

Monatsschrift für Deutsches Recht

41. Jahrgang

Heft 10 / Oktober 1987

Seiten 793–880

Unter Mitwirkung von Prof. Dr. Arwed Blomeyer, Berlin; Rechtsanwalt beim BGH Prof. Dr. Hans Erich Brandner, Ettlingen; Ministerialdirigent a. D. Dr. Eduard Dreher, Bonn; Rechtsanwältin Gisela Goebel, Hamburg; Günter Holtz, Vors. Richter am OLG a. D., Hamburg; Hans Jürgen Kitzing, Vors. Richter am OLG a. D., Hamburg; Dr. Karl-August Klauser, Vors. Richter am OLG, Freiburg; Dr. Hermann Krauth, Richter am BGH, Karlsruhe; Prof. Dr. Karl Lackner, Heidelberg; Staatssekretär a. D. Dr. Hermann Maassen, Bonn-Bad Godesberg; Oberamtsrat a. D. Reiner-Jakob Otto, Karlsruhe; Rechtsanwalt Dr. Erwin Paterna, Hamburg; H. W. Schmidt, Vors. Richter am BGH, Karlsruhe; Dr. Egon Schneider, Richter am OLG Köln; Oberlandesgerichtsrat a. D. Dr. Günther Schultz, Hamburg; Dr. Friedrich B. Sieveking, Vors. Richter am BVerwG a. D., Berlin; Dr. Gerhard Sittel, Vors. Richter am OLG Hamburg; Prof. Dr. Herbert Tröndle, Präsident des LG a. D., Waldshut-Tiengen; herausgegeben von Rechtsanwalt Dr. Kurt Mittelstein, Hamburg

MDR 10/87

AUFSÄTZE UND RUNDSCHAU

Peter Bringewat		Sperrwirkung einer i. S. d. § 55 StGB „früher“ erkannten Gesamtstrafe?	S. 793	
Günter Holtz		Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	S. 797	
Volker Gallandi		Vom fehlgeschlagenen Vergleich und der Bedeutung nicht formalisierter Regeln der Verständigung im Strafprozeß	S. 801	
Max Vollkommer		Zeitliche Grenzen der Zuständigkeitsbestimmung bei Streitgenossenschaft	S. 804	
Rainer Sinhuber		Aus der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte	S. 806	
Rüdiger Zuck		Blick in die Zeit – Nichtraucher	S. 808	
Jutta Breiholdt		Das „Kopplungsverbot“ in der Rechtsprechung	S. 808	
Egon Schneider		Anmerkungen zu Artikel 10 § 3 Mietrechtsverbesserungsgesetz (MRVerbG)	S. 810	
		Problemfälle aus der Prozeßpraxis – Berufung mit dem Ziel der Antragsänderung	S. 811	
		Bundesverfassungsgericht		
Bundesverfassungsgericht	14. 4. 87	1 BvR 332/86	Zur Anordnung über einen Wechsel der Pflegeeltern	S. 813
Bundesverfassungsgericht	14. 4. 87	1 BvR 775/84	Zur Grundrechtsfähigkeit öff.-rechtl. Sparkassen	S. 813
Bundesverfassungsgericht	14. 4. 87	1 BvR 162/84	Unzulässige Präklusion mangels Verschulden	S. 814
Bundesverfassungsgericht	26. 3. 87	2 BvR 589/79	Einstellung Privatklageverfahrens wegen Geringfügigkeit	S. 815
		740/81, 284/85		
		Zivilgerichte		
Bundesgerichtshof	26. 2. 87	I ZR 110/85	Zum Aufrechnungsverbot des § 32 ADSp	S. 816
Bundesgerichtshof	5. 2. 87	I ZR 56/85	Bindung der Marke an Geschäftsbetrieb als ordre-public	S. 817

41. Jahrgang

Heft 10 / Oktober 1987

Seiten 793–880

Verlag Dr. Otto Schmidt KG · Köln · Hamburg

Ferner hatte er 1982 und 1983 mindestens 50 kg Haschisch an 2 ausländische Händler veräußert, die es dann nach Deutschland zum Weiterverkauf an deutsche Abnehmer brachten. Das LG hatte ihn deshalb wegen fortgesetzten, teilweise gemeinschaftlichen Handels mit Betäubungsmitteln verurteilt, nachdem er von Spanien nach Deutschland ausgeliefert worden war. Hierzu führte der BGH auf die Revision des A aus¹⁵⁾:

„Der Spezialitätsgrundsatz ist im Zusammenhang mit der Auslieferung des A . . . nicht verletzt . . . (Danach) darf der Ausgelieferte nicht wegen einer anderen, vor der Übergabe begangenen Handlung als derjenigen verfolgt werden, die der Auslieferung zugrunde liegt (Art. 14 Abs. 1 EuAIÜbK). Der Grundsatz ist hier beachtet. Dieser Annahme steht nicht entgegen, daß zwei Einzelfälle, deretwegen der A im Rahmen der fortgesetzten Handlung verurteilt worden ist, nicht . . . in dem Haftbefehl des AG Düsseldorf vom . . . aufgeführt sind, auf den die Bewilligung der Auslieferung in den Beschlüssen des spanischen Gerichts . . . gestützt worden ist . . . In dem Haftbefehl wurde der A beschuldigt, in den Niederlanden und der Bundesrepublik ,von mindestens Januar 1978 bis mindestens 24. September 1984 fortgesetzt, gewerbsmäßig und teilweise gemeinschaftlich mit Betäubungsmitteln . . . Handel getrieben und solche Betäubungsmittel teilweise tateinheitlich hiermit . . . in die Bundesrepublik eingeführt zu haben.' Die Auslieferung wurde bewilligt ,zum Zwecke der Strafverfolgung wegen Handels mit Betäubungsmitteln, auf den sich der Haftbefehl des AG . . . bezieht.' Es kann auf sich beruhen, ob sich diese Bewilligung auf alle – auch ungenannte – Einzelakte erstreckt, die der fortgesetzten Handlung als Tat prozeßrechtlich zuzuordnen wären¹⁶⁾. Erfasst sind jedenfalls solche Fälle, die . . . in dem genannten Zeitraum liegen und sich dem von dem spanischen Gericht verwendeten Begriff des ,Handels mit Betäubungsmitteln in großen Mengen von den Niederlanden nach Deutschland' zurechnen lassen. . . .

¹⁵⁾ Wiedergabe weiterer Urteilsgründe in MDR 1987, 684.

¹⁶⁾ Unt. Bez. auf BGHSt 15, 125 = MDR 1961, 79.

Der Spezialitätsgrundsatz wird nicht dadurch verletzt, daß der im Haftbefehl . . . enthaltene Vorwurf der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln . . . im angefochtenen Urteil nicht erhoben wird. Der Wegfall dieses Vorwurfs läßt die Auslieferungsfähigkeit der Tat unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Handeltreibens unberührt, unter dem die Auslieferung bewilligt worden ist. Wie das spanische Gericht . . . ausgeführt hat, ist das Vorgehen des Handels mit Betäubungsmitteln in großen Mengen nach dem Recht beider Staaten mit Freiheitsstrafe bedroht, deren Höchststrafe ein Jahr übersteigt; damit ist das Erfordernis beiderseitiger Strafbarkeit gem. Art. 2 Abs. 1 EuAIÜbK erfüllt. Auch ergibt die Auslegung der Auslieferungsbewilligung, nach deren Inhalt sich der Umfang der Bewilligung in erster Linie richtet, daß das Handeltreiben mit Deutschlandbezug im Vordergrund der Entscheidung steht und die mit dem Einfuhrvorwurf verknüpfte Tatortfrage demgegenüber an Bedeutung zurücktritt. Das spanische Gericht hat die Bewilligung der Auslieferung ,zum Zwecke der Strafverfolgung wegen Handels mit Betäubungsmitteln' beschlossen, ,auf den sich der Haftbefehl des AG . . . bezieht'. . . Das spanische Gericht hat auf Einwand des A die Möglichkeit, daß Tatort für die Tat allein die Niederlande seien, bei der Prüfung in Betracht gezogen und die Bewilligung ausdrücklich auch für diesen Fall für zulässig erklärt. Hierzu hat es ausgeführt: Selbst wenn der Ort der Begehung der Straftaten zweifelhaft wäre und angenommen werden könnte, daß die Handlungen außerhalb des ersuchenden Staates begangen worden seien, so wäre dies kein Hinderungsgrund für die Bewilligung. Art. 7 Abs. 2 EuAIÜbK berechtige lediglich, verpflichte aber nicht zur Ablehnung der Auslieferung für den Fall, daß Umstände vorlägen, auf Grund derer die extraterritoriale Strafverfolgung nicht zulässig sei oder die Straftat nicht zu denen gehöre, die Gegenstand der Auslieferung seien; diese Umstände seien nach spanischem Recht hier nicht gegeben. Infolgedessen sei die Bewilligung zulässig.“

– 3 StR 11/87, Urt. v. 8. 4. 1987¹⁸⁾

Vertrauen im Strafprozeß

Vom fehlgeschlagenen Vergleich und der Bedeutung nicht formalisierter Regeln der Verständigung im Strafprozeß

Von Rechtsanwalt Dr. VOLKER GALLANDI, München

I. Vertrauen im Strafprozeß mag manchem Kollegen geradezu als Fremdkörper vorkommen angesichts der heftigen und notwendigen Auseinandersetzungen, die sich, sachlich geboten, im Strafverfahren abspielen und abspielen müssen. Tatsächlich ist allerdings im wissenschaftlichen Bereich anerkannt und bei allen Praktikern bekannt, daß das Strafverfahren zum großen Teil auf informellen Programmen basiert, wozu das Vertrauen als Grundelement menschlicher Verständigung gehört¹⁾.

Zur Praxis des Vertrauens im Strafprozeß sollen zunächst Beispielfälle benannt und es soll die Frage nach Richtigkeitskriterien für den strafprozessualen Vergleich gestellt werden.

II. Beispielfälle

a) Der „Wortbruch“ der Staatsanwaltschaft

Der Angeklagte ist vor dem Amtsgericht zu einer vergleichweisen hohen Strafe verurteilt worden. Vor dem Landgericht regt der Kammervorsitzende die Rücknahme der Berufung an. In einer Absprache wird seitens des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft in Aussicht gestellt, daß gem. § 456a StPO eine Abschiebung des ausländischen Angeklagten nach Verbüßung der Hälfte der Strafe stattfinden dürfte.

¹⁾ Vgl. Hassemer, „Informelle Programme im Strafprozeß“, Strafverteidiger 1982 S. 377 ff.

Auf diese Ankündigung hin wird einvernehmlich die Berufung zurückgenommen. Später stellt sich die Vollstreckungsabteilung der Staatsanwaltschaft auf den Standpunkt, der Sitzungsvertreter hätte eine solche Zusage nicht machen dürfen, Vollstreckung falle in den Zuständigkeitsbereich der Vollstreckungsabteilung, nicht aber des Sitzungsvertreters. Der Abteilungsleiter der Vollstreckungsabteilung der Staatsanwaltschaft teilt dem Verteidiger mit, der Vorsitzende Richter habe den Vortrag über die Abmachung zwar nicht bestätigt, er persönlich glaube aber dem Verteidiger, und deswegen sei man zu einer Kompromißlösung bereit.

b) Der „Wortbruch“ des Richters

Der Vorsitzende Richter einer großen Strafkammer regt in einem Vergewaltigungsprozeß eine Unterbrechung der Hauptverhandlung an, als die Beweisaufnahme in ein problematisches Stadium getreten ist. Angesichts des Beweisergebnisses der bisherigen Hauptverhandlung gibt es nur die Alternative, entweder unter massiver Belastung aller Beteiligten einschließlich der Nebenklägerin weiter zu verhandeln oder aber sich auf einen Kompromiß zu einigen. Der Verteidiger regt eine einvernehmliche Lösung auch zur Opferschonung an, die darin besteht, daß die Beweisaufnahme nicht weiter durchgeführt wird, sondern plädiert und auf eine Bewährungsstrafe erkannt wird. Der Richter gibt zu erkennen,

daß die Kammer einer solchen Lösung zustimmt, wenn die Staatsanwaltschaft mitmache. Der Staatsanwalt erklärt sich einverstanden, dies wird dem Vorsitzenden mitgeteilt, der die Mitteilung nur mit einem kurzen „ja gut“ kommentiert.

Entsprechend der Vereinbarung werden auf Anfrage des Vorsitzenden Beweisanregungen der Verteidigung zurückgenommen, der Staatsanwalt beantragt eine Bewährungsstrafe, ebenso die einbezogene Nebenklage. Während der Urteilsberatung ist das Gericht im Beratungszimmer, der Verteidiger im direkt benachbarten Sitzungssaal. Die Kammer verkündet dann ohne Vorwarnung das Urteil, 2½ Jahre Haft.

c) Der „Wortbruch“ des Anstaltsleiters

Es findet ein Vorstoß des Verteidigers statt, der beabsichtigt, ein Verfahren bei dem Amtsgericht, eine Berufung bei dem Landgericht und die Vollstreckungsfrage zu regeln, indem eine Absprache getroffen wird, an der der Anstaltsleiter der zuständigen JVA, der Staatsanwalt, der Vorsitzende Richter des Berufungsgerichts und der Richter des Amtsgerichts beteiligt sind. Man einigt sich auf eine Rücknahme der Berufung und den offenen Vollzug ab dem ersten Tag. Später stimmt die zuständige Einweiskommission der JVA dem offenen Vollzug nicht zu, das Gericht erklärt die Anfechtung der Berufungsrücknahme für zulässig²⁾.

d) Der „Wortbruch“ des Rechtsanwalts

In dem Verfahren gegen einen Angeklagten aus der Zuhälterzene ist auf Grund der Erfahrungen mit der betreffenden Kammer mit einer Freiheitsstrafe zwischen 2 und 3 Jahren ohne Geständnis zu rechnen. In aufwendigen Verhandlungen zwischen dem Staatsanwalt, dem Verteidiger und der gesamten Kammer findet eine Einigung dahingehend statt, daß im Falle eines Geständnisses die Beweisaufnahme beendet und eine Strafe von anderthalb Jahren ohne Bewährung verhängt wird.

Der Angeklagte stimmt auf Anraten seines Verteidigers zu. Er legt verabredungsgemäß das Geständnis ab. Obwohl nicht ausdrücklich darüber geredet worden war, sollte eine Rechtsmittelverzichtserklärung entweder unmittelbar nach Verkündung des Urteils oder aber durch einen gesonderten Schriftsatz erfolgen. Der Verteidiger schickt nur einen Vertreter zur Urteilsverkündung, der durch einen kanzleiinternen Fehler nicht über die Notwendigkeit einer Rechtsmittelverzichtserklärung unterrichtet worden war. Als der von einem auswärtigen Termin zurückgekehrte Verteidiger selbst Rechtsmittelverzicht einlegen will, erfährt er, daß der Mandant zwischenzeitlich einen anderen Anwalt beauftragt und dieser Revision eingelegt hat. Der Vorsitzende Richter wirft dem Verteidiger, der das Ergebnis ausgehandelt hat, plausiblerweise Unzuverlässigkeit vor.

III. Vom Wesen des Vertrauens

Die Diskussion über den strafprozessualen Vergleich steht erst am Anfang. Teile der Praxis arbeiten mit Absprachen, andere nicht³⁾. Die vorangegangenen Beispiele zeigen, daß sich Absprachen nicht auf Wirtschaftsstrafverfahren beschränken⁴⁾ und daß Absprachen unterschiedliche Entscheidungsträger kennen, nämlich sowohl die Staatsanwaltschaft als auch das Gericht. Die

Praxis bejaht, soweit ersichtlich, die Möglichkeit von Absprachen und damit auch einen wesentlichen Einfluß des Vertrauensgrundsatzes im Strafprozeß⁵⁾.

Der strafprozessuale Vergleich widerspricht dem Konzept der Wahrheitsfindung nach der Strafprozeßordnung, die ein abgestuftes Verfahren der Wahrheitsfindung kennt. An die Stelle der umfassenden Aufklärungspflicht, der umfassenden Einräumung von Beweiserhebungsrechten tritt beim vertrauensgetragenen strafprozessualen Vergleich die unmittelbare menschliche Interaktion.

„Vertrauen heißt immer wieder: sich rückhaltlos an etwas ausliefern, was nicht beweisbar und nicht erzwingbar ist, weil es von dem grundsätzlich nicht voraussehbaren freien Willen eines anderen Menschen abhängt. Darum muß der Vertrauende sich immer exponieren, sich mit seiner ganzen menschlichen Kraft einsetzen und eben dadurch auch dem möglichen Mißerfolg aussetzen.“

Im Strafverfahren gibt es erkennbar, anders als in der Erziehungswissenschaft, keine Theorie, sondern nur eine Praxis des Vertrauens. Richter, Staatsanwalt und Verteidiger verzichten auf die formellen Regeln, auf die sie sich normalerweise stützen können, um im persönlichen Diskurs all das zu leisten, was sie üblicherweise im formalisierten Diskurs mit Hilfe leistungsfähiger Normen bewirken müssen.

IV. Die Voraussetzungen des strafrechtlichen Vergleichs

Das Vertrauen im Strafprozeß, welches sich im strafprozessualen Vergleich kanalisiert, hat mehrere empirische, vorwiegend kommunikationspsychologische Voraussetzungen, die nachfolgend beschrieben werden sollen⁶⁾. Der strafprozessuale Vergleich bedeutet, daß ein informelles Programm an die Stelle des formellen Programms des Strafprozeßrechts tritt, wodurch die Frage entsteht, wann das formelle Programm abgelöst werden darf, also das Einsetzen des informellen Programms legitim ist. Die nachfolgende Darstellung ist subjektiv und sicherlich unvollständig, sie enthält die Voraussetzungen, unter denen akzeptabel sein könnte, den durch die Strafprozeßordnung vorgegebenen feststrukturierten Weg des Hauptverfahrens zu verlassen und gleichsam die Abkürzung zu nehmen, hin zu einem Ergebnis, welches nicht nur akzeptiert wird, sondern auch nach strafprozessualen Anforderungen als richtig bezeichnet werden darf.

a) Für den akzeptablen Vergleich notwendig ist eine zutreffende Einschätzung der Sach- und Rechtslage, d. h. sowohl der Staatsanwalt als auch der Verteidiger als auch das Gericht müssen eine genaue Aktenkenntnis und genaue Rechtskenntnisse sowie eine Nähe zum Verfahren besitzen, die eine vertretbare Einschätzung zuläßt. Je nach Interessenlage wird der Staatsanwalt innerhalb der möglichen Bewertungsbreite an einer anderen Stelle Position beziehen als der Verteidiger, ebenso das Gericht. Abzulehnen ist der „Fauleisdeal“, d. h. der Vergleich, der lediglich aus Bequemlichkeitsgründen und nicht aus dem Bemühen um das Recht heraus zustandekommt.

b) Jeder der am „Deal“ Beteiligten, Staatsanwalt, Rechtsanwalt und Richter, muß sich selbst um eine distanzierte und respektvolle Bewertung der Rechte des Angeklagten bemühen. Es ist das gute Recht jedes Beschuldigten und jedes Angeklagten, auch ein für ihn

²⁾ Vgl. hierzu im einzelnen Anmerkung Gallandi zum Urteil des Landgerichts Kassel v. 12. 6. 1986, Strafverteidiger Nr. 7, 1987, S. 288 ff.

³⁾ Vgl. Hassemer u. G. Hippler, „Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens“, Strafverteidiger 1986 S. 360 ff., 361. Elf von 23 befragten Praktikern gaben an, es gäbe nie oder selten Absprachen. Schönemann führt z. Z. eine umfassende Untersuchung über den Umfang von Absprachen im Strafprozeß deutscher Gerichte durch, die erstmals hinreichenden Aufschluß über die Praxis der Absprachen im Strafverfahren und auch den Handlungsbedarf des Gesetzgebers geben könnte.

⁴⁾ Vgl. hierzu Schmidt/Hieberer, „Der strafprozessuale Vergleich – eine illegale Kungelei?“, Strafverteidiger 1986 S. 355 ff.

⁵⁾ Vgl. hierzu Hassemer u. Schmidt/Hieberer aaO. sowie Widmaier, „Der strafprozessuale Vergleich“, Strafverteidiger 1986 S. 357 ff. oder auch den Alternativ-Entwurf z. StPO, der eine Auflockerung der Hauptverhandlung durch eine offene Aussprache vorsieht, hierzu vgl. Jäger, Buchbesprechung im Strafverteidiger 1986 S. 412 ff.

⁶⁾ Vgl. Bollnow, „Wagnis und Scheitern in der Erziehung“, in: „Die Disziplin in ihrem Verhältnis zu Lohn und Strafe“, herausgegeben von Hermann Röhrs, Frankfurt 1968 S. 379 ff., 388.

⁷⁾ Rückel hat in „Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren“, NStZ 1987, S. 297 ff., Hinweise zu den Möglichkeiten des strafprozessualen Vergleichs in jedem Abschnitt des Verfahrens gegeben.

objektiv günstiges Ergebnis nicht zu akzeptieren und das Risiko einer negativen Rechtsfolge einzugehen, welches ihm dadurch entsteht, daß er verlangt, als Prozeßsubjekt respektiert zu werden, welches auch unsinnig oder objektiv ungünstige Handlungen vornimmt. Es bleibt im Regelfall der Sensibilität des Verteidigers überlassen, den Angeklagten in den Vergleich zu integrieren. Er muß seinem Anwalt vertrauen, der Anwalt muß dem Angeklagten plausibel machen, daß es sich auch bei dem Gespräch des Verteidigers mit Gericht und Staatsanwalt nicht um Kungelei oder ein Komplott handelt, sondern um einen Prozeß wechselseitiger Vertrauensbildung hin zu einem gerechten Urteil.

c) Es muß eine günstige Verständigungssituation bestehen, d. h. ein gewisser Abstand zum Prozeßgeschehen.

Der „Angstdeal“ (Schlimmeres verhüten um jeden Preis) oder „Frustrationsdeal“, in dem der Grad des Zermürbtseins über das Verhandlungsergebnis entscheidet, ist abzulehnen. In der Verständigungssituation muß ein echter Austausch aller Standpunkte stattfinden, d. h. ein ernsthaftes Einbringen der eigenen Wertung unter dem übereinstimmenden Bestreben, ein gerechtes Urteil zu erreichen, wobei allen Beteiligten klar ist, daß die eigene Wertung relativ ist.

Der „Pokerdeal“, in dem alle Beteiligten sachlich nicht gerechtfertigte Maximalvorstellungen einbringen, so daß nach und nach die Gesetze des Spiels über den Ausgang entscheiden, ist ebenfalls abzulehnen. Hier nun ist der eigentliche Ansatzpunkt für das Vertrauen. Es muß von der Seriosität und der Vertrauenswürdigkeit des jeweiligen Gesprächspartners ausgegangen werden, ganz einfach, weil sich jeder mit dem Beginn der Verhandlungen über einen strafprozessualen Vergleich in die Hand des anderen begibt⁸⁾. Der Vergleich kann scheitern, aber alle müssen davon ausgehen, daß ernsthaft beabsichtigt ist, eine Vereinbarung zustandezubringen. Die Offenheit im Austausch der eigenen Argumente und der eigenen Vorurteile i. S. des Wortes gibt allen Beteiligten die Information an die Hand, die sie im formellen Verfahren möglicherweise nie gewinnen könnten, und man muß sich darauf verlassen können, daß das eigene Kommunikationsverhalten keinerlei Nachteile mit sich bringt.

d) Es muß weiterhin ein Vertrauen dahingehend bestehen, daß der strafprozessuale Vergleich ernsthaft angestrebt wird, und zwar im Wege eines Kompromisses, d. h. eines Ergebnisses, welches durch gegenseitiges Nachgeben und Einräumen der möglichen Richtigkeit der Gegenposition entsteht, womit auch die Gewissensfrage verbunden ist, wie weit man gehen darf⁹⁾.

e) Bestehen muß dann eine Klarheit in der Absprache, wozu auch der Mut zum Neinsagen gehört. Je mehr im Bereich des diffusen „mal sehen“, „vielleicht“, „kann es ja mal wohlwollend prüfen“ verbleibt, um so wahrscheinlicher ist es, daß der Vergleich der Mißtrauensbildung dient, weil ihn jeder Beteiligte auslegen wird, wie er will. Mit der Klarheit der Ergebnisfeststellung stellt sich auch die Frage nach der Kompetenz, sich einigen zu dürfen. Der Staatsanwalt im Beispiel der Zusicherung der Halbstrafenabschiebung nach § 456a StPO müßte mitteilen, daß er alleine nicht entscheiden darf, sondern seinen Kollegen von der Vollstreckungsabteilung um Zustimmung bitten muß.

Es müssen allgemeinverständliche Signale für die Zustimmung wie für die Nichteinhaltung der Absprache vereinbart werden. Da diese Sprache außerhalb der Verhandlungssituation im Vergleich selbst zum Einsatz kommt, ist eine Art Diplomatenprache zu entwickeln bzw. es ist im Verhandeln und nach der Vereinbarung

die Auflösung der Vereinbarung signalisieren. Es bietet sich an, das Wiedereintreten in die Beweisaufnahme, sei es durch Beweisanträge von Staatsanwalt oder Verteidiger, sei es durch Beweisaufnahme seitens des Gerichts, als festes Signal für den gescheiterten „Deal“ zu verankern.

Hier bietet sich auch eine gesetzliche Fixierung an. Eine weitere Möglichkeit wäre, die Vereinbarung in einem Vermerk des Staatsanwalts zu fixieren, der festhält, welches Ergebnis er (tatsächlich: jeder Beteiligte am Vergleich) für vertretbar hält, wobei die „Kenntnisnahme“ durch den Richter und den Verteidiger gegengezeichnet wird.

Dies wäre eine unverfängliche Art, Vereinbarungen schriftlich zu fixieren und auch revisionsrechtlich nachprüfbar zu machen¹⁰⁾.

Die verwendeten Symbole der Einigung und des möglichen Abweichens von einer früheren Einigung können nur dann Anwendung finden, wenn darauf vertraut wird, daß für alle Seiten verständliche Symbole verwendet werden.

V. Die Ausgangsfälle

Das nicht normierbare Vertrauen ist somit Ausgangsposition der Verständigung überhaupt, es bedarf des Vertrauens von Staatsanwalt, Verteidiger und Richter zueinander, um überhaupt ein Gespräch zu beginnen. Es bedarf eines Vertrauens in die Kompetenz und Fähigkeit des anderen, auch ohne das Gerüst des formellen Verfahrens eine informelle Verständigung über das sachgerechte und richtige Ergebnis herbeizuführen. Es bedarf des Vertrauens des Angeklagten bzw. Beschuldigten in den Absprachevorgang, und es bedarf des Vertrauens in die Seriosität der einzelnen Verhandlungspositionen. Schließlich ist das Vertrauen notwendig, daß das Ergebnis eingehalten wird und daß die Nichteinhaltung durch eindeutige Symbole vorab signalisiert wird.

Im Fall „Wortbruch der Staatsanwaltschaft“ hat es an Klarheit der Kompetenz – und Ergebnisfeststellung – gefehlt. Bei ausreichender Information über die Zuständigkeit des Sitzungsstaatsanwalts hätte mindestens der Richter darauf hinweisen müssen, ebenso natürlich der Verteidiger, daß der Entscheidungsträger, nämlich die Staatsanwaltschaft, die Vereinbarung fixieren müsse. Hier hätte sich ein Vermerk über die Rücksprache mit der Vollstreckungsabteilung angeboten.

Im Fall „Wortbruch des Anstaltsleiters“ hätte gar keine Absprache stattfinden dürfen. Die Einschaltung der Einweisungskommission war für alle Beteiligten vorhersehbar, wobei ebenfalls vorhersehbar ist, daß die Einweisungskommission vom Wort des Anstaltsleiters unabhängig entscheidet, wenngleich die Wahrscheinlichkeit groß ist, daß die Empfehlung des Anstaltsleiters akzeptiert wird, vor allem dann, wenn der Vertrauensstatbestand der Abrede mitgeteilt wird¹¹⁾.

Es handelt sich aber um einen gelungenen Vergleich insofern, als das Abweichen von der Vereinbarung durch den Anstaltsleiter vom Gericht insofern korrigiert wurde, als das Gericht die Anfechtung der Berufungsrücknahme akzeptierte und dadurch Vertrauen wieder herstellte¹²⁾.

¹⁰⁾ Im oben genannten Fall „Wortbruch des Richters“ könnte die revisionsrechtliche Nachprüfbarkeit daran scheitern, daß der Richter bestritten hat, daß eine Vereinbarung vorgelegen habe.

¹¹⁾ Nach einer Mitteilung des hessischen Ministers der Justiz vom 22. 5. 1987 ist es, vielen Verteidigern sicherlich nicht bekannt, „einhellige Auffassung der staatsanwaltschaftlichen Praxis meines Geschäftsbereichs“, daß keine Absprachen oder Zusagen hinsichtlich der Gestaltung des Strafvollzugs während des Erkenntnisverfahrens erfolgen dürfen. Der Rechtsanwalt gerät allerdings häufig nur durch Zufälle zu der Information, daß der Staatsanwalt gar nicht darf, was er tut.

¹²⁾ Das Landgericht hat im vorliegenden Fall davor zurückgeschaut, den Vertrauensgrundsatz zur Begründung der Akzeptanz der Anfechtung einer Rechtsmittelrücknahme heranzuziehen, im Ergebnis aber im Sinne des Vertrauensgrundsatzes gehandelt, vgl. hierzu im einzelnen Gallandi, Strafverteidiger 1987 S. 289, 290.

⁸⁾ Vgl. Fn. 6 aaO.

⁹⁾ Hierzu hat das Bundesverfassungsgericht, d. h. der Vorprüfungsausschuß, Grundsätze festgelegt; vgl. Beschluß des Bundesverfassungsgerichts v. 27. 1. 1987, Az: 2 BvR 1133/86, wistra 1987 S. 134, 135; 419 ff.; vgl. hierzu auch Anmerkung Gallandi in NSTAZ 1987 S. 420.

Der „Wortbruch des Rechtsanwalts“ zeigt, wie sehr es auf das Detail ankommen kann. Der von seinem Mandanten getäuschte Anwalt kann nichts dafür, wenn dieser „ausbricht“. Selbst der Rechtsanwalt, der in der Hauptverhandlung Rechtsmittelverzicht erklärt, kann von seiten des Angeklagten korrigiert werden, wenn dieser erklärt, er verzichte nicht auf Rechtsmittel. Ein Restrisiko besteht somit immer. Das Beispiel zeigt allerdings, wie notwendig eine Vertrauensbildung auch beim Angeklagten ist. Diesem ist im Regelfall plausiblerweise nicht klar, welcher Vertrauensbeweis darin liegt, daß eine Einigung über das weitere Vorgehen und das Ergebnis stattfindet, wobei ja gerade auch dem Angeklagten Vertrauen entgegengebracht wird, mit der Folge einer adäquaten Honorierung¹³⁾.

Der „Wortbruch des Richters“ ist insofern ein echter Vertrauensbruch, als das Gericht ein Signal der Nichteinhaltung des Vergleichs hätte geben müssen.

VI. Die Notwendigkeit einer Gesetzgebung

Der strafrechtliche Vergleich wird voraussichtlich an Bedeutung zunehmen. Er ist, wie wohl aus den Beispielfällen ersichtlich, immer ein Ergebnis vertrauensbildender Maßnahmen im Einzelfall, d. h. normierungsfeindlich. Gerade eine formelle gesetzliche Regelung würde die Vertrauensbildung nicht mehr notwendig machen, die gerade erst den Vergleich zustandebringt¹⁴⁾. Eine gesetzliche Regelung würde sich nur in zweierlei Hinsicht anbieten:

a) Der Vergleich selbst muß aus der Grauzone des Dubiosen befreit werden, d. h. das Gespräch von Verteidiger, Staatsanwalt und Richter unter Einbeziehung des Angeklagten mit dem Ziel der Erörterung der Sach- und

¹³⁾ Ein Sonderproblem stellt sich bereits heute in der Praxis des § 31 BtmG: Der Angeklagte, der nach § 31 BtmG zum Ermittlungshelfen avanciert und dafür seitens der Polizei und der Staatsanwaltschaft die Zusicherung erhält, daß seine Strafe niedriger ausfällt, meint aufgrund der Versprechungen seitens der Ermittlungsbehörden oft, die Justiz beuge sich jetzt auf eine Ebene mit ihm, was häufig zu einer gewissen Händlermentalität beiträgt. Der auf eine niedrigere Strafe hoffende „Kronzeuge“ meint häufig, er könne wie auf dem Jahrmakel Beschuldigungen gegen Strafermäßigung eintauschen, was nicht der Wahrheitsfindung dient. Nach § 31 BtmG ist es leider fast ausgeschlossen, im Gegensatz zum strafrechtlichen Vergleich, daß der Angeklagte bei dem vertrauensbildenden Prozeß selbst nicht mitwirkt, sondern durch seinen Verteidiger vertreten wird.

¹⁴⁾ Vgl. hierzu Baumann, „Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung“, NStZ 1987 S. 157 ff., 161.

Rechtsslage und Einigung über Verfahrensgang und Verfahrensergebnis müßte in der StPO ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Es handelt sich hierbei um eine echte Alternative zum formalisierten Strafverfahren, welches mit Recht strenge Regeln der Rechtsfindung kennt. Diese Alternative verlangt eine gesonderte Vorschrift.

b) Diese Vorschrift sollte eine feste Regel dafür enthalten, welches Signal für die Nichteinhaltung eines Vergleichs verbindlich ist. Diese Vorschrift sollte besagen, daß in dem Augenblick, in dem auch nur einer der am Vergleich Beteiligten wieder in die Beweisaufnahme eintritt, keine Einigung über Verfahren und Rechtsfolgen mehr Gültigkeit hat.

c) In allen anderen Fällen, in denen nicht das Gericht Entscheidungsträger ist und die Entscheidung nicht in der Hauptverhandlung stattfindet, sollte ein Fertigen eines Vermerks zur Pflicht gemacht werden, um wenigstens für die Hauptverhandlung eine Verletzung des fairen Verfahrens rügen zu können.

d) Die Befriedungsfunktion des Strafprozesses würde dafür sprechen, in einer gesetzgeberischen Regelung des strafprozessualen Vergleichs dem Vertrauen in die Verständigung von Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt dadurch Rechnung zu tragen, daß das *nolo contendere* i. S. eines Nichtsbestreitens des Angeklagten anerkannt wird und daß man von ihm kein Geständnis verlangt. Hierin könnte sich eine gewisse Bescheidenheit ausdrücken, die darin besteht, anzuerkennen, daß im Strafprozeß häufig trotz Amtsermittlungsgrundsatz nicht die Möglichkeit besteht, die Wahrheit zu erkennen und auf Basis der erkannten Wahrheit zu urteilen¹⁵⁾. Man sollte vom Angeklagten dann auch nicht verlangen, daß er im Strafprozeß ein Geständnis als Wahrheit anbieten muß. Dies wäre in einem Verfahren, welches mit Vertrauen endet, eher akzeptabel, als die Einschränkung prozessualer Rechte des Angeklagten bei konträrem Verfahren unter Hinweis auf den Beschleunigungsgrundsatz.

Von dem Gerüst, welches eine solche gesetzgeberische Lösung bieten kann, abgesehen, ist der Vorgang des Verhandels und Vertrauensbildens grundsätzlich normierungsfeindlich und sollte zum Offenlassen der jeweils sachgerechten Lösung im Einzelfall auch unnormiert bleiben.

¹⁵⁾ Diesen Aspekt übersieht das Bundesverfassungsgericht möglicherweise, wenn – abstrakt völlig zu Recht – die Zulässigkeit eines strafprozessualen Vergleichs davon abhängig gemacht wird, ob zuvor der Aufklärungspflicht in vollem Umfang genüge getan wurde, vgl. Bundesverfassungsgericht Fn. 9) aaO.

~~Zeitliche Grenzen der Zuständigkeitsbestimmung bei Streitgenossenschaft~~ – Zugleich kritische Bemerkungen zu dem Beschluß des OLG Köln vom 30. April 1987* –

Von Prof. Dr. MAX VOLLKOMMER, Erlangen

I. Bis zu welchem Zeitpunkt ein gemeinschaftlicher „Gerichtsstand der Streitgenossenschaft“ i. S. von § 36 Nr. 3 ZPO bestimmt werden kann, ist i. e. umstritten. Einigkeit besteht heute, daß entgegen dem Wortlaut von § 36 Nr. 3 ZPO („verklagt werden sollen“) die Zuständigkeitsbestimmung auch noch *nach Rechtshängigkeit* und auch noch *nach Rüge der Unzuständigkeit* durch den Beklagten möglich ist¹⁾. Auch ein gegen den Kläger ergangenes *Prozeßurteil* steht der Zuständigkeitsbestimmung nicht entgegen, da die mit der Zuständigkeitsfrage

* 5 W 33/87 und 5 W 39/87; in diesem Heft abgedruckt unten S. 851 Nr. 72.

¹⁾ So stRspr. des RG und BGH seit RGZ 158, 222; vgl. BGHZ 88, 331, 333; BGH, LM Nr. 4 zu § 36 Ziff. 3 ZPO; BGH, NJW 78, 321 = Rpfleger 78, 53; BGH, NJW 80, 188, 189; Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 14. Aufl. 1986, § 38 I 3 und II, allgM; a. A. früher RGZ 115, 372; RG WarnRspr. 1932 Nr. 143, stRspr.

befäße Berufungsinstanz den Rechtsstreit noch an das gem. § 36 Nr. 3 ZPO bestimmte erstinstanzliche Gericht verweisen kann²⁾. Dagegen kommt nach Erlaß eines *Sachurteils* eine Zuständigkeitsbestimmung gem. § 36 Nr. 3 ZPO nicht mehr in Frage, da in diesem Fall eine Verfahrenskonzentration in erster Instanz nicht mehr möglich ist³⁾. Auch nach Durchführung einer *Beweisaufnahme* in der Hauptsache scheidet eine Zuständigkeitsbestimmung aus⁴⁾. Eine „Abberufung“ des Rechtsstreits vom Prozeßgericht in diesem – fortgeschrittenen – Verfahrensstadium würde wesentliche Verfahrensteile entwerten; dem bestimmenden Gericht muß aber im Bestimmungsverfahren noch die volle Wahlfreiheit zwischen

²⁾ BGH, NJW 80, 188, 189.

³⁾ BGH, NJW 78, 321 = Rpfleger 78, 53; BGH, NJW 80, 188, 189.

⁴⁾ BGH, NJW 78, 321 = Rpfleger 78, 53; BayObLGZ 1980, 149, 151 = Rpfleger 80, 436; BayObLGZ 1985, 314, 316.