bei Ignor/Matt, Integration und Offenheit im Strafprozess, StV 02,102).

Der DAV hat in seiner Stellungnahme von 2001 zur Reform der Strafjustiz bemängelt, dass nur in je 3 % der Strafverfahren im Vor- und Zwischenverfahren Beweisanträge der Verteidigung gestellt werden (AnwBl. 01,30,39). Der Grund hierfür ist klar: in der Regel nutzen derartige Anträge nichts, zumal die Verteidigung oftmals nicht einmal ein Anwesenheitsrecht bei von ihr selbst beantragten Vernehmungen hat. Die Gefahr besteht, dass der Verteidiger „sein Pulver verschiess“, bis es zur Hauptverhandlung kommt. Was aber, wenn es gar keine Hauptverhandlung mehr gibt, die diesen Namen verdient?

Die derzeitige Bundesregierung und die sie tragenden Parteien haben vor kurzem einen erneuten Vorschlag zur Reform des Strafverfahrens vorgelegt - leider ist er zersplittert in drei unterschiedliche Papiere und Gesetzesentwürfe, dem Justizmodernisierungsgesetz, dem Opferrechtsreformgesetz und dem Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens vom Februar diesen Jahres. In den §§ 160a und 202a E-StPO des Opferrechtsreformgesetzes vom November 2003, das gestern, also am 4.03.04, vom Bundestag verabschiedet wurde, ist eine fakultative Anhörung des Beschuldigten im Vor- und Zwischenverfahren durch die StA bzw das Gericht vorgesehen. Damit wird ein Gedanke aus der Reformdiskussion aufgegriffen und zur Hälfte umgesetzt (BT-Drs.15/1976).

Herzstück des grossen Reformpapiers vom Februar 2004 sind die gesetzliche Regelung des Deals, auf die ich gerade eingegangen bin und die Reform des Ermittlungsverfahrens und seine Transformation in die Hauptverhandlung : Der Verteidiger- nicht der Beschuldigte -

soll künftig bei Ermittlungshandlungen eine verstärkte „Gelegenheit zur Mitwirkung“ erhalten. Darunter versteht der Entwurf im Falle von Vernehmungen

*zum einen das Recht, an der Vernehmung teilzunehmen und Fragen zu stellen.*

*Zum anderen, um dieses Recht effektiv auszugestalten, die Pflicht, den Verteidiger vom Termin zu benachrichtigen und bei nachvollziehbaren und gewichtigen Gründen auf eine Terminverschiebung einzugehen. (Entwurfsbegründung S.18 Zif.a)*

Wird der Beschuldigte vernommen, soll der Verteidiger im neugefassten § 163a Abs. 4 E-StPO bei jeder Vernehmung Gelegenheit zur Mitwirkung erhalten, auch bei der polizeilichen. Verzichtet der Beschuldigte - aus welchen Gründen auch immer - auf die Anwesenheit eines Verteidigers, bleibt es bei der jetzigen Rechtslage der unbeschränkten Verwertungsmöglichkeit.

Bei der Vernehmung von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten durch den Staatsanwalt soll der Verteidiger ein durch den Untersuchungszweck eingeschränktes Mitwirkungsrecht erhalten, § 161a Abs.2 E-StPO. Der gleiche Wortlaut gilt für richterliche Vernehmungen, § 168c Abs.2 E-StPO, wobei hier auch der Beschuldigte ein Mitwirkungsrecht haben soll, § 168c Abs.3.

Ein gestärktes Mitwirkungsrecht an Vernehmungen von Zeugen, die er selbst benannt hat, soll der Verteidiger auch bei polizeilichen Vernehmungen haben, dadurch soll er nach der Begründung *aus der Reserve gelockt (a.a.O.S.21) werden*. Man verspricht sich davon eine Entlastung des späteren Verfahrens, weil frühzeitig alle Zeugen bekannt werden. Allerdings legt die Entwurfsbegründung Wert auf die Feststellung, dass der neue § 144 E-StPO

*kein Beweisantragsrecht des Verteidigers darstellt (a.a.O.S.21).*

Wird der Zeuge trotz Benennung durch den Verteidiger im Vor- oder Zwischenverfahren nicht gehört, muss weiter ein Beweisantrag in der Hauptverhandlung gestellt werden, wenn diese dann noch stattfindet. Vorschläge, das Beweisantragsrecht der Verteidigung vor der Hauptverhandlung und vor dem Eröffnungsbeschluss zu formalisieren (vgl. von Galen/Wattenberg in ZRP 01,445,449) wurden damit nicht aufgegriffen.

Vor der Auswahl des Sachverständigen ist dem Verteidiger in aller Regel Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, § 73 Abs.3 E-StPO - es verbleibt jedoch dabei, dass die Staatsanwaltschaft durch die Beauftragung eines Sachverständigen weiter die Weichen stellen kann.

Die angeführten erweiterten Rechte vor allem der Verteidigung sind eine Aufwertung des Vorverfahrens. Erklärtes Ziel ist die *Einbindung des Verteidigers in das Ermittlungsverfahren (S.17 a.a.)*. Diese Wortwahl lässt ein wenig stutzen. Von der Bindung bis zur Fesselung ist es nicht weit und die Vorsilbe assoziiert der misstrauische und Kummer gewöhnliche Verteidiger sehr leicht mit „Einseifen“.

Ich habe mich bemüht, meinen in vielen regierungsamtlichen „Horror-Listen“ gewachsenen Reflex unter Kontrolle zu halten. Immerhin hat - wenn ich mir diese persönliche Bemerkung erlauben darf - mein alter Freund und Strafverteidiger aus Münchner Tagen Jerzy Montag (jetzt MdB) an dem Papier mitgewirkt, und ich weiss, dass er weiss, wovon die Rede ist, wenn von der notwendigen Reform des Strafverfahrens gesprochen wird.

Es kann aber nicht verschwiegen werden, dass die mehreren Rechte, die der Verteidigung vor der Hauptverhandlung eingeräumt werden sollen, ihren Preis haben. Er wird vor allem in der Hauptverhandlung erbracht werden, und er wird nicht zu ihrer Vitalisierung beitragen. Die Rückseite der erweiterten *Mitwirkungsrechte* der Verteidigung ist die Möglichkeit des sogenannten *Transfers* von Vernehmungsprotokollen in der Hauptverhandlung. Es soll zukünftig möglich sein, auch ohne Zustimmung der Verteidigung auch nichttrichterliche Protokolle von Zeugen, Sachverständigen und Mitbeschuldigten zu verlesen und damit ihre persönliche Vernehmung zu ersetzen, § 251 E- StPO. Entsprechendes soll für Geständnisse des Beschuldigten und die Vorführung von Video-Vernehmungen gelten. Voraussetzung dieser Transferleistung soll es jeweils sein, dass die Verteidigung bei den Ermittlungshandlungen tatsächlich mitgewirkt hat. Nimmt der Verteidiger also das ihm angebotene Mitwirkungsrecht im Vorverfahren wahr, so riskiert er den Verlust eines unmittelbaren Beweismittels in der Hauptverhandlung. Der Entwurf sieht diesen Zusammenhang ebenso. In der Begründung heisst es:

*Der Verteidiger hat es durch schlichtes Fernbleiben selbst in der Hand, ob ein transferierbares Ergebnis zustande kommt (a.a.O. S.39/40).*

Das heisst, überall dort, wo die Verteidigung sicherstellen will, dass der Zeuge tatsächlich gehört werden muss, darf sie das Angebot zur „Mitwirkung“ im Vorverfahren nicht annehmen und muss der Vernehmung fernbleiben. Offenbar soll das auch für solche Zeugen gelten, die der Verteidiger selbst benannt hat und bei denen er - um ihn aus der Reserve zu locken! - ein erweitertes Mitwirkungsrecht hat. Hier ist wohl noch nicht genügend nachgedacht worden.

Margarete von Galen und Andreas Wattenberg haben bei der Diskussion des sog. Eckpunktepapiers der damaligen Regierung im Jahre 2001, das bereits einen ähnlichen Vorschlag enthielt, auf folgendes für den Beschuldigten und das Ansehen der Hauptverhandlung verheerendes Szenario nach dem neuen Recht hingewiesen:

*Der Verteidiger ist bei allen Vernehmungen im Ermittlungsverfahren anwesend. Eine schnelle Hauptverhandlung, die im Wesentlichen aus der Verlesung von Zeugenaussagen besteht, führt zur Verurteilung des Angeklagten. Die Zeugen hat er nie gesehen. Bei einer solchen Verfahrensgestaltung müssen Assoziationen zum Inquisitionsprozess aufkommen. (ZRP 01,445,446)*

Fragt man nach dem Sinn solcher unglückseligen Regelungsvorschläge, so erhält man in der amtlichen Begründung die Stichworte *Verfahrensentlastung* und *Opferschutz*. Es war wohl, so kann man vermuten, der politische Preis in den Koalitionsverhandlungen. Ohne die Verheissungen von Entlastung der Hauptverhandlung und Schutz der Opfer vor einer (weiteren) Vernehmung in der Verhandlung war womöglich die Verbesserung der Rechte der Verteidigung im Vorverfahren nicht zu haben. Stefan König hat auf dem 26. Strafrechtstag 2002 dazu gesagt, was gesagt werden muss, auch wenn es den professionellen (Rechts-)Politikern naiv erscheinen mag:

*Nach meinem Eindruck verläuft die Reformdiskussion der letzten Jahre nach dem Muster von Schlichtungsverhandlungen in Tarifstreitigkeiten. Jede beteiligte Partei achtet eifersüchtig darauf, dass nicht die andere zuviel bekommt oder behält und dass nichts hergegeben wird, für das man nicht im Gegenzug selbst etwas bekommt (Reform des Strafprozesses, in Sicherheit durch Strafe? Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd.26 S.258).*

Stefan König hat auch empfohlen, etwas mehr *Vertrauen in die praktische Vernunft* der Verfahrensbeteiligten zu entwickeln. Wenn der Verteidiger schon im Vorverfahren die Möglichkeit hatte, die Zeugen kennenzulernen, wird er in vielen Fällen gar kein Interesse mehr daran haben, sie in der Hauptverhandlung nochmals zu hören. Es ist deshalb nicht notwendig, die verbesserten Mitwirkungsrechte der Verteidigung im Vorverfahren mit einer *verordneten Einschränkung des Unmittelbarkeitsprinzips* zu erkaufen und damit zum Teil zu entwerten.

Dies würde auch der Hauptverhandlung gut bekommen, denn es wäre dann sichergestellt, dass jedenfalls alle streitigen Zeugen gehört werden müssten, ohne dass man sich mit den unstreitigen langweilen müsste.

Jedenfalls wird bei der Erweiterung der Rechte der Verteidigung im Vor- und Zwischenverfahren eine Lösung gefunden werden müssen. Andernfalls besteht das deutsche Strafverfahren in einem Grossteil der Fälle nur noch aus einem inquisitorischen Ermittlungsverfahren ohne nennenswerte Rechte des Beschuldigten und deshalb auch ohne nennenswerte Aktivitäten der Verteidigung und einem Deal, der - wenn er nur auf der Basis des von der StA zusammengetragenen Ermittlungsergebnisses stattfindet - eine notwendig einseitige Angelegenheit zu Lasten des Angeklagten ist, bei der seine Sicht der Dinge keine Chance mehr hat, wahrgenommen zu werden.

Ich will noch einen Blick auf die Frage werfen, weshalb es überhaupt zu der beschriebenen subkulturellen Entwicklung einer zweiten Sorte von Strafverfahren - nämlich den Dealverfahren ohne Hauptverhandlung - gekommen ist. Allgemein wird davon gesprochen, die Überlastung der Strafjustiz habe den Deal gefördert und möglich gemacht. Weider und Hanack haben zusätzlich darauf hingewiesen, dass ein neuer, besser ausgebildeter und konsequenterer Verteidigertyp ursprünglich die Gerichte unter Zeitdruck gesetzt und schliesslich zum Deal genötigt habe. Das mag sein.

Immerhin erscheint es mir kein Zufall, dass der Deal seinen Siegeszug in bestimmten Rechtsgebieten angetreten hat, namentlich werden das Wirtschafts-, Umwelt- und Steuerstrafrecht genannt und besonders das Drogenstrafrecht. Allerdings scheint es so zu sein, dass die einmal eingeübte Praxis auf praktisch alle anderen Rechtsgebiete ausstrahlt. Selbst Kapitaldelikte sind nicht gefeit, wie es der katastrophal verlaufene Kaufmann-Fall gezeigt hat.

Das gemeinsame von Wirtschafts- und Umweltdelikten ist, dass es sich um Gebiete handelt, die relativ neu im Visier der Strafjustiz sind. In diesen Deliktsbereichen will der moderne Staat seine Handlungs- und Steuerungsfähigkeit unter Beweis stellen. Die Beschuldigten sind oft Organe eines Betriebes, ihr Verschulden hat wenig persönliche Anteile, sie sitzen oft als Repräsentanten ihrer Firma auf der Anklagebank. Die herkömmliche Strafrechtsdogmatik muss sich strecken und verbiegen, um eine Strafbarkeit und individuelle Schuld festzustellen. Eberhard Kempf hat dazu kürzlich festgestellt, es handele sich vielfach um den Versuch, *Probleme des 21. Jahrhunderts mit der Strafrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts zu lösen* (*Kempf, Sanktionen gegen juristische Personen und Gesellschaften, KritJ 03, 462 ff*).

Steuerdelikte haben die Eigenschaft, dass der Geschädigte, der Staat, ein Abstraktum ist. Mindestens der „kleine Schmu“ bei den Steuern ist höchst verbreitet und gilt nicht als ehrenrührig. Unser Steuerrecht ist zudem äusserst kompliziert, kaum ein Bürger blickt wirklich durch, die Strafbarkeit von Umsatzsteuerkarussellen oder Abschreibemodellen verstehen nur Spezialisten. Eine merkwürdige und absurde Konsequenz aus diesem Tatbestand hat die bayerische Justizministerin Beate Merk laut einem Bericht der SZ vom

9.02.04 gezogen: sie will nicht etwa das Steuerrecht so umgestalten, dass es jeder verstehen kann und die Ahndung strafrechtlicher Verstösse legitim erscheint. Vielmehr denkt sie daran, die Mitwirkung von Laienrichtern bei Wirtschafts- und Steuerdelikten überhaupt abzuschaffen. Das kann nur den Hintergrund haben, dass Laien nach Auffassung der Justizministerin entweder das Steuerstrafrecht nicht verstehen können oder es ihnen nicht vermittelbar ist, dass hier strafwürdiges Tun vorliegt.

Das Drogenstrafrecht schliesslich, das quantitativ vermutlich den grössten Teil der Deal-Verfahren ausmacht und sich überhaupt seit den 70er Jahren explosionsartig ausgebreitet hat, zeichnet sich bekanntlich dadurch aus, dass es in der Regel keine Opfer kennt. Die Taten finden zwischen Personen statt, die damit einverstanden sind. Es ist die abstrakte Strafdrohung des Staates, die aus einer einverständlichen Handlung zwischen zwei verantwortlichen Rechtssubjekten, bei der kein Dritter geschädigt wird, ein Verbrechen macht, das bestraft wird wie ein Totschlag. Konkrete Schädigungen Dritter sind allenfalls erschwerende Tatbestandsvarianten, nie Bedingung der Strafbarkeit. Darin und in der unterschiedslosen Verfolgung von harten wie weichen Drogen, von Kranken wie Gesunden, von Süchtigen wie Geschäftemachern liegt ein ungelöstes Legitimitätsproblem von grossem Ausmass.

Legitimitätsprobleme aber haben alle beschriebenen Strafrechtsgebiete, die massgeblich an der Ausbreitung des Deals beteiligt gewesen sind. Anders als bei den traditionellen Strafrechtsgebieten, den Straftaten gegen Leben und Eigentum, gibt es keinen in der Bevölkerung verwurzelten Konsens über die Strafwürdigkeit dieser Straftaten neuer Art.

Ich halte es für möglich, dass dies auch für das Personal der Justiz gilt. Die Vermeidung der Hauptverhandlung wäre so zu erklären als der Versuch, der offenen Konfrontation mit den ungelösten inneren Widersprüchen der strafrechtlichen Vorwürfe zu entgehen. Indem der technokratische Weg des Deals gewählt wird, muss sich das Gericht nicht der Wahrheit des Angeklagten stellen. Es braucht sich nicht damit auseinanderzusetzen, dass er - wie es bei Wirtschaftsdelikten häufig ist - ein Mensch ist, den das Gericht unter anderen Umständen als höchst ehrenwerten Zeitgenossen eingestuft hätte oder der - wie bei Drogendelikten oft der Fall - zum wiederholten Male dealt, weil er krank ist oder mit einem Stoff dealt, bei dem man nicht recht weiss, warum das strafbar sein soll. Weil das vielleicht so ist, bietet die prozessuale Absprache einen Ausweg an, bei dem der Angeklagte darauf verzichtet, die Verurteilungsformeln in Frage zu stellen und sich der Wertung des Strafurteils ohne weiteres unterwirft. Dies wird dann - wenn es ein redlicher Deal ist - mit einem Strafrabatt belohnt.

Wenn dies so wäre, oder wenn es auch so wäre, neben den technokratischen Gründen der Überlastung und der Prozessökonomie, sind die Folgen absehbar fatal. Eine Strafjustiz, die darauf verzichtet, in öffentlicher Hauptverhandlung ihr Tun stets neu zu legitimieren, läuft Gefahr, den Rückhalt in der Bevölkerung zu verlieren. Da hilft auch keine Protokollierung a la BGHSt 43,195.

Niklas Luhmann hat das schon vor mehr als 30 Jahren in seiner Arbeit mit dem programmatischen Titel „Legitimation durch Verfahren“ auf den Punkt gebracht, indem er ausführte:

*Die Funktion des Verfahrensprinzips der Öffentlichkeit liegt in der Symbolbildung, in der Ausgestaltung des Verfahrens als eines Dramas, das richtige und gerechte Entscheidung symbolisiert... (Legitimation durch Verfahren, 1969, S.124).*

Er hat aber auch darauf hingewiesen:



*Die Ungewissheit des Verfahrensausgangs muss erhalten bleiben und muss im Verfahren das Rollenhandeln sichtbar motivieren... Wäre der Ausgang schon ersichtlich vorher klargestellt, würde das Verfahren zu einem nur um der Form willen veranstaltetem Zeremoniell erstarren. (a.a.O. S.128)*

Ich will damit sagen: das Verschwinden einer Hauptverhandlung, die diesen Namen verdient, in weiten Bereichen der Strafjustiz und ihr Ersatz durch eine mehr oder weniger ausführlich protokollierte Verständigung auf ein ausgehandeltes Strafmass ist nicht nur deshalb gefährlich, weil der Angeklagte bei der jetzigen Rechtslage zu kurz kommt, weil seine Verteidigung im Vor- und Zwischenverfahren viel zu wenig Rechte hat. Es ist gefährlich auch für die Strafjustiz selbst, die ihre Legitimierung durch die öffentliche Hauptverhandlung einbüsst.

Diese Seite des Problems haben die Entscheidungen der BGH-Senate, die auf eine Formalisierung des Deals abzielen, zu wenig beachtet. Ihnen kommt es mehr darauf an, die verlorene Kontrolle über diese subkulturelle Erscheinung wiederzugewinnen und den allerdings einzigartigen Vorgang der massenhaften Befehlsverweigerung der Untergerichte zu stoppen. Der Reformvorschlag der Regierung ist in diesem Punkt der gewiss nicht ehrenrührige Versuch, auf der Basis eines Minimalkonsenses die verselbständigte Praxis wieder gesetzlich „einzufangen“ und damit auch dem Angeklagten ein Minimum an Rechtssicherheit zu geben.

Eine Kompensation für den Verlust an Legitimierung durch die öffentliche HV ist aber nicht in Sicht.

Ich will - durchaus aus aktuellem Anlass -noch auf eine zweite Form der Unterminierung der Hauptverhandlung zu sprechen kommen, und zwar eine solche, die von aussen kommt:

### **Die Hauptverhandlung als Farce - das Gericht an der Leine von Polizei und Geheimdiensten**

Das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg, das den Angeklagten Mzoudi kürzlich vom Vorwurf der Beihilfe zum tausendfachen Mord freigesprochen hat, ist für seine Entscheidung vielfach und zu Recht gelobt worden. Es hiess, den Richtern sei „der Kragen geplatzt“ (SZ vom 12.12.03), als sie von einem Fax des BKA überrascht wurden, in dem eine nicht namentlich genannte „Auskunftsperson“ die angeblichen wirklichen Mitwisser des Anschlags vom 11.09.01 benannte, nicht aber den Angeklagten Mzoudi, gegen den das Gericht schon seit Monaten verhandelte. „Gereizt“ hätte der Senat schon reagiert, als ein vorbereitendes Schreiben des Bundeskanzleramtes eintraf, das höflich darum bat, den Prozess noch nicht zu beenden, da noch etwas zu erwarten sei. Der Korrespondent der SZ schreibt dazu:

*In den Monaten vor diesen vagen Verheissungen hatte das Gericht auf Granit gebissen : jeder Antrag, Einsicht in geheime Verhörprotokolle zu erlangen, wurde abgelehnt, der Prozess verhedderte sich in Sperrvermerken. (Der geheimnisvolle Zeuge, SZ vom 12.12.03, S.4)*

Die Weigerung des Gerichts, Mzoudi auf der Basis einer von Geheimdiensten und aussenpolitischen Rücksichten frisierten Beweislage zu verurteilen, ist beachtlich und verdient Anerkennung. Es ist gut, dass die Hamburger Richter den Mut und das Stehvermögen hatten, trotz der voraussehbaren Reaktion der USA und einiger anderer an einigen

wesentlichen Grundsätzen des *alten Europa* festzuhalten. Ein Angeklagter darf nicht verurteilt werden, wenn das Gericht nicht die Möglichkeit hat, sich ein vollständiges Bild von allen wesentlichen Beweismitteln zu verschaffen und andere darüber entscheiden, welche Aussagen vorgelegt und welche Zeugen präsentiert werden und welche nicht.

Allerdings ist zuvor ein anderer Angeklagter vom gleichen Gericht bei ähnlicher unvollständiger Beweislage zu 15 Jahren Haft verurteilt worden. Auch hier verhinderten Sperrerkklärungen Deutschlands und der USA, dass der einzige verbliebene unmittelbare Zeuge aussagen konnte, dem Angeklagten wurde sein vielleicht wichtigstes Entlastungsmittel aus der Hand genommen, er hatte keine faire Chance, sich zu verteidigen. Deshalb ist diese Verurteilung soeben vom 3. Strafsenat aufgehoben worden. Das Problem besteht.

Die beiden Prozesse haben ein grelles Licht auf ein Problem geworfen, dass durchaus nicht auf die Terror-Szene beschränkt ist. Immer wieder erleben wir es, dass Hauptverhandlungen fremdgesteuert werden, weil Zeugen gesperrt oder überhaupt ihre Identität gezielt verschleiert wird. Das in der MRK verankerte Recht des Angeklagten, den Belastungszeugen selbst befragen zu können, ist durch die Rechtsprechung des BGH und des BVerfG vielfach durchlöchert. Es genügt danach, dass die Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen vor Gericht erscheint, obwohl dadurch natürlich eine wesentliche Verschlechterung der Position des bestreitenden Angeklagten verbunden ist. Die von der Rechtsprechung entwickelten Einschränkungen, die allesamt Anforderungen an die Beweiswürdigung betreffen, können nicht darüber hinweghelfen, dass mit der Billigung dieser Praxis die Hauptverhandlung in einem wesentlichen Punkt entwertet worden ist. Es ist nicht das Gericht, das entscheidet, wen es anhören will sondern es sind Polizei und Geheimdienste, die steuern, welche Informationen in die Hauptverhandlung einfließen. Wenn hier die Gerichte frühzeitig ein grösseres Selbstbewusstsein entwickelt hätten, hätten wir heute nicht mit der inflationären Anwendung von Sperrerkklärungen und verweigerten Aussagegenehmigungen zu kämpfen.

Seit dem 11.09.01 und dem folgenden weltweiten Kampf gegen den Terrorismus haben wir freilich nicht nur zu befürchten, dass Hauptverhandlungen durch zu wenig Informationen fremdbestimmt werden, ebenso gross ist die Gefahr, dass ein zu viel an Informationen geliefert werden wird, die aus vergifteten Brunnen kommen. Es ist inzwischen Allgemeingut, dass die USA ihre Gefangenen in Guantanamo unter Bedingungen halten, die völkerrechtswidrig und eine „Parodie auf das Recht“ sind, wie es Kenneth Roth, der Direktor der Menschenrechtsorganisation *Human Rights Watch* im November 2003 in der SZ beschrieb. Andere Gefangene werden an unbekanntem Orten festgehalten und unbekanntem Bedingungen ausgesetzt. Sie haben regelmässig keinen Zugang zu Verteidigern. Der Spiegel spekulierte bereits darüber, ob man sie nicht gezielt in Ländern gefangen hält, in denen Folter und Psychodrogen übliche Praxis sind. Gelegentlich wird darüber gemunkelt, welcher prominente Gefangene geredet hat und Kooperationsbereitschaft zeigt. Irgendwann werden diese Aussagen in unserem Rechtskreis auftauchen. Sie werden zu Anklagen und zu Hauptverhandlungen führen wie die gegen den Hamburger Kreis um Mzoudi und Mounir el Motassadeq. Geht man davon aus, dass nach bisher hM der Beschuldigte, der sich auf die Anwendung von verbotenen Vernehmungsmethoden beruft, voll beweispflichtig ist, so wird dieser Beweis mit Sicherheit schwerfallen, wenn nicht unmöglich sein. Man kann sich nur wünschen, dass unsere Richter in den voraussehbaren Drucksituationen, die dann entstehen werden, das erforderliche Stehvermögen entwickeln, um zu verhindern, dass die Hauptverhandlungen nach Drehbüchern ablaufen, die der CIA bestimmt und nicht die StPO.