

keit zu einer Handlung im Rechtssinne zusammengefaßt werden.

VIII. Geldbuße

Nach § 379 Abs. 4 AO kann die Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von 5,- DM (§ 17 Abs. 1 OWiG) bis zu 10 000,- DM geahndet werden, wenn die Handlung nicht nach § 378 AO geahndet werden kann.

Da § 379 Abs. 4 AO bei der Androhung der 10 000,- DM Geldbuße nicht zwischen der vorsätzlichen und leichtfertigen Begehungsweise differenziert, kommt § 17 Abs. 2 OWiG in Betracht. Dieser bestimmt: Droht ein Gesetz, wie z. B. § 379 Abs. 4 AO, für vorsätzliches und fahrlässiges (leichtfertiges) Handeln Geldbuße (bis 10 000,- DM) an, ohne im Höchstmaß zu unterscheiden, so kann fahrlässiges Handeln im Höchstmaß nur mit der Hälfte (= 5 000,- DM) des angedrohten Höchstbetrages (= 10 000,- DM) der Geldbuße geahndet werden. Zusammengefaßt bedeutet dies: Bei vorsätzlicher Begehung beträgt die Geldbuße im Höchstfall 10 000,- DM, bei fahrlässiger Begehung im Höchstfall 5 000,- DM³²⁾.

Die Praxis erbringt den Nachweis, daß als Geldbuße regelmäßig ein Betrag von zehn bis fünfundzwanzig Prozent der gefährdeten Steuer festgesetzt wird.

Da aber die Steuervergütung nach § 379 AO, wie z. B. die leichtfertige Steuerverkürzung nach § 378 AO oder die Steuervergütung nach § 380 AO auch, keine Zinspflicht begründet, die Geldbuße nach § 17 Abs. 4 Satz 1 OWiG aber den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen soll, wird ein etwaiger Zinsvorteil

auch bei der Bemessung der Geldbuße berücksichtigt³³⁾.

IX. Verfolgungsverjährung

Die Verfolgung von Steuerordnungswidrigkeiten nach § 379 AO verjährt in fünf Jahren (§ 384 AO).

§ 384 AO stellt insofern eine *lex specialis* zu § 31 OWiG dar, der in Abs. 2 Nr. 2 für die Ordnungswidrigkeiten der §§ 381 und 382 AO eine zweijährige Verfolgungsverjährungsfrist, in Abs. 2 Nr. 1 für die Ordnungswidrigkeiten des § 383 AO eine dreijährige Verfolgungsverjährungsfrist verfügt.

§ 384 AO gilt aber nur für die Steuerordnungswidrigkeiten nach §§ 378 bis 380 AO. Das gesetzgeberische Motiv für die Verlängerung der Verfolgungsverjährungsfrist ist in den „kriminologischen Besonderheiten“ der Steuerordnungswidrigkeiten nach §§ 378–380 AO begründet. Sie bestehen in den besonderen Schwierigkeiten der Finanzbehörden bei der Aufklärung dieser Steuerordnungswidrigkeiten³⁴⁾.

³²⁾ Zum Problem der Beteiligung nach § 14 OWiG vgl. in diesem Zusammenhang *Lohmeyer*, Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei Steuerstraftaten und Steuerordnungswidrigkeiten aus der Sicht des Steuerberaters, StB 1980, S. 129.

³³⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang auch OFD Hannover, Verfügung vom 10. 5. 1990 – S – 0270 – 24 – StO 421/S – 0270 – 24 – StH 421 – AO-Kartei § 235 AO Karte 2.

³⁴⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang noch *Pfaff*, Zur Beachtung der §§ 379 AO, 271 StGB bei Umsatzsteuer-Sonderprüfungen, DStZ/A 1979, S. 249; *Pfaff*, BerlinFG in straf- bzw. bußgeldrechtlicher Hinsicht, StBp 1979, S. 166; speziell zur Verjährungsfrist, dem Beginn, der Unterbrechung und dem Ruhen der Verjährung vgl. *Pfaff*, Die Verfolgungsverjährung nach § 384 AO, StBp 1978, S. 163.

Rechtsanwalt Dr. Volker Gallandi, Schwetzingen

Strafprozeßrecht im Umbruch

– Der strafprozessuale Vergleich nach den Diskussionen des 58. Deutschen Juristentages –

1. Einleitung

Der 58. Deutsche Juristentag in München hat zu einem Anschwellen der Diskussion des strafprozessualen Vergleichs in Literatur¹⁾ und zur vermehrten Publikation der noch recht spärlichen Rechtsprechung²⁾ geführt. Wurde der Wissenschaft vorgeworfen, einer 20jährigen Praxis hinterherzuhinken³⁾, zwang der Juristentag Gegner und Befürworter des Vergleichs zunächst zum streitigen Verfahren, um dann doch zu einem Abstimmungsergebnis in Annäherung kontroverser Standpunkte zu kommen⁴⁾.

Einen Rückzug zum idealen Strafprozeß, dem des streitigen Verfahrens, gibt es nun nicht mehr, das vielseitig beklagte Dahinwuchern der Praxis muß sich die Fokussierung der Problemfelder durch die Wissenschaft, die BGH- und OLG-Senate und die Führungen der Strafverfolgungsbehörden gefallen lassen⁵⁾, gleichwohl der Praktiker vor Ort immer noch zu einem „wir machen, was wir für richtig halten“ neigen könnte.

Trotz eines differenzierten Beschlußpapiers mit dem Inhalt einer bedingten Akzeptabilität des strafprozessualen Vergleichs ließ der Juristentag vieles offen. Klar war nur, daß sich der Strafprozeß langfristiger noch stärker in ein konsensuales und ein Streitiges System der Verfahrenserledigung ausdifferenzieren wird, wobei noch völlig offen ist, welche Legitimitätskrite-

rien für beide Formen bindend sein müssen, welche gesonderten Legitimitätskriterien für das konsensuale Verfahren ent-

¹⁾ Vgl. nur auszugsweise: *Hamm*, „Absprachen im Strafverfahren?“, ZRP 1990, 337 ff.; *Kintzi*, „Verständigungen im Strafrecht“, JR 1990 S. 309 ff.; *Schmidt-Hieber*, „Absprachen im Strafprozeß“, DRiZ, 1990, S. 321 ff.; *Weigend*, „Abgesprochene Gerechtigkeit“, JZ 1990 S. 774 ff., ausführlich und grundlegend das Gutachten von *Schünemann* für den 58. Deutschen Juristentag „Absprachen im Strafverfahren?“, Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, veröffentlicht u. a. in „Verhandlungen des achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages München 1990“ Bd. I Gutachten B mit interner Seitennumerierung.

²⁾ Eine gelungene Zusammenfassung enthält das Sonderheft des „Strafverteidigers“ zum 58. Deutschen Juristentag im Dokumentationsteil ab S. 47 ff. mit Entscheidungen LG Kassel (47 ff.), OLG Frankfurt (48 ff.), OLG Köln (50 ff.), LG Berlin (52 ff.), OLG Bremen (56 ff.), BGH (58 ff.), BGH (61 ff.) und BGH (62 ff.) jeweils mit Anmerkungen. Zur in BGHSt 36, 210 abgedruckten Leitentscheidung vgl. insb. *Hassemer*, JUS 1989, 890 ff.; weitere Fallbeispiele in *Dencker-Hamm*, „Der Vergleich im Strafprozeß“ 1988, S. 97 ff. 125 ff.

³⁾ So *Schaefer*, Manuskriptseite 785 zum noch nicht veröffentlichten Band II der Verhandlung des 58. Deutschen Juristentages, Diskussionsteil, erscheint wohl Anfang 1991. Zitiert künftig als Verh. 58. JurT Bd. II, Seitenangabe strafrechtlicher Teil; für die Überlassung der Manuskripte bedanke ich mich bei der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages.

⁴⁾ Vgl. unten ausführlich zu 2 c; entgegen dem Wunsch, hauptsächlich der Wis-

wickelt werden müssen und welche Änderungen des legalen Umfeldes notwendig sind⁶⁾.

Die Kritik an Verfahren und Inhalt der vergleichswisen Erledigung ist an der klassischen Dogmatik des liberalen Strafprozesses entwickelt worden. Gegenstandsbereich dieses Prozesses ist das streitige Verfahren. Für die Verständigung und den strafprozessualen Vergleich gibt es weder gültige Verfahrensregeln noch eine auch nur in Ansätzen erkennbare Dogmatik. Die Aufarbeitung der neuen Wirklichkeiten, die der Verfahrenstyp des strafprozessualen Vergleichs hervorruft, steht erst in den Anfängen. Im Folgenden soll versucht werden, nach einer notwendigerweise gerafften Bilanzierung des Diskussionsstandes darzutun, was möglicherweise bei einem rechtsstaatlich fundierten Konzept zur Regelung des konsensualen Verfahrens zu bedenken ist.

2. Die Kritik am strafprozessualen Vergleich

Die Kritiken erfassen die Bereiche Ursache, Dogmatik und Handhabung. Im Folgenden soll versucht werden, die einzelnen Typen der Kritik zu systematisieren, wobei die Kritik an externen Ursächlichkeiten (Strafrecht regelt zu viele Lebensbereiche, temporäres Ansteigen der Arbeitsbelastung durch BtM-Delikte usw.)^{6a)} ausgeklammert ist. Dies erscheint insofern als berechtigt, als der strafprozessuale Vergleich auch in verschiedenen anderen Ländern „auf dem Vormarsch“ ist und die vergleichsweise Erledigung auch in anderen Rechtsgebieten das Über-Unterordnungsverhältnis zwischen Staat und Rechtsunterworfenem aufweicht⁷⁾.

a) Fundamentalkritiken:

Sie verweisen auf die Systemwidrigkeit und die negativen Folgen der Praxis des strafprozessualen Vergleichs, verneinen eine Übereinstimmung mit dem geltenden Recht und zweifeln die Legitimität eines solchen Verfahrenstyps an. Im einzelnen:

Mit dem strafprozessualen Vergleich wird das System der genau abgewogenen, in langer Rechtsgeschichte entstandenen checks and balances zerstört⁸⁾. Das geordnete rechtsstaatliche strafprozessuale Verfahren wird zu einem Tummelplatz der Willkür der professionellen Akteure. Das personengeleitete Recht gerät zum Unrecht, weil es kein Recht mehr gibt, das die Personen leitet⁹⁾.

Dadurch werden die Vorschriften von StPO und StGB suspendiert¹⁰⁾, die Ermittlungsakten erhalten ein unerträgliches Übergewicht¹¹⁾.

Materielle Wahrheit und Gerechtigkeit werden irrelevant. Während das Ermittlungsergebnis die Diskussion leitet, hat das Verhandlungsergebnis nur noch den von den Beteiligten gewünschten Inhalt, ist also nicht einmal mehr Konstrukt der Wahrheit, sondern Konstrukt eines Verständigungsvorganges¹²⁾, es entfällt gleichsam das Bemühen um Wahrheit.

Zwischen den Profis wird der Angeklagte „zerrieben“, seine Prozeßrolle marginalisiert¹³⁾. In seinen Augen verliert das Gericht an Autorität, und die Gesellschaft versteht den Staat nicht mehr als Wahrer einer Rechtskultur, in der ein Strafprozeß durchgeführt wird, um in der gerechten Strafe zu enden¹⁴⁾. Dies führt zwangsläufig dazu, daß Gerechtigkeit und Rechtsnormen gesellschaftlich nicht mehr kommuniziert werden, das Öffentlichkeitsprinzip ist ohnehin verletzt¹⁵⁾. Schließlich ist auch der Fortbestand der Hauptverhandlung alten Stils gefährdet¹⁶⁾. Von der Entwicklung profitieren alleine die professionellen Betreiber des Strafprozesses, die sich von Arbeit entlasten, und zudem die Reichen und Cleveren, die die neue Anpassungsleistung spielend erbringen. Die Rechtsverfolgung wird noch ungleicher¹⁷⁾.

b) Kommunikationsprobleme:

Hier wird nicht das „ob“, sondern das „wie“ des strafprozessualen Vergleichs problematisiert. Das Modell der Hauptverhandlung garantiert mindestens theoretisch die gleichmäßige Information aller Beteiligten durch Präsenz aller Beteiligten, während der auf Kleingruppendiskurs hin strukturierte strafprozessuale Vergleich immer tendenziell Gruppen ausschließt:

Teilweise wird der Angeklagte nicht informiert und damit überrollt¹⁸⁾, teilweise mißlingt die Einbeziehung der Schöffen¹⁹⁾, oder das Tatopfer wird nicht miteinbezogen²⁰⁾. Die zweigleisige Kommunikation außerhalb und innerhalb der Hauptverhandlung führe schließlich zu Schauspielerlei und Drehbuchmanier²¹⁾.

c) Grenzziehungen:

Diese Kritiken halten den strafprozessualen Vergleich unter bestimmten Bedingungen und bei Ausschaltung von „Auswüchsen“ für akzeptabel. Im einzelnen:

Abreden zu Lasten Dritter werden für problematisch gehalten²²⁾. Mit der Erörterung des strafprozessualen Vergleichs gerät der Angeklagte unter Druck. Je nachdem wie massiv der Druck ist, beispielsweise bei einem in der Untersuchungshaft gebeugten Willen, wird der Angeklagte unter permanentem Grundrechtsverstoß durch die Übermacht vom Subjekt zum Objekt degradiert²³⁾.

Abreden unter Beteiligung des Richters werden für unzulässig gehalten, wenn der Richter dann möglicherweise vor der

senschaft, nach einer umfassenden dogmatischen Durchdringung hat sich bei der Abstimmung, an der nur Mitglieder teilnehmen, die Praxislinie durchgesetzt, wengleich neben wertvollen Klarstellungen auch Entscheidungen gefällt wurden, die nur dem fein differenzierenden Praktiker der höheren Ebene verständlich sind:

So sei etwa jede Äußerung des Richters über die Höhe der Strafe, wenn kein Geständnis abgelegt wird, unzulässig. Praktisch weiß aber jeder Angeklagte oder muß wissen, was ihm ein Geständnis per saldo bringt. Unklar auch, was es bedeutet, wenn ungeachtet der grundsätzlichen Legitimität und Zulässigkeit von Abreden die Prinzipien der Unschuldsvermutung, der Aufklärungspflicht, das Legalitätsprinzip, der Öffentlichkeitsgrundsatz, die Aussagefreiheit des Beschuldigten nach 136a StPO und die prozessualen Anwesenheits- und Mitwirkungspflichten und Rechte sowie die Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Beweisaufnahme bedroht sind. Ob die Praxis recht weiß, was sie mit den Beschlüssen anfangen soll, wird sich erst herausstellen.

⁵⁾ Vergleich man Wortmeldung und Profession, war auffällig, daß die Praktiker vor Ort, Staatsanwälte, Verteidiger und Tatrichter sich in einer verschwindenden Minderheit gegenüber BGH-Richtern, Leitern von Staatsanwaltschaften und Professoren befanden.

⁶⁾ Vgl. *Schünemann*, Verh. d. 58. JurT, Bd. II S. 662, *derselbe* S. 1261, 1266 ff.; *Gallandi* S. 1120, 1203.

^{6a)} Vgl. insbesondere *Hamm*, Verh. 58. JurT, Bd. II, S. 1183, 1184.

⁷⁾ Vgl. ausführlich *Schünemann*, Verh. d. 58. JurT, Bd. I, B 149–156, S. 27 FuBnote 38–40, S. 57–65; vgl. auch Urteil des BFH vom 11. 12. 1984, Az.: VIII R 131/76, Bundessteuerblatt 1985 Teil II S. 354 ff.

⁸⁾ Vgl. *Paefgen*, Verh. d. 58. JurT, Bd. II, S. 823.

⁹⁾ So *Schünemann*, Verh. d. 58. JurT, Bd. II, S. 641, 644.

¹⁰⁾ *Schünemann* aaO S. 643.

¹¹⁾ *Derselbe*, aaO S. 642.

¹²⁾ *Derselbe*, aaO S. 641, 642.

¹³⁾ *Derselbe*, aaO S. 643.

¹⁴⁾ *Derselbe*, aaO S. 644, 645; So auch *Salger*, S. 824, 826.

¹⁵⁾ So unter anderem *Richter*, aaO, S. 764, 765.

¹⁶⁾ So *Weigend*, aaO S. 966.

¹⁷⁾ So *Schöch*, aaO S. 1384, 1386.

¹⁸⁾ So *Schünemann* Gutachten, Verh. d. 58. JurT, Bd. I, S. 23 von ihm auch die plastische Formulierung, der Angeklagte sitze nicht mit am runden Tisch, er werde auch noch über denselben gezogen, Verh. d. 58. Im T, Bd. II, S. 640 ff.

¹⁹⁾ Vgl. aaO *Amelung*, S. 683.

²⁰⁾ Vgl. aaO *Richter*, S. 764, 769; *Schöch* S. 1384, 1386.

²¹⁾ Vgl. *Schünemann*, aaO S. 641, 642.

²²⁾ So *Kulenkampff*, aaO S. 1061, 1062 *Gallandi*, aaO S. 560.

²³⁾ So *Wagner*, aaO S. 804, 806, *Amelung*, S. 681, 682, *Paefgen*, S. 822.

Alternative Wortbruch oder Rechtsbeugung steht²⁴). Schließlich dürfe es auch keine Verbindlichkeit geben²⁵).

Die Beschlußfassung zum 58. Juristentag e. V. hat sich in einer Art Konditionalkritik geäußert und diese als Zulässigkeitsvoraussetzungen für den strafprozessualen Vergleich formuliert. Im einzelnen:

Ein numerisch bestimmtes Strafmaß darf nicht angegeben werden. Absprachen dürfen nur stattfinden, wenn sie im Hinblick auf die Strafzwecke und unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als gerechtfertigt erscheinen, zwingende Verfahrensvorschriften nicht entgegen stehen und sachliches Recht nicht verletzt wird²⁶). Dabei darf aber an der Schuld des Angeklagten kein vernünftiger Zweifel bestehen, das Geständnis muß auf seine Glaubhaftigkeit geprüft werden, die Aufklärungspflicht ist nur bei innerer Schlüssigkeit der Aussage und Übereinstimmung mit der Aktenlage suspendiert²⁷). Der Beschuldigte ist in die Absprache miteinzubeziehen, wenn auch eventuell über den Verteidiger. Der Beschuldigte darf nicht zu einer Verständigung gedrängt werden²⁸). Die Verständigung muß klarstellen, wer was, mit welcher Bestimmtheit, in Aussicht stellt. Bei Abweichen von der Verständigung ist es zwingend, die anderen Verfahrensbeteiligten unverzüglich darauf hinzuweisen, es gilt der Vertrauensgrundsatz²⁹). Ein Rechtsmittelverzicht darf nicht Gegenstand einer Absprache sein, Absprachen über Entscheidungen, die andere Organe zu treffen haben (offener Vollzug) sind unverbindlich und zu unterlassen³⁰).

3. Die Befürworter

Gegenüber der massiven und gut begründeten Kritik hatten es die Befürworter naturgemäß schwer³¹). Typisch ist die entschuldigende Darstellung, die Praxis habe sich Bahn geschaffen, weil sie sich bedrängt fühlte³²) und ein per strafprozessualer Vergleich beendetes Verfahren sei immer noch besser als ein verjährtes Verfahren³³). Neben Rechtfertigungsstrategien, die eher geeignet sind, den Gegnern Auftrieb zu geben, bleiben Positivarlegungen die Ausnahme. In der positiven Wertung ist der strafprozessuale Vergleich gut, weil der Richter offenlegen kann, was er denkt. Er kann das Risiko für den Angeklagten formulieren³⁴), und die Entscheidung nach Aktenlage wie beim dringenden Tatverdacht wird als durchaus systemgerecht begriffen³⁵).

Rechtsstaatlich wird der Weg weg vom starren Vergeltungsgedanken und das Bemühen um Verständigung und Konsens begrüßt, bei dem der Obrigkeitsstaat zurücktritt³⁶).

4. Das Empirieproblem

Was ist ursächlich für den strafprozessualen Vergleich? Sind es die Großverfahren, die Altverfahren oder die Massenverfahren³⁷), ist es das Personalproblem der Justiz³⁸), ist es die Länge und Kompliziertheit der Verfahren und die Pingeligkeit der Revisionsgerichte³⁹), oder sind es die überzogenen Verteidigerrechte⁴⁰)? Oder umgekehrt: Lügt sich derjenige in die Tasche, der den Strafprozeß alter Art idealisiert, weil auch dieser wahrlich genug Probleme aufweist, neben denen die Probleme des strafprozessualen Vergleichs auch nicht als gravierender erscheinen⁴¹)?

Die Phänomenologie der Strafprozeßrechtspraxis ist empirisch völlig unzureichend aufgearbeitet. Dies gilt sowohl für einzelne Prozesse unterschiedlicher „Bauart“ als auch für die Gesamtheit der Strafrechtspflege bis zur Rechtskraft des Urteils. Jeder Praktiker ist gezwungen, aus seinen Partikularerfahrungen heraus Gedanken anzustellen und Schlüsse zu ziehen, dem Theoretiker genügt oftmals der Blick auf die veröffentlichte Praxis und die hierzu veröffentlichten Gedanken.

Bei jeder empirischen Untersuchung steht das sie veranstaltende Institut vor dem Problem der Methodenwahl. Ist es besser, sich wie ein Psychiater bei der Exploration einzelne typische Fälle typischer Praktiker herauszugreifen, um sie über alle Stadien und Instanzen im Detail zu analysieren, oder ist es besser, wie der empirische Sozialforscher mit Fragebögen an möglichst viele, professionell im Strafprozeß Tätige, allgemeine Ergebnisse mit dem Anspruch breiter Wirklichkeitsrepräsentanz zu erstellen?

Wenn man ein Ergebnis hat, was sagt es aus? Wenn man eine Quote von nur 4% Freisprüchen festgestellt hat⁴²), spricht dies dann dafür, daß die Justiz sehr gut gearbeitet hat, weil nur so wenige Unschuldige angeklagt wurden, oder daß sie so schlecht gearbeitet hat, weil strafwürdige Richter auch noch viele Unschuldige verurteilt haben? Empirie soll nicht an dieser Stelle ad absurdum geführt werden, nur die Begrenztheit des Erkenntnisstandes als Reflexionsmoment in Erinnerung gebracht.

Als empirisch gesichert kann wenig konstatiert werden, so daß trotz der seit allen Zeiten bestehenden Interessengegensätze zwischen Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern und trotz der immer mit einem Strafprozeß verbundenen Arbeitsbelastung seit geraumer Zeit im Wege informeller Verständigung zwischen Praktikern die Überzeugung entstanden ist, man könne gleichsam auf den Ballast zahlreicher Verfahrensvorschriften, die sich auf eine Kontrolle einer Instanz durch die nächste Instanz beziehen, verzichten und die Komplexität des Strafverfahrens reduzieren, indem man sich um eine angemessene Erledigung bemüht und diese im Wege der Einigung erzielt.

Konsensfähig scheint ebenfalls der Befund, daß das klassische streitige Verfahren in der praktischen Ausformung zu vielerlei Pathologien geführt hat, die mit dem Ziel, in einem fairen Verfahren unter verständigen Beteiligten zu einem gerechten Urteil zu kommen, kaum vereinbar sind. Die formelle Kommunikation im Strafprozeß fordert lediglich vom Zeugen, richtig und vollständig auszusagen. Weder Staatsanwalt noch Richter, noch Verteidiger oder Angeklagter sind einer ähnlichen Vorschrift unterworfen, was strukturell notwendigerweise dazu führt, daß durch die Unklarheit über die Absichten des Gegenübers alle Varianten beabsichtigter und unbeabsichtigter Irreführung möglich sind, wodurch ein erheblicher Druck entsteht⁴³).

Konsensfähig dürfte auch die Überzeugung sein, daß sowohl der Streitige wie auch der konsensuale Prozeß ihre Güte nicht

²⁴) So exemplarisch Niemöller, aaO S. 701, 702.

²⁵) So Zschockell, aaO S. 1022.

²⁶) Vgl. letzte Fassung der Beschlüsse d. 58. Juristentages, Manuskript S. 2.

²⁷) AaO S. 4.

²⁸) AaO S. 5.

²⁹) AaO S. 6 und 7.

³⁰) AaO S. 7.

³¹) Hier droht bei weiterem Dahinwuchern der Praxis unter mehr oder minder zufälligen Anstößen seitens der höchstrichterlichen Rechtsprechung oder der Wissenschaft tatsächlich ein Auseinanderfallen zwischen Praxis und Erkenntnis.

³²) So plastisch Schlicht, Verh. d. 58. JurT, Bd. II, S. 962.

³³) Derselbe aaO, S. 963, ähnlich Froschauer S. 1140.

³⁴) So Niemöller, aaO S. 701.

³⁵) So Helmken aaO S. 1003, 1006.

³⁶) So Keller, aaO S. 704, 705.

³⁷) So Kulenkampff, aaO S. 1061.

³⁸) So Böttcher, S. 862.

³⁹) So Schlicht, aaO S. 961.

⁴⁰) So Salger, aaO S. 855/6.

⁴¹) So Söhnen, aaO S. 1120.

⁴²) Vgl. Schünemann, Gutachten Verh. d. 58. JurT, Bd. I. S. 52 m. w. N.

⁴³) Vgl. hierzu ausführlich Schünemann, aaO S. 49.

aus der blutleeren Anwendung von Strafprozeßrechtsvorschriften gewinnen, sondern durch den nicht statuierten Stil und Takt, die Rechtstreue und Redlichkeit und andere hilfreiche Normen der professionell Beteiligten⁴⁴).

Gäbe es nun umfängliche empirische Untersuchungen über die zahllosen Wirklichkeiten des streitigen wie des konsensualen Verfahrens, endend mit dem Stichtag des Abschlusses der jeweiligen Untersuchung, ist über die Entwicklung des Strafprozesses durch gestaltende Praxis immer noch nichts bekannt. Wie wird ein Staatsanwalt oder Richter in seiner Berufspraxis sozialisiert, wenn er primär streitig oder zumeist konsensual agiert? Wird er als Praktiker des streitigen Verfahrens zum Misanthrop, der hinter jedem Antrag des Verteidigers die Lüge wittert und der Äußerung des Angeklagten „ich bin unschuldig“ sowieso nicht glaubt, oder wird der am Konsensualverfahren sozialisierte Richter oder Staatsanwalt zu einem gutmütigen Händler auf einem Basar zweifelhafter Gerechtigkeit, wenn man um zu verbüßende Jahre im Gefängnis, Berufsverbote und Geldbußen feilscht?

Hier wird nicht nur die Frage aktuell, wie sich Praktiker unterschiedlicher Grundauffassungen gegenseitig beeinflussen, sondern auch, ob nicht die Gefahr des dauerhaften Verlustes rechtsstaatlichen Normbewußtseins dadurch droht, daß die im Bereich informeller Kommunikation erfahrenen Praktiker gar nicht mehr wissen, welche rechtsstaatlich zwingenden Normen als Merkposten beachtet werden müssen⁴⁵). Noch drastischer:

Wem es auf eigene Arbeitsentlastung ankommt, ist möglicherweise völlig egal, was ein Gesetzgeber zum strafprozessualen Vergleich in Gesetzesform gießt⁴⁶).

5. Eigene Meinung

Die duale Entwicklung des Strafprozeßrechts hin zu einer optimalen Ausformung des Konsensualverfahrens, aber auch des streitigen Verfahrens, wird um eine gut und vermutlich auch langwierig durchdachte Fundierung unter Zuhilfenahme aller Erkenntnismöglichkeiten nicht herumkommen. Jede gesetzliche Regelung im Sinne eines Schnellschusses führt wahrscheinlich nicht zu einem Zufallstreffer, sondern zur Kurzlebigkeit der Regelung. Im Folgenden wird der Gang des Strafverfahrens vom Anfangsverdacht bis zur Rechtskraft stufenweise beschrieben und dabei jeweils dargetan, welche rechtsstaatlichen Errungenschaften verlustig zu gehen drohen und daher im Konsensualverfahren gesondert, das heißt für dieses Verfahren effektiv gestaltet und abgesichert werden müssen.

a) Das Vorverfahren

Obwohl alle von Schönemann beschriebenen Skrupel auch im Hinblick auf Verfahrenserledigungen nach § 153a StPO oder im Strafbefehlsverfahren formulierbar sind, gelten diese die Zustimmung des Rechtsunterworfenen fordernden Vorschriften weitgehend als praktisch bewährt⁴⁷).

Genaugenommen stellen sich hier jedoch bereits die ersten Legitimitätsfragen: Der nicht von einem Verteidiger vertretene Beschuldigte muß ohne Akteneinsicht entscheiden, ob er den Strafbefehl annimmt. Weiß er, daß die darin ausgesprochene Strafe der aus dem Gerichtsurteil gleichsteht? Weiß er um die Eintragung im Bundeszentralregister oder das Führungszeugnis? Kennt er eventuelle ausländerrechtliche Konsequenzen? Wie wehrt er sich, wenn ihn der Amtsrichter – ohnehin überlastet – zu Anfang der Verhandlung auffordert, den Einspruch gegen den Strafbefehl zurückzunehmen? Was rät der Verteidiger, wenn er ihn hat? Rät er zum Prozeß, weil er dann höhere gesetzliche Gebühren erhält? (paradoxes Gebührensystem der BRAGO im Strafrecht: Wer lange Prozesse führt, erhält die immer höher werdenden Gebühren der Instanzen statt umge-

kehrt). Rät der Verteidiger zu einer Einstellung nach § 153a StPO, weil der Staatsanwalt widrigenfalls Anklage zur Wirtschaftsstrafkammer angedroht hat?

Niemand weiß, ob durch die gängige Praxis der zahllosen 153a- und Strafbefehlsverfahren der Rechtsstaat Schaden nimmt, wieviele Unschuldige Sanktionen akzeptieren, um nicht vor Gericht erscheinen zu müssen, wieviele Beschuldigte viel zu niedrig sanktioniert werden usw. Wer umgekehrt die positiven Seiten dieses Verfahrenstypus akzentuiert, das Ersparen der Hauptverhandlung, die freiwillige Selbstunterwerfung, die Resozialisierung durch ein konsensuales Verfahren usw. kommt nicht umhin, die Differenzierung zwischen diesen Verfahren und allen anderen Verfahren herauszuarbeiten, wenn die konsensorientierte Verfahrenserledigung verworfen werden soll. Wenn der Angeschuldigte bei der Festsetzung einer niedrigen Strafe mitreden darf, warum nicht bei der Festsetzung einer hohen Strafe?

Hinter diesen offenkundigen Problemen stehen Basisprobleme ganz anderer Art:

Wer sich auf die Diskussion über die Einstellung eines Verfahrens oder den Strafbefehl einläßt, muß zur Vermeidung eines unrichtigen Ergebnisses den Inhalt der Ermittlungen kennen, und es muß sichergestellt sein, daß das Ermittlungsergebnis vollständig dokumentiert ist. Unvollständige Vermerke, Vernehmungen ohne rechtlich notwendige Belehrungen, methodisch unzureichende Gutachten, jede Form der oberflächlichen oder irreführenden Ermittlungsarbeit kann die Erledigung eines Verfahrens in Frage stellen, die nur auf Kenntnis der Akten beruht. Das Empirieproblem geht noch weiter:

Handelt es sich um Vorwürfe, die eine hohe Komplexität der Sach- und Rechtslage beinhalten, ist die gewillkürte Begrenzung des Aufklärungsgrundsatzes fast vorprogrammiert. Der bei einem Umweltdelikt eines Großkonzerns ermittelnde Staatsanwalt wird der Widerlegung des Vorwurfs durch die technische Betriebsleitung nicht eine eigene Analyse entgegenzusetzen können, mit der man möglicherweise nachweist, daß die betreffenden Chemikalien in dem Unternehmen sehr wohl im Sinne einer fahrlässigen Umweltgefährdung an dieser und jener Stelle austreten und ins Grundwasser treten können. Umgekehrt wird der Verkehrsstaatsanwalt, der die Rechtsprechung der Amtsgerichte bei 1,6 Promille kennt, keine große Flexibilität beim Strafbefehl zeigen. Allgemein formuliert:

Je komplexer die Sach- und Rechtslage ist, d. h., je komplexer sie durch einen der Beteiligten aus Sach- oder Rechtsgründen gemacht werden kann, um so wahrscheinlicher ist eine Einigung auf der Basis des bloßen Verdachts. Schlimmstenfalls könnte man annehmen, es sei so, bestenfalls, es sei anders, man einigt sich in der Mitte, ohne aufzuklären. Leitgedanke der Einigung ist im Zweifelsfall das erwünschte Ergebnis.

Eine weitere Fehlerquelle in diesem Stadium ist das fehlende Know-how bei der Kontrolle der Ermittlungen. Gegenüber den ausgebauten Polizeiapparaten von BKA und LKA, dem enormen Sachwissen spezialisierter Steuerfahnder oder anderen Ausformungen der Überlegenheit der Ermittler könnten sich Mitglieder des Rechtsstabes im Interesse eines fairen und gerechten Prozesses nur zur Wehr setzen, wenn man viel Mühe und Arbeit auf die Überprüfung verwenden würde. Faktisch findet daher nur eine Inzidentkontrolle der Aktenteile auf innere Schlüssigkeit statt, häufig nicht einmal diese, weil sich wesentliche Beweismittel in Spurenakten, Beweismittelbänden oder an beliebiger Stelle befinden, so daß weder Vollständig-

⁴⁴) So *Widmaier*, Verh. d. 58. JurT. Bd. II, S. 885, 887.

⁴⁵) In dieser Richtung *Salger*, aaO, S. 1165, vgl. auch *Froschauer*, aaO S. 1125.

⁴⁶) So *Hamm*, aaO S. 1183.

⁴⁷) Kritisch beim Juristentag *Kintzi*, aaO S. 1142, 1145.

keit noch Richtigkeit der zur Kenntnis gegebenen Akten nachhaltig festgestellt werden können.

Alle Praktiken, Vorschriften und Regelungen im Vorverfahren, die auf den möglichen Verdacht abstellen, der Verteidiger oder der Beschuldigte könnten die Ermittlungen in unzulässiger Weise beeinflussen⁴⁸⁾, so daß ein Fernhalten von Zeugenvernehmungen, ein Vorenthalten von Informationen usw. gerechtfertigt sei, sind für das Konsensualverfahren unanwendbar. Die Herstellung informationeller Gleichheit durch Einbeziehung der Verteidigung im Vorverfahren und durch vollständige Akteneinsicht sind zwingende Folgerungen aus der Bereitschaft der Staatsanwaltschaft, in eine konsensuale Verfahrenserledigung einzutreten.

Dies führt allerdings zu einer zweiten Maxime, die allen nicht-strafrechtlichen Verfahrenstypen innewohnt, die auf das Element der streitigen, vom Mündlichkeitsprinzip geprägten Hauptverhandlung verzichten können: das Schriftlichkeitsprinzip.

Fehler im Konsensualverfahren sind vorprogrammiert, wenn nicht jeder Akt der Verständigung in Vermerksform dokumentiert und gegengezeichnet wird. Umfang der Akteneinsicht, Versicherung der Staatsanwaltschaft, daß keine weiteren Beweismittel vorhanden sind, Bereitschaft zum Eintritt in Gespräche mit dem Ziel einer Sanktionierung des Verhaltens des Beschuldigten, all dies müßte optimal dokumentiert werden, um späteren Einwendungen beim Scheitern der Verhandlungen von vornherein den Boden zu entziehen.

Die Dokumentationspflicht ließe sich in den RiStBV statuieren. Bei fehlender Dokumentation könnte der nichtwiderlegbare Vorwurf (bin getäuscht worden, unter Druck gesetzt worden usw.) zu einer automatischen Anfechtbarkeit eventuell gegebener Zusagen, Geständnisse usw. führen.

Von der Dokumentationspflicht eingeschlossen werden sollte das konkrete Machtverhältnis. Da es nie um Freispruch, sondern um Sanktion geht und ein herrschaftsfreier Diskurs ausgeschlossen ist, müssen gerade der Beschuldigte und sein Verteidiger die Möglichkeit haben, konkret zu formulieren, ob man sich einem Druck ausgesetzt fühlt, und wenn ja, welchem. Verzichtet man darauf, hat der Staatsanwalt keine Möglichkeit, im Hinblick auf einen möglichen unzulässigen Druck („ich mach hier nur mit, weil ich so lange in Haft bin“) zu reagieren, so daß eine spätere Reklamation im Präklusionswege ausgeschlossen ist.

Gegenüber dem massiven Druck lang andauernder Untersuchungshaft dürfte es allerdings nicht genügen, den Konsens der Beteiligten, dessen Entstehung nicht immer festgestellt werden kann, als ausreichenden Schutz zu betrachten. Ab einer bestimmten genau festzusetzenden Dauer der Untersuchungshaft muß es möglich sein, seitens des Beschuldigten jeden strafprozessualen Vergleich beliebig und ohne Nennung von Gründen anzufechten⁴⁹⁾. Damit wissen alle Beteiligten, daß ab diesem Zeitpunkt der Vergleich nicht mehr möglich ist, so daß alleine das streitige Verfahren zählt.

b) Das Hauptverfahren

Das Hauptverfahren setzt eine Funktionalität dahin gehend voraus, daß alle Beteiligten gleichzeitig und mündlich über denselben Gegenstand kommunizieren. Entfällt diese Funktion durch Kleingruppengespräche, müssen formelle Regeln sicherstellen, daß die Information der Beteiligten in angemessenem Umfang stattfindet. Auch hier wird ein Dokumentieren der Kommunikationsvorgänge zur Vermeidung von Einwänden unerlässlich sein.

Bedenkzeiten und Besprechungszeiten für die Kammer, den Angeklagten und seinen Verteidiger, den Nebenkläger und das Opfer, den Staatsanwalt und den Behördenleiter müssen im Interesse eines Brainstorming zur vollständigen Abklärung der Sach- und Rechtslage institutionalisiert werden.

Es wird sich nicht vermeiden lassen, den Aufklärungsgrundsatz für das konsensuale Verfahren zur Disposition der Beteiligten zu stellen. Dies wiederum wird dadurch erträglich zu gestalten sein, daß jederzeit zwischen streitigem und konsensualem Verfahrenstyp gewechselt werden kann, mit der Folge des Wiederauflebens der Aufklärungspflicht. Konsequenterweise kann dann eine eventuelle Vorleistung des Angeklagten, ein Geständnis, welches auf dem im Konsensualverfahren geschaffenen Vertrauen beruht, nicht verwertbar sein, weswegen ein Anfechtungsrecht bestehen muß.

Ebenso wie der Aufklärungsgrundsatz ist die am streitigen Verfahren entwickelte Rechtsprechung zur Besorgnis der Befangenheit unanwendbar, Äußerungen im konsensualen Verfahren sind insofern nicht rügar. Der möglicherweise noch weitergehenden Einschränkung des § 338 StPO müßten möglicherweise Erweiterungen etwa des § 338 Ziffer 5 in Erstreckung auf den Verständigungsprozeß gegenübergestellt werden.

6. Zusammenfassung:

Es werden Gesetzesänderungen notwendig sein, die die Eigenarten des Verfahrenstyps der konsensualen Erledigung ebenso erfassen wie den Übergang vom streitigen zum konsensualen Verfahren und umgekehrt. Ähnlich der Hauptverhandlung muß auch für das konsensuale Verfahren formalisiert werden, welche Gültigkeitsvoraussetzungen und welche Regeln der Abwicklung und Beendigung bestehen.

Nur dadurch wird klargestellt, was bei einvernehmlicher Erledigung erlaubt und verboten ist, wer alleine informell agiert, weiß um seine Rechtlosigkeit im Revisionsverfahren.

Nicht erörtert wurde an dieser Stelle die komplexe Problematik, in welchem Umfang Ermittlungsformen, die die Eigenheiten des streitigen und des konsensualen Verfahrens unberücksichtigt lassen, Stichworte: V-Mann-Einsätze, Agent provocateur, illegales Abhören, die Machtbalance zwischen Staat und Beschuldigtem derart verschieben können, daß das Konsensualverfahren inakzeptabel wird.

Mit dem Schriftlichkeitsprinzip, das gesetzlich durch die Pflicht zu Verhandlungs- und Wortprotokollen geregelt werden könnte, kann sichergestellt werden, daß die einzelnen Phasen der Annäherung und Einigung ebenso unmißverständlich festgelegt werden wie die Voraussetzungen, unter denen die Beteiligten handeln. Die Notwendigkeit, diese Voraussetzungen (Würdigung des Beweisergebnisses) darzutun, führt zum Zwang der Reflexion über die Sach- und Rechtslage, die in der Schnelligkeit der mündlichen Erledigung rasch verlorengehen kann⁴⁹⁾.

Die punktuelle Anfechtbarkeit im Konsensualverfahren an verschiedenen Punkten der Weichenstellung ist aufgrund der Unterschiedlichkeit der konsensualen und streitorientierten Systeme akzeptabel und stellt ein Äquivalent zur Reduzierung der Komplexität her, die durch jeden Schritt der Einigung voll-

⁴⁸⁾ Faktisch führt jedes Bemerkens einer so verstandenen Unfairness dazu, daß sich für den laufenden Prozeß Konfliktpotential mit Eigendynamik anhäuft. Der Staatsanwalt wird angegriffen, weil er den Verteidiger nicht informiert hat, der Angeklagte bekommt ein irreversibles Mißtrauen in die Justiz usw.

⁴⁹⁾ Dies entspricht dem amerikanischen nolo condere, vgl. Gallandi, „Vertrauen im Strafprozeß“ MDR 1987, S. 801, 804.

zogen wird. Mit der Anfechtbarkeit des Vergleichs ab einer bestimmten Dauer der Untersuchungshaft wird ein Zwang zum streitigen Verfahren statuiert. Ebenso wird sich im Laufe der näheren Durchdringung herausstellen, ob weitere absolute Druckbegrenzungen im Machtkampf, der sich beim konsensualen Verfahren abspielt, notwendig sind.

Systemwidrig bleibt jede Kronzeugenregelung, da die Anerkennung des Aufklärungshelfen als ein glaubwürdiges, zur Über-

führung Dritter hinreichendes Beweismittel nicht nur die Kontrollmaxime im streitigen Verfahren suspendiert⁵⁰⁾, sondern auch dazu führt, daß im Konsensualverfahren über den Dritten (Mitangeklagten o. ä.) verhandelt und dieser zum Objekt des Strafverfahrens degradiert wird.

⁵⁰⁾ Vgl. ausführlich: Turner/Gallandi, „Kronzeuge und strafprozessualer Wahrheitsbegriff“, ZRP 1988, S. 117 ff.

Professor Dr. Wilfried Botke, Augsburg

Das Wirtschaftsstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Lösungen und Defizite (2. Teil)

Inhaltsübersicht

(Heft 1/1991)

A. Grundlegung

I. Einige kriminologische Aussagen zur Wirtschaftsdelinquenz in der BRD

II. Normative Vorgaben

1. Das Grundgesetz

2. Die Europäische Gemeinschaft

B. Bemerkungen zum geltenden Wirtschaftsstrafrecht der BRD *de lege lata*

I. Überblick über die Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts seit dem WiStG von 1954

1. WiStG 1954

2. Maßnahmen der 70er und 80er Jahre

II. Rechtsgutorientierte Charakteristik einzelner ausgewählter Tatbestände des StGB

III. Relevanz des Nebenstrafrechts

IV. Drittes Zwischenergebnis

(Heft 2/1991)

V. Probleme der Definition des Tatzuständigen

VI. Die Aufsichtspflicht in Unternehmen und Betrieben

VII. Die Verbandsgeldbuße nach § 30 OWiG

C. Prolegomena einer Reformdiskussion

I. Arbeitsweise

II. Dringlichste Reformthemen

V. Probleme der Definition des Tatzuständigen

Wie kaum eine andere deliktische Begehungsweise, so ist die Unternehmenskriminalität durch spezifische Zurechnungsprobleme charakterisiert. Indem Unternehmen so organisiert sind, daß möglichst effiziente Arbeitsteilung und Dezentralisierung gesichert sind, fallen unternehmenstypisch Verantwortung und risikozufügende Handlung auseinander. Die Vorschriften des StGBs über die Beteiligung an einer Straftat (§§ 25 ff. StGB) beheben dieses Problem nicht. Zudem knüpft das Wirtschaftsstrafrecht häufig an Sonderpflichten an, die zumindest ursprünglich nur den Unternehmensinhaber treffen. Das Wirtschaftsstrafrecht schafft damit Sonderdelikte, die die Täterschaft nicht schon an den Vollzug der tatbestandsmäßigen Handlung knüpfen, wie es dem Leitbild strafrechtlicher Täter-

bestimmung in § 25 Abs. 1, 1. Alternative StGB entspricht, sondern an objektive oder subjektive Qualifikationen, die die untergeordneten Ausführungsorgane von Wirtschaftsunternehmen typischerweise gerade nicht besitzen⁹⁹⁾. Da der unmittelbar Handelnde nach der strafrechtlichen Norm, die die Verletzung der Sonderpflicht des Betriebsinhabers sanktionsbewehrt, nicht bestraft werden kann, weil er die sonderpflichtkonstitutive objektive oder subjektive Qualifikation nicht besitzt, reicht selbst die grundsätzliche Anerkennung einer die Inhaber von Leitungs- und Aufsichtsbefugnissen in Wirtschaftsunternehmen treffenden Garantenstellung¹⁰⁰⁾ nicht hin, um die präventive Kraft der sonderdeliktischen Strafnorm zu erhalten.

1. Vor die Wahl gestellt, entweder erstens denjenigen straflos zu lassen, der für einen sonderpflichtigen Gewerbetreibenden, Arbeitgeber, Unternehmer oder Betriebsinhaber handelt, der die tatbestandsspezifische Täterqualifikation aufweist, oder zweitens eine Vertreterhaftung der untergeordneten Ausführungsorgane anzunehmen oder zu schaffen oder/und drittens das Unternehmen selbst haften zu lassen, hatte eine sog. „faktische Betrachtungsweise“¹⁰¹⁾ vor Inkrafttreten der §§ 14 StGB, 9 OWiG, 130 OWiG die Täterschaft an die tatsächliche Wahrnehmung eines bestimmten Verantwortungsbereiches angeknüpft; praktische Relevanz erlangte diese Konstruktion vor allem für den faktischen Geschäftsführer.

2. Da die faktische Betrachtungsweise letztlich dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz sowie dem in Art. 103 II GG niedergelegten Analogieverbot zuwiderlief, trug der Gesetzgeber dem Bedürfnis, denjenigen strafrechtlich fassen zu können, der für einen anderen handelt, ohne die tatbestandsspezifische Täterqualifikation aufzuweisen, durch die §§ 14 StGB, 9 OWiG Rechnung, ohne freilich weder vollständige Klarheit zu schaffen noch alle kriminalpolitischen Desiderate zu erfüllen¹⁰²⁾.

a) Die heute gültige gesetzliche Regelung der Vertreterhaftung unterscheidet in den §§ 14 StGB, 9 OWiG zwischen der sog. „Organhaftung“ (§ 14 I StGB, 9 I OWiG) (aa) und der „Substitutenhaftung“, der Haftung des gewillkürten Stellvertreters in §§ 14 II StGB, 9 II OWiG (bb).

aa) Nach §§ 14 I StGB, 9 I OWiG ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit begründen, auf jemanden anzuwenden, der als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person

⁹⁹⁾ Instruktor so Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979, S. 7.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Schönemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, 1979.

¹⁰¹⁾ Brun, Faktische Betrachtungsweise und Organhaftung, in: JZ 1958, S. 461 ff.

¹⁰²⁾ Roxin, in: LK, StGB, 10. Aufl., § 14 Rdn. 1.