

# INFOINTERNE

Informationen, Referate und Aufsätze  
aus der Bernischen Justiz

informations, comptes rendus et exposés  
se rapportant à la justice bernoise

Herausgegeben vom Bernischen Obergericht unter der Mitarbeit der Generalprokurator  
und der Kantonalen Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion

publié par la Cour suprême du canton de Berne avec la collaboration du Procureur  
général et de la Direction cantonale de la justice, des affaires communales et des affaires  
ecclésiastiques

Redaktion:

Weiterbildungskommission des Bernischen Obergerichts

(Vorsitz: Oberrichter J. Sollberger; Oberrichter F. Rieder, Generalprokurator M. Weber,  
Gerichtspräsident P. Urech, Kammerschreiberin B. Schibli; Sekretariat: Ch. Johner, Kanzlei  
Appellationshof, Tel.: 031/634 72 47)

Rédaction:

Commission pour la formation continue des membres de la Cour suprême du canton de  
Berne

(Président: J. Sollberger, juge d'appel; F. Rieder, juge d'appel, M. Weber, Procureur général,  
P. Urech, Président de Tribunal, B. Schibli, Greffière, Secrétariat: Ch. Johner, chancellerie de  
la cour d'appel, Tél. 031/634 72 47)

HEFT 7/ SOMMER 1996

LIVRE 7/ ETE 1996

### Zu dieser Ausgabe

Die Würfel sind gefallen, die Wahlen der Kreisgerichtspräsidentinnen und Kreisgerichtspräsidenten, der Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter wurden vorgenommen, und es steht fest, wer ab Jahresbeginn 1997 welche Funktionen innerhalb der bernischen Justiz ausüben wird. Viele personelle Provisorien wurden in ordentliche Stellen überführt, bisherige ausserordentlich oder besondere Funktionäre werden im nächsten Jahr in den Justizapparat eingegliedert. Den Wieder- und Neugewählten sei an dieser Stelle herzlich gratuliert und für die berufliche Zukunft alles Gute gewünscht. Für einen Grossteil von uns allen wird nun somit der Jahresbeginn 1997 die direkte Befassung mit neuen Aufgaben und neuen gesetzlichen Vorschriften in zumeist verändertem personellem Umfeld bringen, und dafür werden wir uns wappnen müssen. In diesem Herbst werden die vorgesehenen Ausbildungskurse in den Bereichen Straf- und Zivilprozess sowie im Vollstreckungsrecht mit einer Höchstzahl an Teilnehmern über die Bühne gehen. Zudem werden wir uns in stillen Stunden mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen auseinandersetzen müssen, Selbststudium wird gross geschrieben werden. In zahlreichen Besprechungen mit neuen Kolleginnen und Kollegen gilt es eine Aufgabenteilung vorzunehmen und die notwendigen Absprachen zu treffen. Weiter werden neue Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf ihre Aufgabe vorbereitet werden müssen, auch für sie kommt eine Zeit der Umstellung und des Umdenkens, und dazu müssen sie motiviert werden.

Grosse Unterstützung von dritter Seite kann dabei nicht erwartet werden. Dass diese Umstellung zu einem Zeitpunkt kommt, da die Medien kaum ein gutes Haar an unserer bisherigen Arbeit lassen, ist besonders belastend, und dass diese Medienschelte gelegentlich auch unreflektiert von der Bevölkerung übernommen wird, hat wohl einige Personen davon abgehalten, sich für eine Tätigkeit in der bernischen Justiz zu entscheiden. Damit wird der Einstieg gerade für die neuen Kolleginnen und Kollegen nicht einfacher. Es ist daher an uns "Alten", sie dabei zu unterstützen. Auch wenn wir selbst mit neuen Vorgaben und Aufgaben konfrontiert werden, unsere Erfahrung wird uns zweifellos helfen, auch mit diesen Neuerungen fertig zu werden und die Qualität der Arbeit in der bernischen Justiz weiterhin hoch zu halten.

Die Weiterbildungskommission hat sich in dieser Situation entschieden, das Angebot an Weiterbildungsmöglichkeiten zu erweitern, um zu Beginn des nächsten Jahres besonders die neu gewählten Gerichtspräsidentinnen und Gerichtspräsidenten sowie die Untersuchungsrichterinnen und Untersuchungsrichter noch besser auf ihre neue Tätigkeit vorzubereiten. Vorgesehen ist noch in diesem Herbst eine Veranstaltung für die künftigen Haftrichterinnen und Haftrichter, zudem wird die Veranstaltung "Weiterbildung für Untersuchungsrichter und deren Mitarbeiter" auf nächstes Frühjahr verschoben, dafür aber thematisch erweitert.

Natürlich wird die konkrete Arbeit das beste Training sein, aber wir können es uns nicht leisten, dass in diesem Training Fehler passieren. Die Tätigkeit in der Justiz ist eine Arbeit mit Menschen und für die Menschen, und diese haben Anspruch darauf, dass ihnen korrekt und kompetent begegnet wird.

Als Themen für die nächstjährigen Kurse sind vorgesehen:

- Erste Erfahrungen mit dem neuen Strafverfahren und der revidierten ZPO
- Die praktische Umsetzung der neuen Zuständigkeiten im Strafprozess
- Die Führung der Voruntersuchung (vgl. oben )
- Ev. Aufbaukurs im Bereich Psychologie der Prozessbeteiligten.

Dazu ist beabsichtigt, die Medienveranstaltung, die in diesem Frühjahr bereits einmal durchgeführt worden ist, zu wiederholen, damit auch diejenigen Kolleginnen und Kollegen, die eine neue Funktion übernehmen werden, diesen äusserst wichtigen Kurs besuchen können. Wir dürfen uns gerade im Spannungsfeld Justiz - Medien nicht damit begnügen, uns zu ärgern. Vielmehr sind unsererseits Anstrengungen erforderlich und sinnvoll, denn die Erfahrung lehrt, dass ein korrekter und überlegter Umgang mit den Medienvertretern durchaus einen positiven Einfluss auf die Berichterstattung über die Tätigkeit der Justiz haben kann. Dass hier ein Handlungsbedarf besteht, wurde bereits angedeutet.

Es gibt auch in diesem Bereich keine Veranlassung, vom bisherigen Motto der Weiterbildung abzuweichen: "Es gibt viel zu tun, packen wir's an".

Dass wir uns gerade in dieser Zeit des formellen Umbruchs auf die Grundlagen insbesondere im Bereich des Strafrechts besinnen müssen, wird im Aufsatz von Prof. Gunther Arzt deutlich. Herr Prof. Arzt hat sich freundlicherweise bereit erklärt, dem Infointerne das Manuskript seines Referates, das er im Rahmen einer Veranstaltung der Konferenz der Schweizerischen Staatsanwälte (deren Präsident gegenwärtig der Bernische Generalprokurator ist) am 17. Mai 1995 gehalten hat, zur Verfügung zu stellen. Ergänzt werden seine Darstellung durch einen Erlebnisbericht von Staatsanwalt Dr. Beat Schnell, der an einem Kurs an der Universität von Kalifornien teilgenommen hat und dabei Einblick in das amerikanische Straf- und Strafprozessrecht erhalten konnte. Auch aus den Ausführungen von Staatsanwalt Schnell lassen sich Gedanken entnehmen, die wir durchaus auch gerade im Hinblick auf unsere neuen Aufgaben beherzigen sollten. Beiden Autoren sei für ihre Beiträge bestens gedankt.

Jürg Sollberger, Oberrichter

## **Quelques remarques (légèrement désabusées) d'un assez vieux serviteur de la justice**

Les années se suivent, mais elles ne se ressemblent plus du tout. Je me souviens du temps pas si lointain où les membres de la justice bernoise pouvaient exercer sereinement leur activité, bénéficiaient de conditions de travail privilégiées et étaient respectés de tout le monde. Comble de bonheur: les lois étaient pratiquement immuables, ce qui n'incitait pas particulièrement à l'effort intellectuel. Le parcours du magistrat moderne est devenu entre temps comparable à celui du combattant. On exige de lui à la fois fermeté et souplesse, force de caractère et esprit de collégialité, initiative et faculté d'adaptation au système et à ses valeurs, expérience et enthousiasme juvénile, dynamisme et retenue. Il va en outre de soi qu'il sera expéditif mais consciencieux, scrupuleux mais économe des rares deniers de l'Etat, et qu'il joindra à sa capacité d'écoute et de compréhension critique des qualités juridiques rares. Une défaillance de cette créature exceptionnelle est guettée et commentée avec délectation sur la place publique, car il est passionnant de transformer un ange en démon. Comment s'étonner dès lors que le découragement voire la résignation nous saisisse parfois ?

Piètre discours pour saluer des forces fraîches et conforter dans leurs nouvelles fonctions les vieux briscards de la justice bernoise, me direz-vous ! Certes, mais une dose de réalisme ne saurait faire de tort à l'aube d'une ère nouvelle de la justice bernoise, ne serait-ce que pour illustrer la solidarité des juges de seconde instance avec ceux de première instance. Leurs Excellences de Berne ne sont plus ce qu'elles étaient !

La tâche de la commission de perfectionnement est de vous (nous) armer le mieux possible. Elle frise le surhumain, car il faut bien reconnaître que la formation universitaire est totalement insuffisante pour permettre à un jeune magistrat d'exercer son métier sans commettre initialement des ravages. Le dévouement et le dynamisme de mon collègue Sollberger méritent à cet égard d'être particulièrement soulignés. Ils contribuent à donner une bonne image de la justice bernoise, ce qui n'est pas un luxe par les temps qui courent ! Quant à votre serviteur, aujourd'hui un peu désabusé mais demain - qui sait - à nouveau enthousiaste, il s'efforcera de répondre à votre attente (généralement bien silencieuse du reste) en organisant l'année prochaine, avec ses collègues Urech et Schibli, des rencontres sur les premières expériences relatives aux nouvelles dispositions du Cpcb et de la LP. Et si ce choix ne vous convient pas, ou si vous avez d'autres suggestions à faire, manifestez-le à haute et intelligible voix !. Les Romands (et sympathisants) se retrouveront vraisemblablement en outre cet automne pour un petit footing de procédure civile (le seul sport pratiqué par le soussigné). Vrai: ils constituent encore et toujours le nombril du monde bernois.

Collégialement vôtre  
François Rieder

## Veranstaltungen der Weiterbildungskommission der Bernischen Justiz

### Kursprogramm zweite Jahreshälfte 1996

#### **Kurs 3: Einführung in das neue Strafverfahren.**

Fünfteiliger Kurs jeweils mit Beginn um 16.30 Uhr bis 18.30 Uhr. Der Kurs wird doppelt je an Dienstag- bzw. Mittwochabenden geführt.

Referenten: Prof. Aeschlimann, Prof. Piquerez, OR Maurer, Generalprokurator Weber, Staatsanwalt Greiner

Kurs A: jeweils am **Mittwoch**, 4., 11., 18., und 25. September sowie am 16. Oktober 1996

Kurs B: jeweils am **Dienstag**, 17. und 24. September, sowie am 8., 15. und 22. Oktober 1996

Die Anmeldung hat **grundsätzlich** für eine Kursreihe zu erfolgen, da aber Veranstaltungen in die Herbstferien fallen, ist es generell erlaubt, **einzelne** Vorträge aus der andern Kursreihe zu besuchen.

#### **Kurs 4: Zur Revision von ZPO und kant. Zwangsvollstreckungsrecht**

Referenten: Prof. Kellerhals und Dr. Marbach

Der Kurs wird doppelt geführt und zwar am 22. August und am 3. September 1996

#### **Kurs 5: Weiterbildungskurs für Untersuchungsrichterinnen und -richter und deren Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (Arbeit im Team)** Wiederholung des Kurses aus dem Jahre 1995.

Rollenspiel, Kurzreferate, Seminarien.

Termin: **Der für den 12. November 1996 geplante Kurs wird abgesetzt. Der Kurs wird neu im Frühjahr 1997 in erweiterter Form für die neu tätigen Untersuchungsrichterinnen und -richter durchgeführt.**

**Hinweis:** Nachmeldungen (besonders durch neu gewählte Kolleginnen und Kollegen) für die oben erwähnten Kurse 3 und 4 sind noch möglich. Anmeldungen an das Sekretariat der Weiterbildungskommission (Frau Ch. Johner, Kanzlei Appellationshof, Tel. 031 634 72 47).

## Programme des cours pour le deuxième semestre de 1996

- Cours 3**                    **Cours d'introduction au nouveau code de procédure pénale**  
Cours en cinq parties de 16h30 à 18h30 chacun. Le même cours à lieu parallèlement le mardi et le mercredi soir
- Direction du cours : M. Aeschlimann, Professeur; M. Piquerez, Professeur; M. Maurer, Juge d'appel; M. Weber, Procureur général, M. Greiner, Procureur
- Cours A :                    **les mercredis** 4, 11, 18 et 25 septembre, ainsi que le 16 octobre 1996
- Cours B                    **les mardis** 17 et 24 septembre ainsi que les 8, 15 et 22 octobre 1996
- L'inscription doit se faire **en principe** pour une série de cours; étant donné toutefois que certaines dates tombent durant les vacances d'automne, il est permis de suivre **quelques-uns** des cours de l'autre série.
- Cours 4:**                    **A propos de la révision du Cpcb et du droit cantonal d'exécution forcée**  
Direction du cours : M. Kellerhals, Professeur; M. Marbach, docteur en droit  
Le cours sera donné à deux reprises, soit les 22 août et 3 septembre 1996.
- Cours 5:**                    **Cours de formation continue pour les Juges d'instruction et leurs collaborateurs et collaboratrices** (travail de groupe)  
répétition du cours donné en 1995.  
distribution de rôles, brefs exposés, séminaires
- Date:    **Le cours initialement prévu le 12 novembre 1996 est supprimé. Le cours sera à nouveau proposé au printemps 1997 sous une forme plus large aux juges d'instruction nouvellement en fonction.**
- Remarque:**                    Les inscriptions supplémentaires (en particulier celles émanant de collègues nouvellement élu(e)s) aux cours 3 et 4 susmentionnés sont encore possibles. Prière de s'annoncer au Secrétariat de la Commission pour la formation continue (Mme Ch. Johner, Chancellerie de la Cour d'appel, tél. 031 634 72 47)

## **Hinweise auf "auswärtige" Weiterbildungsveranstaltungen**

Zweite Hälfte 1996 und 1997 (soweit heute bereits bekannt)

*Interessenten mögen sich die entsprechenden Daten rechtzeitig in der Planung für die kommenden Monate vormerken.*

Die Teilnahme an den nachstehend aufgeführten Kursen gilt für Mitglieder des Obergerichts, Richterinnen und Richter der ersten Instanz, Mitglieder der Staatsanwaltschaft, Jugendgerichtspräsidentinnen und -präsidenten sowie Kammerschreiberinnen und Kammerschreiber als grundsätzlich bewilligt. Die Weiterbildungskommission muss sich aber bei zu grosser Nachfrage verhältnismässige Kürzungen vorbehalten.

### **1. Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft**

#### **a) Jahresversammlung 1997**

Die Jahresversammlung findet am 24./25. April 1997 in Lausanne statt und befasst sich im Vortragsteil mit dem Thema "Korruption".

#### **b) Instruktionkurse 1996 in deutscher Sprache**

Der Instruktionkurs in deutscher Sprache findet am 7./ 8. November 1996 in Engelberg statt. Behandelt werden die Themen "Identifikation von Personen" und "Drogen" (Drogenpolitik, FUD, neue Rechtsprechung)

### **2. Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie**

#### **Arbeitstagung**

Die Arbeitstagung 1997 findet vom 12. - 14. März 1997 wiederum in Interlaken statt und ist dem Thema "Drogen" gewidmet.

### **3. Stiftung für die Weiterbildung Schweizerischer Richter**

#### **Arbeitstagungen 1996/ 1997/ 1998**

Die Veranstaltungen der Stiftung werden wie üblich in Gerzensee durchgeführt. Behandelt werden die folgenden Themen:

Scheidungsrecht: 14./ 15. November 1996  
13./ 14. März 1997 (Wiederholung)

Bankenrecht: 28./ 29. Oktober 1996  
20./ 21. März 1997 (Wiederholung)

Bilanz /Buchhaltung: 23./ 24. Oktober 1997

Strafzumessung: 13./ 14. November 1997

Die beiden letzterwähnten Veranstaltungen werden wahrscheinlich im Frühjahr (März) 1998 ebenfalls wiederholt.

### **4. Schweizerischer Juristenverein**

Der Juristentag 1997 findet am 26./ 27. September in Lugano statt. Behandelt wird das Thema "Die vorsorglichen Massnahmen im Zivil-, Verwaltungs- und Strafverfahren".

## Amerikanisierung der Gerechtigkeit: Die Rolle des Strafrechts

Gunther Arzt\*

### I Verfahren und materiellrechtliche Richtigkeit

Das bis zur Mitte der 20. Jahrhunderts in Europa gültige Verständnis der Gerechtigkeit ist schon in der griechischen Philosophie als Spannung zwischen materieller Richtigkeit und der Durchsetzung im Verfahren (also durch formelles Recht) beschrieben worden<sup>1</sup>. Justitia<sup>2</sup>, unsere Göttin, hält deshalb von alters her die Waage als Symbol für die Findung des materiell richtigen Gleichgewichts in der linken Hand. In der rechten Hand hält Justitia das Schwert als Symbol der Macht, mit der sie dieses materiellrechtlich richtige Resultat verteidigt bzw. verwirklicht. Eine entsprechende Darstellung der Justitia ist unter anderem am Gerechtigkeitsbrunnen von 1543<sup>3</sup> in Bern zu bewundern. Diese Sicht der Gerechtigkeit ist wohl keine Besonderheit des abendländischen Rechtsdenkens; Waage und Schwert sind in der Hand einer großen Statue der Justitia auch im modernen Gebäude des Supreme Court in Tokyo zu sehen.

Bedarf das "materielle" Recht der Feststellung und Durchsetzung im Verfahren, kann eine im Verfahren gefundene Entscheidung am materiellen Recht gemessen werden und insofern richtig oder falsch sein. Daß wir ein Verfahren abschließen, also nicht endlos nach dem richtigen Resultat suchen, ist Ausdruck einer Spannung, die von alters her in den Begriffen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit gefangen wird.

Diese grundsätzliche Sicht des Prozesses als Hilfe zur Verwirklichung des materiellen Rechts (und damit des Richtigen und Gerechten) ist immer durch ein übergreifendes Gerechtigkeitsgebot modifiziert worden: Die Verwirklichung des materiellen Rechts darf nicht mit ungerechten Mitteln herbeigeführt werden. So oszilliert die sprichwörtliche Formel "kurzen Prozeß machen" zwischen der negativen und der positiven Bewertung (kurz und gut) der zur Abkürzung des Verfahrens eingesetzten Mittel. Selbst nach heutigem Verständnis evident ungerechte prozeßrechtliche Zwangsmittel wie die Folter sollten nicht

---

\* Mein Vortrag auf der Generalversammlung der Konferenz der Schweizer Staatsanwälte in Schwyz am 17. Mai 1995 zum Thema "Verfahrensgerechtigkeit - ein hochtheoretisches Thema und seine praktische Bedeutung" hat sich weitgehend auf diesen Beitrag gestützt. Er ist zuerst in der Festschrift für Otto Trifflerer (herausgegeben von Kurt Schmoller), Wien/New York 1996 S. 527-549 erschienen. Ich danke Herausgeber und Verlag für die Zustimmung zum Nachdruck in "INFOINTERNE".

1. **G. Radbruch**, Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956 S. 280 ff. sowie S. 168 ff., 177 ff.

2. Vgl. **O.R. Kiesel**, Die Justitia, München 1984.

3. 1986 durch einen Vandalenakt zerstört, inzwischen so gut es ging nachgebaut. Zur Strafzumessung in diesem Fall BGE 117 IV 437; zum Schutz des in Bern rechtskräftig Verurteilten gegen Strafvollstreckung durch seinen Wohnsitzkanton Jura (wegen des politischen Motivs) BGE 118 IV 371.

als Ausnahmen von diesem traditionellen Konsens begriffen werden, sondern als Differenz zwischen zeitgenössischer und moderner Sicht des damals wie heute gleichermaßen geltenden Gebots des fair trial<sup>4</sup>. Zum Verfahren gehört seit jeher der Schutz der Rechte der Verfahrensbeteiligten. Mit der Umbenennung dieser Rechte in **Grundrechte** ist noch kein neues Zeitalter angebrochen. Zu einer neuen Ära führen die modernen Versuche, Gerechtigkeit zu begreifen, erst durch die **Konzentration auf Verfahrensgerechtigkeit** und konsequente Vernachlässigung der materiellrechtlichen Richtigkeit.

Es geht mir hier nicht um die ganz große moderne philosophisch-ethische Theoriediskussion<sup>5</sup>. Etwas für die Rechtswissenschaft fundamental Neues ist auf dieser Ebene nicht in Sicht: Aus gewissen Minimalannahmen - gestützt auf die Evidenz des Appells an Natur, Vernunft, Gleichheit, Egoismus, Nützlichkeit etc. - werden konkretere Gerechtigkeitsprinzipien entwickelt. - Hier interessiert die zweithöchste Ebene, auf der die Umsetzung der Theorien in mehr oder weniger konkrete rechtspolitische Postulate beginnt. Für die Wirklichkeit und Wirksamkeit dieser Transformation spielt es keine Rolle, ob die Theoriediskussion auf höchster Ebene "richtig" ist. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Ableitung rechtspolitischer Postulate aus der höchsten Stufe ihrerseits richtig oder überhaupt möglich ist. Zu dem Klima, in dem aus ganz großen Prinzipien Konsequenzen abgeleitet werden, ohne daß solche Ableitungen als Scheinbegründungen bloßgestellt werden, tragen viele Faktoren bei. Um es an der **Naturrechtsdiskussion um 1950**<sup>6</sup> zu veranschaulichen: Ihre juristischen Wirkungen sind real, auch wenn heute wieder große Skepsis über die damaligen Begründungen auf höchster Ebene herrscht und die Richtigkeit der Ableitungen aus den obersten theoretischen Grundsätzen außerordentlich zweifelhaft ist. In vergleichbarer Weise kann das Recht in den Sog von Diskurstheorien geraten, unbekümmert darum, daß echter Diskurs Wahrheitsliebe voraussetzt und diese Voraussetzung weder die an der Rechtsetzung noch die an der Wahrheitsfindung im Prozeß zentral Beteiligten erfüllen.

- 
- 4 Eingehend zur (relativen) Rechtsstaatlichkeit und Verhältnismäßigkeit des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses mitsamt der Folter (entgegen einem verbreiteten Zerrbild!) **R. Paulus, in N. Brieskorn** u.a. (Hrsg.), Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft, Paderborn etc. 1994 S. 285 ff. (= Festschrift für W. Trusen); ebenso schon **J.H. Langbein**, *Torture and the Law of Proof*, Chicago/London 1977.
- 5 Der amerikanische Einfluß ist auch hier groß, vgl. **J. Rawls**, *A Theory of Justice*, Oxford 1972. Mich hat bes. beeindruckt **D. Gauthier**, *Morals by Agreement*, Oxford 1986. - Die enorme Resonanz, die insbesondere **J. Rawls** gefunden hat, wird deutlich bei den 13 Autoren in **H.-J. Koch/M. Köhler/K. Seelmann** (Hrsg.), *Theorien der Gerechtigkeit* (ARSP Beiheft 56), Stuttgart 1994.
- 6 Vgl. nur **H. Coing**, *Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts*, Heidelberg 1947. - **K. Kühli**, *Rückblick auf die Renaissance des Naturrechts nach dem 2. Weltkrieg*, in **G. Köbler/M. Heinze/J. Schapp** (Hrsg.), *Geschichtliche Rechtswissenschaft*, Gießen 1990 S. 331 ff., 345 bemerkt zu Coing, dessen Behauptung, "objektive und überzeitliche Ziele" erkannt zu haben, "wird heute aber kaum mehr als wahre anerkannt".

Die moderne Gerechtigkeitsdiskussion kreist um Verfahrensgerechtigkeit in Verbindung mit **buzzwords** wie **Diskurs**<sup>7</sup>, **Akzeptanz**<sup>8</sup> und eine **Legitimation**, die sich ihrerseits primär auf den Verfahrensaspekt stützt. Die Spannweite der den Akzent auf Verfahrensgerechtigkeit legenden Äußerungen ist groß. **Niklas Luhmann** ist geglückt, was nur selten gelingt, den Zeitgeist in einer kurzen Formel einzufangen: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft; Der Kampf ums Recht; Die Flucht in die Generalklauseln; Der Richter als Gesetzgeber; **Legitimation durch Verfahren**<sup>9</sup>. Zwischen Verfahrensethiken, System- und Diskurstheorien sowie juristischen Argumentationslehren bestehen wichtige Differenzen, was nichts daran ändert, daß in der Betonung des Verfahrensaspektes ein gemeinsamer Nenner sichtbar wird<sup>10</sup>. Die juristische Umwandlung der materiellen Richtigkeit in Verfahrensgerechtigkeit liest sich bei **W. Bottke** so<sup>11</sup>: "Materiell verfahrensgerecht heie ein juristischer Einzelfallentscheid zustande gekommen, wenn die relevanten Fakten des umgangssprachlichen Lebenssachverhalts zutreffend zum fachsprachlichen Fall erhoben und die relevanten rechtssprachlichen Normen korrekt zur fachsprachlichen Regel interpretiert wurden." An solchen Formulierungen zeigt sich der Sog des Redens über den Diskurs<sup>12</sup>, in dem auch die juristische Argumentationskunst neues Interesse gefunden hat<sup>13</sup>. Die gründliche und

- 
- 7 Zum Diskurs vgl. **J. Habermas**, Erläuterungen zur Diskurstheorie, Frankfurt/Main 1991 (zu **Kant, Hegel** und **Rawls**); **ders.**, Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt/Main 1992; aus schweizerischer Sicht **D. Dürr**, Diskursives Recht, Zürich 1994 (weitgehend beschränkt auf überindividuelle Konfliktlagen und die *lex ferenda*) und zur Verbindung von Diskursethik und Staatslehre **Jörg Paul Müller**, Demokratische Gerechtigkeit, München 1993. - **K. Lüderssen**, Kriminologie, Baden-Baden 1984 N. 131 ff., 141 ff. hat Rechtsgutsbegründung durch Diskurs am Beispiel des Drogenstrafrechts demonstriert.
- 8 **Benda**, Akzeptanz als Bedingung demokratischer Legitimität, Bonn 1988; empirisch **J.W. Pichler/ K.J. Giese**, Rechtsakzeptanz, Wien etc. 1993.- Zum Zusammenhang moderner Akzeptanz- bzw. Diskurstheorien und älteren Rechtsgeltungs-(Anerkennungs-)theorien **K. Lüderssen**, JZ 1993 S. 458 (Bespr. von **J. Habermas**) sowie **P. Koller/W. Krawietz/P. Strasser**, Institution und Recht, Berlin 1994 (darin **O. Weinberger** S. 171 ff.).
- 9 **v. Savigny** (1814); **R. v. Jhering** (1872); **J.W. Hedemann** (1933); **A. Meier-Hayoz** (1951) und **N. Luhmann**, Legitimation durch Verfahren, 1969; 3. Aufl., Neuwied 1978.
- 10 Zum Vertrag inklusive Gesellschaftsvertrag bemerkt **N. Luhmann**, Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/Main 1991 S. 69, die bisherige Literatur habe den Konsens als Ergebnis überschätzt und den Proze der Kommunikation unterschätzt. - Eine erste nähere Auseinandersetzung mit **N. Luhmann** aus strafrechtlicher Sicht findet sich bei **H.-L. Schreiber**, Verfahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit, ZStW 88 (1976) 117 ff.; dort auch zu Diskursidealen. Zur modernen Diskussion, die lieber mit einem "hin" zum Rechtsfrieden als Prozeziel argumentiert als mit einem "weg" von der Wahrheit, **K. Volk**, Prozevoraussetzungen im Strafrecht, Ebelsbach 1978 S.183 ff., 193 ff. (auch zu N. Luhmann, dazu hier Fn. 9, 12). **P. Rieß**, Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafverfahrensrecht, in FS K. Schäfer, Berlin etc. 1980 S. 155 ff., 169 bemerkt zu Luhmann, seine Theorie beinhalte "ein von seinen materiellen Bezugspunkten abstrahiertes, prozeimmanentes Prozeziel". Näheres bei **W. Gephart**, Gesellschaftstheorie und Recht - Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne, Frankfurt/Main 1993 S. 112ff., 127ff..
- 11 **W. Bottke**, Materielle und formelle Verfahrensgerechtigkeit im demokratischen Rechtsstaat (Schriften zum Prozerecht, Bd. 39), Berlin 1991 S. 32. - Zur formellen Verfahrensgerechtigkeit ebenda S. 33 ff.
- 12 **Luhmann**, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main 1993 S. 348: "Blickt man mit ausgeprägten Theorieinteressen auf das zurück, was in den vergangenen Jahrzehnten unter der Bezeichnung 'Argumentationstheorie' Karriere gemacht hat, findet man wenig Hilfreiches", ebenda "resolute Resignation im Stile der Frankfurter Schule". Zur Kritik an Luhmann vgl. **J. Habermas**, Faktizität (wie Fn. 7) 70 ff. und bes. 576 ff.
- 13 Grundlegend **R. Alexy**, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt/Main 1983; vgl. auch **U. Neumann**, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986 (dort S. 92 ff. und bei **J. Habermas**,

deutliche Auseinandersetzung mit diesem Trend durch **H.-L. Schreiber**<sup>14</sup> hat nur als retardierendes Moment gewirkt.

Das meiner Ansicht nach schönste Beispiel für ein dialogisches Strafverfahren findet sich bei **F. Dürrenmatt**, Die Panne<sup>15</sup>: Bei einem Menschen, der sich nicht bewußt war, daß er einen Mord begangen hatte, wird im freundschaftlichen Gespräch die Einsicht geweckt, daß er ein Mörder (und zwar durch Reden!) ist.

Aufmerksamkeit gefunden haben neben juristischen Argumentationskünsten auch Gestik und andere triviale Formen der juristischen Rhetorik<sup>16</sup>. Der amerikanische Einfluß liegt auf der Hand: Da das amerikanische System auf ein Plädoyer vor Laien (Geschworenen) als seinen theoretischen Höhepunkt hin orientiert ist, werden die Kniffe wichtig, mit denen man diese Laien beeindruckt. Handbücher mit Tips für psychologisch und rhetorisch wirksames Auftreten des Juristen vor Geschworenengerichten sind in den USA nichts Neues, gerade weil dieses Thema in der universitären Juristenausbildung weitgehend ignoriert wird.

Selbstverständlich läßt sich hier wie anderswo moderne und traditionelle Sicht nicht völlig trennen. Im **Spiel** ist von jeher der richtige Ausgang auf die Einhaltung der Verfahrensregeln reduziert worden. Dabei ist das Spiel nicht um seiner selbst willen wichtig, sondern wegen der Parallelen zum **Markt**, der zu einem Preis führt, der gerecht (richtig) ist, weil die ökonomischen Spielregeln<sup>17</sup> eingehalten worden sind. Erst wenn man selbst einen ungünstigen Spielausgang hinnehmen würde, weil alle Spielregeln eingehalten worden sind, kann man von einem Mitspieler erwarten, daß er seinerseits das für ihn ungünstige Resultat unter eben diesen Bedingungen akzeptieren werde. Diese spielerische Variation des Kant'schen Imperativs gilt jedoch für den Prozeß gerade nicht. Sein Ausgang ist nicht richtig, weil und wenn die Verfahrensregeln eingehalten worden sind. Dem Unschuldigen ist die Gerechtigkeit der lebenslangen Freiheitsstrafe nicht mit der Begründung schmackhaft zu machen, daß die Strafe in einem fairen Verfahren verhängt worden sei.

---

Erläuterungen - wie Fn. 7 - S.165 zu Problemen einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation). Klassischer Vorläufer **U. Klug**, Juristische Logik, 4. Aufl., Berlin etc. 1982. Freilich streben die Argumentationstheorien wie schon Darstellungen der Allgemeinen Rechtslehre, Rechtstheorie und Gesetzgebungslehre nach mehr praktischer Wirksamkeit; vgl. **J. Esser**, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt/Main 1970; **T. Viehweg**, Topik und Jurisprudenz, 1. Aufl., München 1953 und **P. Noll**, Gesetzgebungslehre, Reinbek 1973.

14 **H.-L. Schreiber** (wie Fn. 10) 146, Fazit: "... ein 'Diskurs' kann das Strafverfahren nicht sein".

15 Dazu **G. Arzt**, ZStrR 106 (1989) 1. - Daß die Bestrafung als Ziel des Strafverfahrens "regelmäßig nicht auf 'emanzipativem Wege' erstrebt, sondern dem Betroffenen eher aufgezwungen" wird (so **J. Wolter**, Aspekte einer Strafprozeßreform bis 2007, München 1991 S.19), klingt wie ein Vorwurf, dazu auch Fn. 29, 51.

16 **F. Haft**, Juristische Rhetorik, Freiburg/Brsg., München 1978.

17 Weiterführend **D. Gauthier** (wie Fn. 5).

Die folgenden Ausführungen gehen von der **Prämisse** aus, daß die Theoriediskussion über Gerechtigkeit sehr reale, vielleicht sogar fast banale Ursachen hat, die wesentlich in Besonderheiten des amerikanischen Strafrechts liegen. In diesem Sinne ist das hier gebrauchte Schlagwort von der Amerikanisierung der Gerechtigkeit zu verstehen. Mein Versuch, einen Trend komprimiert und zeittraffend darzustellen, beschränkt sich auf das Strafrecht. Verbindungen zu dem Phänomen, das **W. Wiegand**<sup>18</sup> als **Rezeption des amerikanischen Rechts** beschrieben hat, liegen nahe.

## II Die Rolle des Strafrechts

### 1. Kein materiellrechtlicher Verlust beim Freispruch des Schuldigen

Das Strafrecht eignet sich wie kein anderes Rechtsgebiet zur Verdrängung der materiellrechtlichen Realität, weil das Gewicht eines materiellrechtlich falschen Urteils unterschiedlich eingeschätzt wird, je nachdem, ob es zum Freispruch des Schuldigen kommt oder zur Verurteilung des Unschuldigen. Muß eine Erhöhung der Qualität des Gerechtigkeitsgehalts des Verfahrens mit einem Ansteigen der materiellrechtlichen Fehlurteilsquote in dem Sinne bezahlt werden, daß es zur Vermehrung der Freisprüche Schuldiger kommt, sind das Kosten, die jedenfalls auf den ersten Blick nicht ins Gewicht zu fallen scheinen. Daß die Verfahrensqualität so gesteigert wird, bis die Quantität materiellrechtlich richtiger Schuldsprüche fast auf Null absinkt, scheint auch materiellrechtlich hinnehmbar zu sein, nach dem Motto, lieber tausend Freisprüche Schuldiger als eine Verurteilung eines Unschuldigen.

### 2. Das theoretisch maximal rechtsstaatliche Verfahren und seine praktische Umgehung

Da hinter dem materiellen Strafrecht nicht nur das Bedürfnis nach Freispruch Unschuldiger steckt, sondern auch das Bedürfnis nach Verurteilung Schuldiger, muß es zu Reaktionen kommen, wenn das Verurteilungsinteresse auf Dauer ignoriert wird. Es entwickelt sich neben dem theoretisch maximal gerechten Verfahren ein praktisches Pseudoverfahren, das gewissermaßen ein materiellrechtliches Minimum gewährleistet. Am Strafrecht zeigt sich ein - vielleicht - allgemein gültiges Phänomen: Die Konzentration auf die Verfahrensgerechtigkeit führt erst zu einem theoretisch optimal gerechten Modell und dann zu dessen Umgehung in der Praxis.

---

18 **W. Wiegand**, Die Rezeption amerikanischen Rechts, in **G. Jenny/W. Kälin** (Hrsg.), Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, (Berner) Festgabe zum Schweiz. Juristentag 1988, Bern 1988 S. 229 ff.

Damit sind wir bei der **amerikanischen Realität**: In den USA haben verfassungsrechtliche Maximalansprüche (insbesondere die Garantie des **Geschworenengerichts** und die in verfassungsrechtlichem case law entwickelte Lehre von den **Beweisverboten**) eine als Revolution bezeichnete Betonung des Verfahrensaspektes<sup>19</sup> gebracht und zugleich die strafrechtliche Alltagspraxis so total überfordert, daß das von der Theorie her normale Verfahren mit seinen hohen verfassungsrechtlichen Standards einen Kapazitätsengpaß bewirkt hat. Dieses theoretisch normale Verfahren ist in der Praxis durch ein plea bargaining<sup>20</sup> überwuchert worden. Dieses Pseudoverfahren ist von vornherein und erklärtermaßen nicht mehr auf die Verwirklichung des materiellen Rechts gerichtet. Um 90 % der amerikanischen Strafverfahren enden mit einem Resultat, von dem alle Beteiligten wissen, daß es materiellrechtlich falsch ist. Ein materiellrechtlich richtiges Resultat ist nicht Ziel des praktisch normalen Strafverfahrens der USA.

Die **Verdrängung des materiellen Rechts** ist zur **Normalität** geworden. Das ordentliche Verfahren ist zur Ausnahme verkommen. Freilich dominiert diese Ausnahme in der Berichterstattung durch die Medien, so daß anzunehmen ist, daß die Strafjustiz durch die Öffentlichkeit entsprechend verkehrt wahrgenommen wird. Man kann sich kaum vorstellen, daß nach einer Umfrage von Associated Press die Medienschaffenden der USA für das Jahr 1994 einen erst in der Vorbereitungsphase befindlichen, erstaunlich banalen Mordprozeß als wichtigste Nachricht des Jahres einstufen (Rwanda landete auf Platz 9, der Bürgerkrieg in Bosnien auf Platz 12)<sup>21</sup>. - Anders als die Öffentlichkeit können die an der Strafjustiz Beteiligten die verkehrte Welt ihres Systems nicht verdrängen. Ertragen können sie sie auf Dauer nur durch Resignation oder Zynismus. Da weder das eine noch das andere als eine befriedigende Lösung anzusehen ist, muß es zum Versuch der Errichtung eines theoretischen Überbaus kommen, der dieser Praxis den Schein der Gerechtigkeit verleiht. Um die Nichtverwirklichung des materiellen Rechts zu ertragen, muß

- 
- 19 **Craig M. Bradley**, *The Failure of the Criminal Procedure Revolution*, Philadelphia (Penn.) 1993 (Akzent auf den Beweisverboten), wegen der rechtsvergleichenden Interessen dieses Autors neben den Arbeiten von **J.H. Langbein** (Fn. 22) als Einführung in die amerikanische Problematik besonders geeignet. Nach Bradley sind die mit dem Aufbau der Verfahrenshindernisse verfolgten Ziele nicht erreicht worden; darauf kann ich nicht eingehen. In Schweizer Kantonen, die ein Geschworenengericht auf Verfassungsstufe garantieren, sind wegen der bundesrechtlichen Kontrolle des Wahrspruchs besondere Probleme entstanden, vgl. **D. Poncet/L. Amoroso**, in *Présence et Actualité de la constitution dans l'Ordre Juridique*, Genfer Festgabe zum SJT 1991, Basel etc. 1991 S. 323 ff., 345 ff.
- 20 Ich greife auf zwei frühere Arbeiten zurück, ohne die dortigen Nachweise hier zu wiederholen: **G. Arzt**, *Der Ruf nach Recht und Ordnung; Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht ...*, Tübingen 1976 bes. S. 123 f. - vgl. auch JBI 100 (1978) 557 ff.; sowie Geständnisbereitschaft und Strafrechtssystem, in *FS Schweiz. Krim. Gesellschaft*, Bern 1992 S. 233 ff. )jap. Uebersetzung durch **M. Ida/K. Yamana**, in *Hogaku Kenkyu (Journal of Law, Politics and Sociology)* 1992 S.129 ff.; polnische Uebersetzung durch **P. Hofmanski**, in *Przeglad Policyjny* 1992, Nr. 2/3 S. 72 ff.). - Aus dem umfangreich gewordenen Schrifttum vgl. hier Fn. 10 und zuletzt mit vielen Nachweisen **T. Weigend**, *Die Reform des Strafverfahrens*, ZStW 104 (1992) 486 ff. ("Neubestimmung geht von der Annahme aus, daß die traditionellen Ziele, nämlich materielle Wahrheit und Gerechtigkeit, unerreichbar geworden seien", aaO. S. 496).
- 21 *Newsweek* v. 9.1.1995 S. 3 (betrifft O.J. Simpson), ausländische Medienschaffende stufen den Friedensprozeß im Mittleren Osten als wichtigste Nachricht ein (Platz 10 der USA-Abstimmung).

eine **Theorie** des Verfahrens und eine Theorie der Gerechtigkeit her, mit der die Verwirklichung des materiellen Rechts für zweitrangig erklärt wird.

Darüber hinaus muß es à la longue zu Bemühungen kommen, die prozeßrechtliche Realität gewissermaßen materiellrechtlich einzukalkulieren. So kann z.B. der praktisch (im plea bargaining) zugestandene enorme Strafrabatt durch Überhöhung der theoretischen Strafdrohungen vorweggenommen werden oder die materiellrechtlich eigentlich gemeinte und tatsächlich gegebene Vorsatztat, deren Nachweis an den verfahrensrechtlichen Standards scheitert, wird durch entsprechendes Absenken der materiellrechtlichen Standards als Fahrlässigkeitstat abgewickelt. Die so entstehende **Korrumpierung des materiellen Rechts** legitimiert dann ein Verfahren, weil es insofern gerecht ist oder wird, als es sowohl die Durchsetzung des rechtsstaatlich übersicherten ordentlichen Prozeßrechts als auch die Durchsetzung dieses korrumpierten materiellen Rechts vereitelt. Im Beispiel wird die theoretische (überhöhte!) Strafe dank des Verfahrens nicht verhängt oder die durch unvernünftiges Verfahrensrecht verunmöglichte Bestrafung der Vorsatztat wird unter der Flagge eines Fahrlässigkeitsdelikts erreicht.

**Beispiel:** Ein gewisser **Hayes** stand im Verdacht, einen gefälschten Scheck (in Höhe von \$ 88.30) in Umlauf gebracht zu haben. Weil Hayes schon zwei Vorstrafen wegen Verbrechen (felonies) hatte, war die normale Strafdrohung (2-10 Jahre) in seinem Fall obligatorisch lebenslang (!). Der Staatsanwalt offerierte als plea bargain 5 Jahre unter Hinweis darauf, falls Hayes "dem Gericht nicht die Unbequemlichkeit und Notwendigkeit eines Geschworenengerichtsverfahrens erspare, beabsichtige ich (sc. Staatsanwalt) eine Anklage wegen Rückfalls zu erheben" (also lebenslang). **Hayes** bestand auf Unschuldsvermutung und jury trial.- Seine Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe findet **Bordenkircher v. Hayes**, 434 U. S. 357 (1978) "constitutionally legitimate" (aaO. S. 364; das übersetzte wörtliche Zitat findet sich aaO. S. 358). An solchen Beispielen wird die Dominanz des Verfahrens deutlich, denn dem Verdächtigen werden Chancen eröffnet, die zur Verdrängung der materiellrechtlichen Richtigkeit führen. Der Verdächtige genießt eine den europäischen Verfahrensrechten (noch) unbekannt Autonomie, hat er doch großartige Chancen gegen empfindliche, bis zur Todesstrafe reichende Risiken abzuwägen<sup>22</sup>.

### 3. Schutz der Schwachen durch Formalitäten und der Profit der Starken

22 Vgl. das Beispiel unten Fn. 29; zur Kritik **J.H. Langbein**, Torture and Plea Bargaining, 46 U. Chi. L. R. 3 (1978); **ders.**, On the Myth of Written Constitutions: The Disappearance of Criminal Jury Trial, 15 Harv. J. L. and Pub. Pol. 119 (1992); sowie rechtsvergleichend **ders.**, Comparative Criminal Procedure: Germany, St. Paul (Minn.) 1977 S. 72 ff.

Die Verlagerung der Gerechtigkeit auf die Verfahrensgerechtigkeit hat dazu geführt, daß eine von der Rechtsordnung als schützenswert angesehene Partei (z.B. der sozial Schwache; der Angehörige einer Minorität) durch die Form ein Recht erhält, das dieser Partei in der Sache nicht zukommt. Eine am materiellen Recht orientierte Rechtsordnung, die z.B. den Mieter als schwächere Partei schützen möchte, wird das Kündigungsrecht des Vermieters materiellrechtlich einschränken. Eine moderne, an der Verfahrensgerechtigkeit orientierte Rechtsordnung wird einen dem Vermieter materiellrechtlich zustehenden Anspruch auf Auflösung des Mietverhältnisses oder einen dem Vermieter materiellrechtlich zustehenden Anspruch auf Mietzinserhöhung prozedural so komplizieren, daß solche Ansprüche oft nicht durchsetzbar sind. Ein materiellrechtlich bestehendes Recht auf höhere Miete scheitert nach der höchstrichterlichen Interpretation des Art. 269 d OR<sup>23</sup> daran, daß der Anspruch nicht auf dem richtigen Formular begründet worden sei (auf dem amtlichen Formular war der Anspruch zwar erhoben, aber die - materiell unstreitig korrekte - Begründung war auf diesem Formular nur durch Verweis auf eine beigelegte Kopie eines anderen amtlichen Formulars erfolgt). Es ist absehbar, daß die in der Schweiz anlaufende **Frauenförderung** sich dieses prozeduralen Schemas bedienen wird, wie man überhaupt allen möglichen Sondergruppen mit immer neuen **Sonderverfahren** zu Hilfe kommt<sup>24</sup>. Es braucht wenig Phantasie, um sich auszumalen, wie groß die latente Bereitschaft einer solchen Rechtsordnung sein muß, den staatlichen Strafanspruch gegenüber dem schuldigen Straftäter an der Nichteinhaltung geradezu beliebiger Formalitäten scheitern zu lassen.

Zugleich zeigt sich am amerikanischen Strafverfahren mit beängstigender Deutlichkeit, daß ein formellrechtlicher Schutz der "Armen" primär den "Reichen" zugute kommt - für die Armen, an die man angeblich oder wirklich in erster Linie gedacht hatte, bleiben ein paar Brosamen übrig. Dieser Verlagerungseffekt entsteht einmal dadurch, daß der Arme von der formellrechtlichen Undurchsichtigkeit nur dank der Hilfe von "Sozialarbeitern" (im untechnischen Sinne, also inklusive der juristischen Beratungsberufe) profitieren kann. Das Verfahren nährt und ernährt - ungleich stärker als materiellrechtliche Regelungen - eine **Bürokratie**. Zugleich liegt auf der Hand, daß die fachmännische Hilfe, die den Armen gewährt wird, damit sie "ihre" verfahrensrechtlichen Garantien beanspruchen können, bescheiden ist, wie es jede Sozialhilfe sein muß. Deshalb können die Armen den verfahrensrechtlichen Schutz nicht optimal ausnutzen. Erst die Reichen können sich das leisten, was im amerikanischen Jargon eine **Rolls Royce-Verteidigung**<sup>25</sup> genannt wird.

23 BGE 120 II 206 (1994). Ein solches angeblich Mieter schützendes Recht begünstigt die Konzentration des Vermietungsgeschäfts auf große Gesellschaften, denn der "kleine" Vermieter kann sich den bürokratischen Aufwand nicht leisten.

24 Berechtigte Kritik bei **R. Frank**, SJZ 84 (1988) 24. - Konkret zu rechtsstaatlichen Verlusten als Folge von Sonderverfahren **G. Arzt**, in **U. Maurer/N.P. Vogt** (Hrsg.), DSG-Kommentar, Basel 1995 Art. 34 DSG N. 27 f.

25 Nachweise im Kontext der Geldwäscherei bei **G. Arzt**, ZStrR 106 (1989) 160,164.

Dabei zeigt sich dann rasch der **diskriminierende Charakter der Verfahrensgerechtigkeit**. Das materielle Recht verschwindet bei maximaler Beanspruchung der verfahrensrechtlichen Garantien im Nebel eines endlosen Diskurses. **Reichtum macht unschuldig**<sup>26</sup>.

#### 4. Verfahrensdauer erzwingt ein materiellrechtlich falsches Resultat

Ein Aspekt des Schutzes durch Formalitäten, der besondere Hervorhebung verdient, ist ein langer **Instanzenzug**, kombiniert mit der Schwächung des Instituts der **Rechtskraft**. Beides sind Importe aus den USA.

Die Verlängerung des Instanzenzuges folgt fast zwangsläufig aus der Vermehrung der Vorschriften zur Sicherung der Verfahrensgerechtigkeit, denn je mehr Vorschriften, desto mehr Fehlerquellen. Ich erinnere daran, daß die großen Freiräume des Tatrichters im Bereich der **Beweiswürdigung** und der **Strafzumessung** durch die Kontrollbehörde sukzessive eingeengt werden<sup>27</sup>. Je strenger Urteile kontrolliert werden, desto mehr werden aufgehoben - und desto häufiger wird der wiederholte Gang durch die Instanzen. Die Einschaltung einer verfassungsgerichtlichen Kontrollbehörde nach Ende des ordentlichen Instanzenzuges ist dabei noch gar nicht berücksichtigt, vgl. dazu unten III 1.

Dem amerikanischen System eine **Schwächung der Rechtskraft** zu bescheinigen, scheint auf den ersten Blick der Verankerung des Verbots der double jeopardy in der Bundesverfassung der USA zu widersprechen. Dieses Verbot richtet sich jedoch einseitig gegen den Staat - dem Verurteilten steht eine aus kontinentaler Sicht atemberaubende Vielfalt von Rechtsmitteln zur Verfügung. Der europäischen Öffentlichkeit wird das nur ausnahmsweise bewußt, so insbesondere bei der **Todesstrafe**. Sie wird in den USA insofern in qualifizierter Form praktiziert, als der Verurteilte auf die Exekution dank der vielen Rechtsmittel lange Jahre warten muß oder darf<sup>28</sup>.

Was das den Freigesprochenen einseitig begünstigende Verbot von double jeopardy betrifft, geht es insofern über Rechtskraft noch hinaus, als es eine Berufungsmöglichkeit

26 **O.J. Simpson** (s.o. Fn. 21) hätte sich bei der Verdachtslage als armer Mann kaum einem plea bargain in Richtung Totschlag im Affekt entziehen können, völlig gleichgültig, ob er seine Ex-Frau und deren Freund wirklich umgebracht hat oder nicht. - **Nachtrag**: Das Manuskript wurde am 14.3.1995 abgeschlossen.

27 Dazu **G. Arzt**, in FS W. Stree/J. Wessels, Heidelberg 1993 S. 49 ff.

28 NZZ v. 3./4.9.1994 S. 20: Erste Vollstreckung einer Todesstrafe in Nebraska seit 35 Jahren am 2.9.1994 geht auf ein 1977 ausgesprochenes Urteil zurück. Es ist bezeichnend, daß aus europäischer Sicht die amerikanischen Bemühungen, die Todesstrafe verfahrensrechtlich besonders abzusichern, als schwere zusätzliche Beeinträchtigung des Verurteilten betrachtet werden, vgl. zum **death row phenomenon R. Clark**, Crime in America, 1970 (zitiert nach der Taschenbuch-Ausgabe, New York 1971) S. 312 sowie EGMR, **Soering v. United Kingdom**, 7.7.1989, A/161 = EuGRZ 1989, 314 mit Anm. **D. Blumenwitz** = NJW 1990, 2183 mit Anm. **O. Lagodny**; vgl. auch **T. Vogler**, in Gedächtnisschrift für K. Meyer, Berlin 1990 S. 477 ff.

der Staatsanwaltschaft gegen einen Freispruch prinzipiell ausschließt. Trotzdem ist im amerikanischen Recht die Rechtskraft massiv relativiert. Das liegt einmal am plea bargaining. Es führt zu keiner echten rechtskräftigen Erledigung, denn man möchte im Streit über die Einhaltung des Handels dem Staat den Rückgriff auf die schwerere Anklage als Trumpfkarte (bis zur Todesstrafe) zu Verfügung stellen<sup>29</sup>. - Vom plea bargaining abgesehen wird die Rechtskraft in den USA entscheidend durch das häufige Nebeneinander der Zuständigkeit der Einzelstaaten und des Bundes zur Aburteilung eines in der Sache identischen Vorwurfs geschwächt<sup>30</sup>. Praktisch wird von dieser Verfahrensverdoppelung allerdings nur Gebrauch gemacht, wenn dies aus besonderen Gründen als opportun erscheint. So hat 1992 der Freispruch der Polizisten (auf Video festgehaltene Mißhandlung des Schwarzen **R. King**) von einer auf kalifornisches Recht gestützten Anklage erst zu Ghetto-Unruhen in Los Angeles geführt und dann zu einem zweiten Prozeß nach Bundesrecht, formell ohne Verletzung des Verbots von double jeopardy.

Wie die Verfahrensdauer das materielle Recht verdrängt, ist im **Ausländerrecht** besonders deutlich zu beobachten. Aufenthaltsrechte werden zwar zunächst materiellrechtlich nicht gewährt, jedoch führt ein langes Verfahren fast zwangsläufig zur Veränderung der materiellrechtlichen Lage, denn ein Wegweisungsentscheid (oder dessen Vollzug!) wird umso unbilliger, je länger das Verfahren dauert. In diesem Erwerb eines materiellen Rechts dank eines langen Verfahrens ist die klassische Rechtsfigur der **Ersitzung** wie in einer Karikatur wiederzuerkennen.

## 5. Formalisierung, Bürokratisierung

Der Katalog der für den Diskurs (dazu anschließend III 3) förderlichen und damit das Verfahrensergebnis legitimierenden Bedingungen läßt sich ständig optimieren. So entsteht ein Netz und allmählich ein Labyrinth an Regeln des formellen Rechts. Obwohl **theoretisch** eine informelle Atmosphäre eine Bedingung für einen gelungenen Diskurs sein sollte, spielt dies **praktisch** deshalb keine Rolle, weil die qualitative Absicherung des

29 **Ricketts v. Adamson**, 483 U. S. 1 (1986): Adamson, der Mittäterschaft bei einem Mord ("first-degree murder") beschuldigt, handelt eine bestimmte Strafe für "second-degree murder" aus, weil er sich als Zeuge gegen die anderen Beschuldigten zur Verfügung stellt. Die Verurteilung der anderen wird auf deren Rechtsmittel hin aufgehoben. Im neuen Verfahren will A. nicht mehr aussagen, weil er seiner Ansicht nach den Deal erfüllt habe (bzw. er will für neue Aussage neue Konzessionen). Die Staatsanwaltschaft klagt ihn nun wegen "first-degree murder" an und erreicht die Todesstrafe. Nach Erschöpfung aller Rechtsmittel findet das Verfassungsgericht alles in Ordnung. Wer sich auf eine zweifelhafte Auslegung des Deals verlasse, riskiere eben viel. A. "knew that if he breached the agreement he could be retried, and he chose to seek a construction of the agreement ... rather than to testify ... there was no indication that he did not fully understand the potential seriousness of the position he adopted", ebenda S. 2. - Ein Vorgeschmack auf die Autonomie des Beschuldigten, von der im europäischen Schrifttum erst zaghaft die Rede ist, s.u. Fn. 45 und oben Fn.15, 22.

30 Mit Recht kritisch **N. Schmid**, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 1993 S. 158.

Diskurses ohne Formalisierung unmöglich ist. Außerdem können die Nachteile einer Formalisierung durch neue Förmlichkeiten (Belehrung oder/und juristische Beistände) überwindbar sein oder überwindbar scheinen. Vom Diskurs verspricht man sich auch die Entfaltung der Persönlichkeit der Verfahrensbeteiligten (Autonomie)<sup>31</sup>. So erklärt sich die Übersteigerung von im Kern sinnvollen Prozeßrechten, z.B. dem Recht auf Gehör.

Die Entformalisierung als Charakteristikum des modernen materiellen Rechts wird so durch eine gegenläufige **Reformalisierungstendenz** im **Verfahrensrecht**<sup>32</sup> abgelöst. Bedeutung wird von jeher durch Formen und Komplikationen symbolisiert - Komplikation bedeutet im Verfahren immer auch Verzögerung und Verlängerung. Da der materiellen Richtigkeit keine Priorität zukommt, scheint die Einbuße an Gerechtigkeit vertretbar, die durch mühsame, späte oder vereitelte Durchsetzung der materiellrechtlich richtigen Lösung entsteht. Ein Freispruch aus materiellrechtlichen Gründen ist eine Rarität, d.h. erst über Prozeduren macht sich ein Anwalt bezahlt. Freilich führt diese Formalisierung nicht zur Rechtssicherheit, die man normalerweise mit Förmlichkeiten zu erreichen sucht. Das liegt daran, daß man mit biegsamen Generalklauseln operiert (Rechtsstaat, fair trial). Beispielsweise ist gerade nicht dem Gesetz, sondern einem undurchsichtigen Fallrecht zum Grundsatz des rechtlichen Gehörs zu entnehmen, wer wann was wie in den Akten sehen darf<sup>33</sup>. "Die Biegsamkeit des Rechts, das Fehlen exakter Verfahrensvorschriften, die Ungenauigkeit der Begriffe" - man versuche zu erraten, welches System so beschrieben wird<sup>34</sup>. Sogar wenn die schweizerische Judikatur unter Berufung auf **überspitzten Formalismus**<sup>35</sup> gesetzliche Regelungen als überspitzt umstößt, ersetzt sie sichere Regeln durch ein undurchsichtiges Fallrecht - die diffuse Grenze zwischen spitz und überspitzt läßt sich nur durch einen formalistischen und zugleich unsicheren Präjudizienkult bestimmen.

Formalisierung führt zwangsläufig zur **Bürokratisierung**. Das Recht wird unzugänglich; der Bürger irrt im angeblich zu seinen Gunsten errichteten Labyrinth hilflos umher. Welcher

31 **A. Eser**, in **K. Kroeschell** (Hrsg.), *Recht und Verfahren*, Heidelberg 1993 S. 21 ff., 41, zur praktischen Verkehrung durch Pressionen ebenda S. 50.

32 Zu dieser Formalisierung trägt die Bereitschaft bei, eine ungeschickte Formulierung als Rechtsfehler zu betrachten, ohne nach der Richtigkeit des Resultats zu fragen, vgl. zu Beweiswürdigung und Strafzumessung **G. Arzt**, in FS W. Stree/J. Wessels, aaO. (wie Fn. 27) 66.

33 Auch Ausdehnung von Rechten zerstört Rechtssicherheit, vgl. zum überspitzten Formalismus Fn. 35.

34 Die DDR, die so die "Brauchbarkeit des Rechts als Schutzmittel des Einzelnen" beeinträchtigt habe, **I. Markovits**, *Die Abwicklung*, München 1993 S. 89.

35 Daß diese Judikatur im Schrifttum grundsätzlich unangefochten ist, überrascht auch deshalb, weil sie weniger dem Bürger als den Juristen dient. Noch die primitivsten Fehler von Anwälten oder Notaren werden für unwesentlich erklärt, weil die Insistenz auf den Konsequenzen solcher Fehler überspitzten Formalismus bedeuten würde, vergessene Unterschrift (BGE 114 I a 20); nicht bezahlter Kostenvorschuß (wenn das Prozeßrecht daran die Fiktion der Rücknahme des Rechtsmittels knüpft, ist das überspitzt, vgl. BGE 95 II 1; 96 I 521); bis hin zum Notar, der so bequem ist, daß er bei einem vorbereiteten Grundstückskaufvertrag, bei dem überraschend für eine Seite ein anderer Vertreter erscheint als vorgesehen, den Namen nicht korrigiert, BGE 112 II 330.

Beschuldigte, der bei seiner Festnahme Fragen des Polizeibeamten beantwortet, käme wohl auf die Idee, die Aussage sei unverwertbar, weil der Polizist ihn vorher nicht darauf hingewiesen hatte, er könne einen Anwalt zuziehen<sup>36</sup>. Die **Geschäftsunfähigkeit des Durchschnittsbürgers** in juristischen Angelegenheiten führt zu einem Verbeiständungszwang, vereinfachend gesagt zum Anwaltszwang. Im Streitfall können die Kosten prohibitiv werden, d.h. die Durchsetzung des materiellen Rechts wird unmöglich. Speziell im Strafrecht ist schon oben II 3 die besondere Ungerechtigkeit beklagt worden, die darin liegt, daß ein wohlhabender Beschuldigter von einem systematisch komplizierten Verfahrensrecht ungleich mehr profitiert als ein armer Beschuldigter (oder ein reicher Beschuldigter in einem einfacheren Verfahrensrecht). Der Gleichmut, mit dem in Europa diese Entwicklung beobachtet und tendenziell nachgeahmt wird, ist wohl nur damit zu erklären, daß die Kosten eines bürokratischen Rechts weitgehend unsichtbar bleiben, weil sie auf die Allgemeinheit überwältigt werden können.

### III Verfahrensgerechtigkeit als Billigkeit

#### 1. Verfassungsrecht als Billigkeitsverfahren

Zu vermuten ist, daß die Befreiung des Verfahrens vom materiellrechtlichen Denken<sup>37</sup> nur als elementarer Vorgang gelingen kann, also nicht auf das Strafrecht oder sonst ein Teilgebiet der Rechtsordnung beschränkt sein kann. Der Einfluß des Strafrechtes ist deshalb besonders groß, weil man die Legitimation des Staates von alters her am Beispiel der Legitimation der **Todesstrafe** erörtert hat. In dieser Tradition steht die Verfassung der USA mit ihrer besonders ausgeprägten Aufwertung strafprozeßrechtlicher Garantien zu verfassungsrechtlichen Garantien. Die Dynamik, mit der sich in den USA ein strafprozeßrechtliches case law als Verfassungsrecht entwickelt hat, hat auf Westeuropa erst mit großer Verspätung übergreifen.

Von dieser historischen Verbindung Strafrecht/Verfassungsrecht abgesehen, ist dem Verfassungsrecht die umfassende (auch terminologische<sup>38</sup>) Modernisierung des Billigkeitsargumentes zu verdanken. Nichts erleichtert es so, die materiellrechtliche Realität zur Seite zu schieben wie die Berufung auf Billigkeit. Die Billigkeit erlaubt, ja

36 Zum Ausbau der Belehrungspflichten und der an Belehrungspflichtverstöße im amerikanischen Verfassungsrecht anknüpfenden Beweisverbote (und vorsichtiger Kurskorrekturen des U.S. Supreme Court in jüngster Zeit) vgl. zusammenfassend **Craig M. Bradley** (wie Fn. 19); **N. Schmid** (wie Fn. 30) 120 f., 130 ff. - Im deutschen Recht knüpft erst BGHSt 38, 214 an eine Verletzung der Belehrungspflicht des 136 StPO ein Beweisverbot.

37 Formulierung nach **H.-J. Bruns**, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938.

38 Im **Beispiel** oben 114 würde man gegen die Ausweisung nicht Unbilligkeit, sondern Unverhältnismäßigkeit anrufen. Zu Verfassungsrecht und equity neuerdings **P. Richli**, in FS A. Koller, Bern etc. 1993 S. 149 ff., 166 ff. zur Steuergerechtigkeit.

gebietet es, materiellrechtlich irrelevante Gesichtspunkte ins Spiel, sprich ins Verfahren, einzubringen. Die Einbindung der Billigkeit ins Recht war eine Errungenschaft der modernen Kodifikationen, mit ihrem Zusammenspiel von detaillierter Regelung und Generalklauseln. Aus den USA kommend, hat nach 1945 auf Europa der Vormarsch der Billigkeit im Gewand des verfassungsrechtlichen case law übergegriffen, der unaufhaltsam geworden ist, weil er durch keine materiellrechtliche Basis beschränkt ist. Es kann sinnvoll sein, wenn eine demokratische Verfassung ein aristokratisches Gremium schafft, überwiegend besetzt mit weisen alten Männern, das Entscheidungen von Verwaltungsbehörden, Gerichten und vielleicht sogar von Gesetzgebern (dazu anschließend III 3) umstoßen kann, wenn ihm diese Entscheidungen unvernünftig, unzeitgemäß, unsozial - kurz gesagt, unbillig erscheinen. Der Verfassungstext vermag als Summe von Generalklauseln den Befugnissen eines solchen Gremiums keine wirksamen Grenzen zu setzen. Je nach dem Maß an **self-restraint**, das sich dieses Gremium auferlegt, kann eine solche Kontrolle auf eine fast völlig rechtsfreie Billigkeitsjustiz hinauslaufen, als Griff hinauf zu den Sternen, wo die Gleichheit besonders lockend funkelt. Die Rechtsgemeinschaft weiß, daß in der Verfassung nichts steht über Nachtarbeit der Frau, nichts steht über die Besteuerung des Grundbesitzes im Vergleich zur Besteuerung von Wertschriften usw. Deshalb können entsprechende Entscheidungen<sup>39</sup>, die gesetzliche Regelungen umstoßen, mit Hinweis auf die Verfassung nicht oder nur ganz ungenügend legitimiert werden.

## 2. Akzeptanz und Medienakzeptanz

Nach traditioneller Sicht ist eine gerichtliche Entscheidung zu akzeptieren, weil sie wahrscheinlich materiellrechtlich richtig ist. Die sich auf nichts als ganz weiche Generalklauseln stützende Verfassungsjustiz muß ihre Entscheidungen prinzipiell anders begründen, als es bei herkömmlicher Rechtsanwendung geschieht. Die Billigkeitsjustiz muß an die Öffentlichkeit appellieren, den Entscheid zu akzeptieren, weil er vernünftig, verhältnismäßig, sozial - also billig und damit richtig - sei. **Akzeptanz**<sup>40</sup> wird in einem solchen System notwendigerweise zum Schlüsselwort. Akzeptanz setzt voraus, daß im Verfahren um einen Ausgleich der im Konflikt liegenden Interessen gerungen wird.

Akzeptanz ist kaum möglich, wenn das Urteil dem Schwarz/Weiß-Schema Recht/Unrecht

39 Zur Nachtarbeit vgl. die deutsche Entscheidung BVerfGE 85,191 (Verbot diskriminiert die Frau) und die im selben Jahr ergangene, zum gegenteiligen Resultat gelangende österreichische Entscheidung VfGH 13.038/1992; zur Besteuerung BGE 115 Ia 81. Mit **Luhmann**, Das Recht der Gesellschaft (wie Fn. 12) 347 kann "man vermuten, daß mit einem Prinzip (Verhältnismäßigkeit ... usw.) oft, wenn nicht immer, entgegengesetzte Entscheidungen begründet werden können". Konkrete Auseinandersetzung mit der im System liegenden Kurzschlüssigkeit der Begründung anhand der von BGE 114 1 a 348 bejahten Verwirkung des Rechts auf einen gesetzlichen Richter bei **G. Arzt**, recht 1991 S. 24 ff.

40 Oben Fn. 8 und zur Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren **T. Würtenberger**, NJW 1991 S. 257 ff. Zur "Negotiation and Mediation in the Public Sector - The German Experience" **Hoffmann-Riem/Lamb**, PubAdm 72, 309-326, 1994.

folgt - wobei hier offenbleiben kann, ob dieses Schema als typisch juristisch zu bezeichnen ist. Akzeptanz bedeutet Suche nach einem **Kompromiß** in der Grauzone.

**Beispiele** aus dem verfassungsrechtlichen case law der USA<sup>41</sup>: Die **Todesstrafe** ist prinzipiell verfassungsmäßig, bei ihrer Anwendung müssen aber so viele Kriterien beachtet werden, daß es außerordentlich schwierig wird, ihre Androhung verfassungsrechtlich einwandfrei vorzusehen (und noch schwieriger, sie dann auch effektiv verfassungsrechtlich einwandfrei zu verhängen). So bringt man Gegner und Anhänger der Todesstrafe gewissermaßen unter einen Hut. - **Abtreibung** ist das gute Recht der Frau, aber die Ausübung dieses Rechts kann an so viele Voraussetzungen geknüpft werden, daß die Frucht in den meisten Fällen entweder ausgetragen oder illegal abgetrieben wird. - Ein solches vermittelndes Vorgehen kann für den Rechtsfrieden in einer Gesellschaft heilsam sein<sup>42</sup>. Unvermeidlich ist, daß ein solches Billigkeitsgericht auch politisch denken muß und damit politisch beeinflussbar ist.

Weil die Verfassungsjustiz der ordentlichen Justiz übergeordnet ist, wird die ordentliche Justiz in **ihre** Rechtsanwendung Mutmassungen über die Resultate einer Billigkeitskontrolle einfließen lassen. Damit drängt das Verfassungsrecht, und mit ihm die öffentliche Akzeptanz als Richtigkeitskriterium, in die ordentliche Gerichtsbarkeit und die Verwaltungsgerichtsbarkeit hinein. Der Vergleich einer Entscheidung über eine Baubewilligung (oder Ausschaffung eines Asylbewerbers) mit einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Veruntreuung macht bewußt, wie sich unsere Strafjustiz verändern wird, sobald auch sie Akzeptanzüberlegungen anstellen wird. Die Leserinnen und Leser mögen sich die Frage vorlegen, ob sie in den beiden anderen Beispielen (Baubewilligung, Asyl) mit gleicher Strenge wie bei der Strafjustiz Akzeptanzüberlegungen von der Frage nach der materiellrechtlichen Richtigkeit trennen können und wollen.

Akzeptanz ist ein aus der Rechtsgeltungstheorie stammendes, modern gewordenes Etikett das unterschiedliche Inhalte abdecken kann. Den disparaten Akzeptanzbegriffen ist zweierlei gemeinsam: (1) **Akzeptanz ersetzt** das Kriterium der (materiellrechtlichen)

41 **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973) betrifft Abtreibung; **Furman v. Georgia**, 408 U.S. 238 (1972) betrifft Todesstrafe; jeweils mit vielem späterem case law.

42 In beiden Beispielen ist der Rechtsfrieden bekanntlich nicht erreicht worden. "Erfolgreich" dürfte die Billigkeitsjustiz vor allem sein, wenn sie eine im Recht angelegte Entwicklung etwas beschleunigt oder wenn sie Konzessionen an militante Gruppen auf Kosten einer friedfertigen Mehrheit macht, die sich solche Konzessionen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (noch) nicht abringen läßt; eine idyllischere Integrationsthese der Verfassungsjustiz vertritt **J. Habermas**, Faktizität (wie Fn. 7) 324 ff im Kontext mit "Verfahrensgerechtigkeit der politischen Meinungs- und Willensbildung". - Ein bis zur Staatskrise reichender Konflikt aus der jüngeren Vergangenheit zwischen Gesetzgeber und Verfassungsgericht ist dargestellt bei **H. Ehmke**, Wirtschaft und Verfassung; Die Verfassungsrechtsprechung des Supreme Court zur Wirtschaftsregulierung, Karlsruhe 1961. - **A. Kaufmann**, in Mélanges Pierre Engei, Lausanne 1989 S. 175 ff. hat die Frage aufgeworfen, wie sich eine emanzipative Verfassungsjustiz mit den spezifisch schweizerischen direkt-demokratischen Mitwirkungsrechten bei Verfassungsänderungen verträgt.

**Richtigkeit;** (2) erst Akzeptanz bringt das Verfahren zu einem Abschluß. **Ohne Akzeptanz kein Verfahrensende**, also auch keine Hinnahme des juristischen Rechtskraftargumentes. Hier wird die Verbindung zur Thematik eines mittleren und kleinen **Widerstandsrechts** deutlich. **Kirchenasyl** und **Bürgerwehr** basieren (auch) auf der fehlenden Bereitschaft, staatliches Handeln bzw. Unterlassen als Konsequenz eines abgeschlossenen Verfahrens zu akzeptieren. Die gut gemeinte **Stärkung der Diskurselemente in der Demokratie**<sup>43</sup> dürfte den Einfluß der aristokratischen Elemente stärken, die sich das ewige Reden leisten können. Neben den Mächtigen werden auch gut organisierte, militante Minoritäten überproportional profitieren. Der dramatische Ansehensverlust der Profession der Politiker als Diskursvermittler ist in den USA im Umfeld der Kongreßwahlen im November 1994 deutlich geworden. Uns sollte das nicht als Vorbild, sondern als Warnung dienen.

Die Akzeptanz des Verfahrensabschlusses (und damit des Resultats) wird abgeleitet aus der Fairneß der Methode, die zum Resultat geführt hat: **Diskurs**, dazu anschließend 3. Akzeptanz (oder ihr Fehlen) wird sichtbar und meßbar an Zustimmung oder Kritik der öffentlichen Meinung. Diese **öffentliche Meinung** wird ihrerseits wesentlich durch das Echo in den Medien erzeugt. Der politische Akzeptanzbegriff macht es verständlich, daß sich die Medien mit der Rolle eines Echos nicht begnügen wollen, sondern umgekehrt erst von der Verfassungsjustiz - und bald von der ordentlichen Gerichtsbarkeit - erwarten, daß sie die öffentliche Meinung echot<sup>44</sup>.

### 3. Vom Diskurs bei der Rechtsetzung zur Rechtsanwendung

Rechtsetzungsverfahren kommen nie wirklich zum Abschluß, weil die Debatte de lege ferenda weitergehen kann; deshalb zerstört die Übertragung des für die Rechtsetzung vielleicht sinnvollen Denkens in Diskurs- und Akzeptanzmodellen auf die Rechtsanwendung die Rechtskraft und mit ihr die Rechtssicherheit, s.o. II 4.

Die Verfahrensgerechtigkeit kann die Frage nach der materiellen Richtigkeit verdrängen, weil die Akzeptanz des Resultats an die Fairneß des Weges anknüpft, auf dem es erreicht worden ist. Damit wird ein Anreiz geschaffen, losgelöst vom positiven Recht über die Bedingungen nachzudenken, die erfüllt sein müssen, damit von einer fairen Austragung von Meinungsverschiedenheiten gesprochen werden kann. Im Strafprozeß rückt statt der

43 Vgl. Fn. 7. Da Diskurse institutionalisiert werden müssen, läuft die Verstärkung der Diskurselemente auf Verzögerung bis Undurchsetzbarkeit der mehrheitlich als richtig angesehenen Lösung hinaus. Wie beim rechtsstaatlich übersicherten Strafverfahren bleibt die richtige Lösung auf der Strecke. Es wäre reizvoll, der Frage nachzugehen, welche Parallelen zum rechtsstaatswidrigen Kurzschluß des plea bargaining in Demokratien schon existieren oder entstehen werden, die durch institutionalisierte Diskurse blockiert worden sind.

44 **A. Eser** (wie Fn. 31) 34 hat diesen "Krisenherd" auf die Formel gebracht: "Pervertierung der Öffentlichkeit vom Kontrollorgan zum Bedrohungspotential"; **Beispiel** BGE 116 1 a 14.

Schuld die Fairneß des Schuldialoges zwischen Angeklagten und Richtern am runden Tisch der Hauptverhandlung in den Mittelpunkt. Aufgabe des Richters ist nicht die Findung einer materiellrechtlich richtigen Strafe, sondern **die Strafe wird im Verfahren hergestellt**<sup>45</sup>. Man spürt das Fächeln eines Windes, der als Sturm Wahrheitsfindung und Rechtsfindung hinwegzufegen droht. Der Witz des amerikanischen Strafverfahrens ist, daß es "jede Hoffnung auf Wahrheitsfindung von vornherein aufgibt"<sup>46</sup>. Im plea bargaining wird weder Wahrheit noch Recht gefunden - sie werden hergestellt. - Was diese schöpferische Funktion des Verfahrens betrifft, erlaubt der schillernde Begriff der Fairneß Anleihen bei Diskursmodellen bei gleichzeitigem Verzicht auf eine Wahrheitspflicht aller Beteiligten: "Einem auf die Wiedereingliederung in die Rechtsgemeinschaft ausgerichteten Strafrecht muß auch eine kooperative Form des Strafverfahrens entsprechen"<sup>47</sup>. Dabei dürfte spezifisch amerikanisch die Vorstellung sein, daß ein Verfahren nur fair sein kann, wenn wie beim Spiel jede Seite eine Gewinnchance hat. Das begünstigt den Aufbau von Verfahrenshindernissen, denn nur so kann man Freispruchschancen auch für klar Schuldige schaffen. Auch wenn man nicht so weit gehen möchte, bleibt zu fragen, welche Anreize man eigentlich für den klar Schuldigen - also den Normalfall des Strafverfahrens! - schaffen will, damit für diese Gruppe die Beteiligung am Verfahren überhaupt attraktiv wird. Die massiven Rabatte, mit denen die USA auch klar Schuldigen die Teilnahme am plea bargaining schmackhaft machen, sind in unserem System erst (immerhin!) im **Strafvollzug** vorgesehen. An Stelle eines Urteils, das vom Vollstreckungsverfahren vorgefunden wird und hinzunehmen ist, gestaltet das moderne Vollstreckungsverfahren die Vollzugsrealität. Rabatte bis zu 50% (Urlaube nicht eingerechnet), wie sie § 57 I Nr. 2 des deutschen StGB vorsieht, führen dazu, daß ein Fehlverhalten im Vollstreckungsverfahren (das im Vergleich zur Straftat geradezu läppisch wirkt) zu gleich langem Freiheitsverlust führt wie das Verbrechen, das den Anstoß zum Strafvollzug gegeben hat. Daß dieses Vollzugsfehlverhalten weder bestimmt beschrieben ist, noch in einer dem Strafverfahren vergleichbaren rechtsstaatlichen Weise untersucht wird, macht diese sich progressiv gebenden Rabatte zum Skandal.

Es ist bemerkenswert, daß der Überdruß der Bevölkerung gegen den ewigen Diskurs, der das materiellrechtliche Resultat zur Manövriermasse immer neuer Verfahren degradiert,

45 Die wohl schon herrschende neue Terminologie kommt bereits im Titel zum Ausdruck bei **H.-J. Albrecht**, Strafzumessung bei schwerer Kriminalität. Eine vergleichende theoretische und empirische Studie zur Herstellung und Darstellung des Strafmaßes, Berlin 1995.

46 **Albert A. Ehrenzweig**, Psychoanalytische Rechtswissenschaft, Berlin 1973 S. 347; die englische Originalausgabe Psychoanalytic Jurisprudence, Leiden 1971 trägt den Untertitel "On ... Crime, Tort and Procedure", ebenda 280 "the bargained plea which foregoes the hope for truth (was **Ehrenzweig** sehr differenziert bewertet).

47 **J. Baumann** u.a., Alternativ-Entwurf (AE), Novelle zur Strafprozeßordnung; Strafverfahren mit Nichtöffentlicher Hauptverhandlung, Tübingen 1980 S. 21; zum sog. Tatinterlokut vgl. **J. Baumann** u.a., AE ..., Reform der Hauptverhandlung, Tübingen 1985 S. 53 ff. (auch zur Einführung eines Wechselverhörs); weitere Hinweise auf Literatur zum dialogischen Strafverfahren bei **G. Arzt**, oben Fn. 15.

sich in den USA in jüngster Zeit ausgerechnet im Strafvollzugsrecht Bahn bricht<sup>48</sup>. Der Slogan "**truth in sentencing**" verlangt nach einer Wahrheit, die im Vollzug nicht neu verhandelbar ist: Die ausgesprochene Strafe ist ohne Abstriche zu vollziehen bzw. es ist die effektiv zu vollziehende Strafe auszusprechen, wie der effektive Zins für Kleinkredite gemäß der truth in lending Gesetzgebung genannt werden muß.

Das Verhältnis des Rechtsetzungsverfahrens zu **Sachzwängen** kann hier nicht diskutiert werden. Die Neigung nimmt zu, Wissenschaft zur Glaubenssache zu erklären - damit wird der Aberglaube mehrheitsfähig. Auch wo der Aberglaube in der Minderheit bleibt, werden von lautstarken Sektierern ermüdende Diskurse erzwungen. Die Justiz tut sich nicht nur bei historischen Wahrheiten schwer, denen entgegenzutreten, die ihren Aberglauben für eine "wissenschaftliche Auseinandersetzung" (im Beispiel "mit der geschichtlichen Vergangenheit") halten, BGHSt 40, 97, 102. Wo schon zu relativ harten Wissenschaften wie der Medizin eine Alternative für möglich gehalten wird, geraten weichere Wissenschaften wie die Nationalökonomie in Gefahr, daß demokratische Mehrheitsentscheidungen die volkswirtschaftswissenschaftlichen Gesetze des Tages bestimmen, statt umgekehrt<sup>49</sup>. Bei der **Rechtsanwendung** haben wir es noch schwerer, gegen Aberglauben anzukämpfen, etwa wenn es aufgrund ganz unvernünftiger Zweifel in einem Indizienprozeß zum Freispruch kommt, unter (irriger) Berufung auf das Prinzip in dubio pro reo<sup>50</sup>. Es sind eben nicht nur spektakuläre Fälle wie die Ermordung von Präsident John F. Kennedy, in denen die Justiz mit einem abergläubischen Vorurteil der Öffentlichkeit zu kämpfen hat. Wenn die Akzeptanz der Strafe als Institution (sei es in der Öffentlichkeit, sei es unter Fachleuten) auf die Resozialisierung als Strafzweck gestützt wird, hat man bei so manchem Sachverhalt den Eindruck, daß es schon fast Aberglauben ist, wenn man sagt, die Strafe "diene" der Wiedereingliederung<sup>51</sup>.

#### IV Konsequenzen für die Kriminalitätskontrolle

48 vgl. Fn. 51

49 **G. Bush** hat als Vizepräsident der USA dafür das Wort "Voodoo-Economics" geprägt. Der Wirtschaftswissenschaftler **A. Meier** hat die Ökonomie als "Quasireligion" beschrieben, NZ v. 30./31. Januar 1993 (Nr. 24) 39.

50 Näher **G. Arzt**, ZbJV 129 (1993) 1 ff., 10. - Insbesondere bei Mangellagen ist die Neigung der Juristen groß, statt einer offenen Zufallsauslese mit pseudowissenschaftlichen Auswahlkriterien zu arbeiten (numerus clausus!); vgl. allgemein **P. Huber**, Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom, New York 1991; zum Bendictin-Fall (Merrell Dow Arzneimittel, das angeblich Geburtsschäden verursacht) Newsweek v. 29.3.1993 S. 48 ff.

51 Kalifornien hat 1976 durch Eingriff des Gesetzgebers die Resozialisierung als Ziel des Strafvollzugs beseitigt, näher **S.H. Kadish**, The Criminal Law and the Luck of the Draw, 84 J. Crim. L. and Criminology 679, 701 (1994). - Eine empirische Untersuchung der Folgen des Übergangs vom autoritären Strafvollzug zu einem "human relationship model" zeigt nicht nur die Bürokratisierung, sondern auch die Viktimisierung der Gefangenen durch Mitgefangene als Preis für den Systemwechsel, **James B. Jacobs**, Stateville, The Penitentiary in Mass Society, Chicago and London 1977. Zu optimistisch **K. Lüderssen**, wie Fn. 7, N. 674 zu emanzipativer Therapie bei erzwungenen Diskursen im Strafvollzug.

## 1. Straftat als Produkt eines Zuschreibungsprozesses

Die Rolle des Strafrechts wäre unvollständig beschrieben, wollte man sich darauf beschränken, die strafrechtlichen Probleme als Treibstoff des Prozesses zu sehen, der zur Verkümmern der Gerechtigkeit zur Verfahrensgerechtigkeit geführt hat und noch führt. Das Strafrecht treibt diesen Prozeß und wird von ihm getrieben. Das kann soweit gehen, daß die Straftat als materiellrechtliche Realität (und Basis eines das materielle Recht verwirklichenden Prozesses) in das Produkt eines Zuschreibungsprozesses verkehrt wird. Freilich hat sich der **labeling approach** als radikale Position so wenig durchgesetzt wie der **Abolitionismus**<sup>52</sup>. Wie die Realität der Krankheiten so mächtig ist, daß die allgemeine Gesundheit nicht durch Abschaffung der Ärzte herbeigeführt werden kann, so ist die Kriminalität zu real, als daß man sie wegdefinieren oder durch Abschaffung der Strafjustiz beseitigen könnte.

## 2. In dubio pro reo

Immerhin ist im Laufe der letzten dreißig Jahre tatsächlich wegdefiniert worden der Unterschied zwischen Unschuld und wahrscheinlicher Schuld. Der deutsche Gesetzgeber hatte erst 1968 einen wichtigen und richtigen Schritt in diese Richtung dadurch getan, daß die kostenrechtliche Differenz zwischen einem Freispruch wegen erwiesener Unschuld und einem Freispruch mangels ausreichenden Beweises beseitigt worden ist. Damit hat man sich im weiteren Verlauf nicht begnügt, sondern unter Berufung auf den alten Grundsatz in dubio pro reo (und seine neue Verankerung in der EMRK) die reale Differenz zwischen wahrscheinlicher Schuld und sicherer Unschuld mehr und mehr weggingiert. Wie nach neuer Sicht die Strafe erst im Verfahren hergestellt wird (s.o. III 3), so wird Schuld oder Unschuld im Prozeß hergestellt, d.h. wir tun heute schon fast so, als sei das Strafurteil ein **Gestaltungsurteil**, als schaffe es Schuld bzw. Unschuld, statt (wie es herkömmlicher Betrachtung entspricht) ein Feststellungsurteil, d.h. der Strafrichter findet Schuld oder Unschuld vor und hält das deklaratorisch fest.

Um nicht mißverstanden zu werden: Es kann ein legitimes Bedürfnis eines Verurteilten geben, persönlichkeitsrechtlich gegen Aufwärmung seiner Verfehlungen (insbesondere in der Öffentlichkeit) geschützt zu werden<sup>53</sup>. Ebenso kann es ein legitimes Bedürfnis geben, daß man nach einem Freispruch nicht weiter als hochgradig Verdächtiger (der man realiter war und trotz Freispruchs geblieben ist) bezeichnet wird, vor allem nicht in der Öffentlichkeit. Es kann ein legitimes Bedürfnis geben, daß man vor einer Verurteilung nur

52 Vgl. **G. Kaiser**, Kriminologie, 2. Aufl., Heidelberg 1988 § 37 N. 84 ff., 102 ff.; **K.-L. Kunz**, Kriminologie, Bern etc. 1994 § 19 N. 12 ff. zum "Kriminalisierungsprozeß".

53 Eingehend zum persönlichkeitsrechtlichen und strafrechtlichen Schutz gegen Hervorholen früherer Verfehlungen **G. Arzt**, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Tübingen 1970 S. 144 ff., 161, 291; vgl. bes. BVerfGE 35, 202 (Lebach).

als hochgradig Verdächtiger bezeichnet wird (und nicht als Schuldiger, der man in Wirklichkeit ist). Legitim können solche Bedürfnisse je nach Ausbau des Persönlichkeitsschutzes sein. Ergänzend kommt der Schutz insbesondere der Laienrichter vor dem Druck der öffentlichen Meinung hinzu, gehe es den Medien um Verurteilung oder um Freispruch.

Die atemberaubende Expansion des Anwendungsbereichs von *in dubio pro reo*<sup>54</sup> geht über die soeben skizzierten persönlichkeitsrechtlichen Bedürfnisse weit hinaus (zumal persönlichkeitsrechtliche Bedürfnisse eher durch Gegeninteressen relativierbar sind als der Grundsatz *in dubio pro reo*). Die Realität des hochgradig Verdächtigen wird verdrängt, weil dem Strafprozeß gewissermaßen das Monopol zugeschrieben wird: Dort und nur dort darf über Verdacht gesprochen werden, und am Ende soll sogar dem Strafrichter der "Ausspruch des Verdachts" verboten sein<sup>55</sup>.

Die Überdehnung des Prinzips *in dubio pro reo* wäre wohl nicht so beifällig aufgenommen worden, gäbe es da nicht eine Grundstimmung, weit über den Strafprozeß hinaus - *nil nocere*. Lieber nichts tun, als einen Schaden anrichten; im Zweifel sei der Beamte, Forscher, Mensch untätig, denn fast alles, was er tut, ist schadensträchtig. Der Freispruch erscheint als Passivität, als Nichtintervention des Staates - und wird auch deshalb attraktiv<sup>56</sup>

### 3. Rechtsstaatliche Verluste im materiellen Strafrecht

Der Gewichtsverlagerung auf das Prozeßrecht kann hier nicht weiter nachgegangen werden. Durch Beweisverbote und durch die Beseitigung von Freiräumen bei Beweiswürdigung und Strafzumessung sind verfahrensrechtliche Fehlerquellen geschaffen worden, zugleich wird die Chance eines materiellrechtlich falschen Freispruchs gesteigert, s.o. II 4. "Prozesse zu führen ist schwieriger, komplexer, aufwendiger geworden", heißt es im Rückblick des Präsidenten des Obergerichts des

54 Für die Schweiz neuerdings kritisch Bundesrichterin **M. Bigler-Eggenberger**, recht 1995 S. 20 ff. (zu besonderen Unbilligkeiten für das - mutmaßliche - Opfer).

55 **K. Peters**, 52. DJT, Bd. I Gutachten, München 1978, C 62 und ausführlich **K. Kühn**, Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln etc. 1983. Vgl. auch **S. Trechsel**, SJZ 77 (1981) 317, 335 ff., 337 f. zum Fall Adolf gegen Oesterreich.

56 Deutlicher als bei der Wahl zwischen Freispruch und Schuldspruch wird das bei der Wahl zwischen einer bedingten und einer unbedingten Freiheitsstrafe. Der Nutzen einer unbedingten Strafe ist für den Täter dubios, die schädliche Wirkung durch Verlust des Arbeitsplatzes, Störung der Familie ist dagegen handgreiflich, deshalb wird die unbedingte Strafe ungern verhängt. Dieses Denkschema gilt für die Strafe schlechthin, denn meßbar sind ihre Nachteile für den Verurteilten, nicht meßbar ihre Vorteile für die Gesellschaft, insofern führen vernünftige Erwartungen an die Strafziele zur unvernünftigen Folgerung, der Staat müsse beweisen, daß sich solche Erwartungen erfüllen, sonst werde Strafe illegitim, vgl. **W. Hassemer**, in **W. Hassemer/K. Lüderssen/W. Naucke** (Hrsg.), Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, Heidelberg 1983 S. 45 f.

Kantons Bern: "Zur Aufgabe des Strafrichters"<sup>57</sup>. Der Generalprokurator des Kantons Bern hat der Sorge Ausdruck gegeben, daß die Gerechtigkeit auf der Strecke bleiben werde gegen einen Verteidiger "als bloßen Konfrontationsstrategen ... der nicht in 1. Linie die Wahrheit, sondern den einseitigen Prozeßausgang zugunsten seines Klienten sucht"<sup>58</sup>. Wichtig erscheint mir nicht nur die Zunahme der Bedeutung prozeßrechtlicher Probleme, sondern die Abnahme der Bedeutung des materiellen Rechts. Wenn man sich die langwierige Debatte um den "Großen Lauschangriff" in Deutschland im Kontext des (1.) OrgKG von 1992 vor Augen führt, erschrickt man über das Desinteresse derselben Öffentlichkeit an rechtsstaatlichen Abstrichen im materiellen Recht. Daß bei saldierender Gesamtbetrachtung von materiellem Recht und Prozeßrecht der rechtsstaatliche Gehalt des Systems unter dem Strich infolge der Einbußen im materiellen Recht vielleicht stärker leidet, als wenn man die prozeßrechtlichen Standards absenken würde, wird gar nicht mehr gesehen. So werden beispielsweise prozeßrechtlich völlig indiskutable **Verdachtsstrafen** durch entsprechenden Zuschnitt des materiellen Rechts fast geräuschlos kriert; für Deutschland vgl. § 261 V StGB und für die Schweiz Art. 59 Zif. 3 StGB und die (Einzziehung genannte) Strafe ohne Schuld in Art. 59 Zif. 1 Abs. 2.

Auch wenn wir noch weit vom amerikanischen System entfernt sind, das nicht mehr an der Realisation des materiellen Rechts orientiert ist, wird doch auch unser System mehr und mehr vom Verfahren gesteuert, also von der Verfolgungs- und Vollstreckungskapazität, nicht vom Umfang der "realen" Kriminalität. Man kann diese Verfahrensdominanz nicht aus den USA importieren, ohne zugleich das kontinentale Recht dem Risiko praktischer Umgehungsmechanismen eines rechtsstaatlich übersicherten Verfahrens auszusetzen. Wenn auch bei uns das plea bargaining als Zerrbild des rechtsstaatlichen Strafprozeßrechts noch nicht fest verwurzelt ist, die Anfänge sind gemacht. Andere Unkräuter, die die Nutzpflanze "rechtsstaatlicher Strafprozeß" bedrängen, haben sich auch hierzulande schon breit gemacht, so trial by newspaper<sup>59</sup> und Abklärung strafrechtlicher Tatbestände durch parlamentarische Untersuchungsausschüsse (in der Schweiz wären - mehr als in Deutschland - noch die Disziplinaruntersuchungen zu nennen).

#### 4. Profiteure der Verfahrensgerechtigkeit

57 J. Aeschlimann, recht 1995 S. 25 ff.

58 M. Weber, Strafverteidigung: Eine einzige Konfrontation mit den Strafverfolgungsbehörden?, in dubio (Zeitschrift des Bernischen Anwaltsverbandes) 1992, Heft 5 S. 31 ff., 37 unter Hinweis u.a. auf E.-W. Hanack, in FS H. Schultz = ZStrR 94 (1977) 299, 302; zugleich Replik auf den Beitrag von Fürsprecherin E. Saluz, ebenda 1992, Heft 2. Zum Rütteln am Grundsatz, daß der Beschuldigte kein Recht auf Lüge hat (und der Verteidiger kein Recht, an Lügen mitzuwirken) vgl. G. Fezer, Strafprozeßrecht I, München 1986 Fall 4 N. 49, 56 f.

59 Die Medien hüten sich peinlich (von Ausnahmen abgesehen), bei laufendem Strafverfahren den Verdächtigen als Schuldigen zu bezeichnen. Statt dieser relativ harmlosen Verletzung der Unschuldsvermutung wird - unter Mißachtung einfachster strafprozeßrechtlicher Garantien - über Fehlverhalten öffentlich berichtet und gerichtet und die Justiz zum Einschreiten gedrängt, ohne daß bei diesem investigative journalism Einhaltung simpelster Fairneßregeln, Gleichbehandlung u.ä. ersichtlich wären.

Es fällt mir schwer, in der einseitigen Betonung der Verfahrensgerechtigkeit einen Gewinn für den Durchschnittsbürger zu erkennen. Ich beschränke mich auf das Strafrecht; Parallelen zu anderen Bereichen, etwa der Zersetzung des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts durch pseudo-freiwillige Selbstbeschränkungen des Bürgers in undurchsichtigen deals mit dem Staat kann ich nicht nachgehen. Im System der Kriminalitätskontrolle geht es dem Bürger primär um seine Sicherheit - als dem Gegenstück zur Kriminalität. Dieses Sicherheitsbedürfnis wird nicht mehr primär durch Bestrafung des Täters befriedigt, sondern durch **Stärkung der verfahrensrechtlichen Stellung des Opfers**. Die Wiederentdeckung des Opfers im Strafrecht bedeutet vor allem Einbezug des Opfers ins Strafverfahren und trägt so zur weiteren Komplizierung des Verfahrens bei. Die ebenfalls modern gewordene **Opferhilfe** bedeutet primär Geld für **Opferhelfer**. Die Angehörigen der täterbetreuenden Berufe (Anwälte, Psychologen, Sozialarbeiter) haben sich mit den Opfern eine zusätzliche Klientel erschlossen. Ich fürchte, für die Opfer werden nur Brosamen abfallen von dem, was die Opferhelferbürokratie verzehren wird.

Zum Verlust an Sicherheit als Schaden muß der Bürger noch sozialwissenschaftlichen Spott hinnehmen: Seine Unsicherheit sei eingebildet. Furcht wird als Produkt eines Prozesses gedeutet, in dem reale Viktimisierung als ein Faktor unter vielen erscheint und in eine Nebenrolle abgedrängt wird. Am Ende dieser Loslösung von der Realität steht ein System, das nicht mehr die Bekämpfung der Kriminalität als Ziel hat, sondern die Vermittlung des süßen Scheins, die Kriminalität sei unter Kontrolle<sup>60</sup>.

Ist wahr, daß der Durchschnittsbürger nicht profitiert, muß es mächtige Interessentengruppen geben, denen die einseitige Verfahrensgerechtigkeit nutzt. Dies ist in den vorstehenden Ausführungen schon angeklungen. Es sind nicht nur die Verteidiger, die eine Rolls Royce-Gerechtigkeit bieten wollen, sondern auch die Richter und die Juristen überhaupt<sup>61</sup>. Das Bild macht deutlich, daß es neben dem finanziellen Interesse auch um ideelle Befriedigung geht. Rechtssicherheit erfordert einfache materiellrechtliche Abstufungen, einfache Verfahren und Abstriche an Individualgerechtigkeit. Rechtssicherheit macht Juristen nicht nur brotlos, sondern auch ideell unzufrieden. Das

60 Vgl. **meine** Bespr. von **H.-J. Kerner**, Kriminalitätseinschätzung und Innere Sicherheit, Wiesbaden 1980, in MschrKrim 65 (1982) 56 f. und zu idyllisierenden soziologischen Untersuchungen **G. Arzt**, Kriminalistik 1981 S.117 ff., 121. Die Illusion einer relativ heilen Welt wird politisch auch mit ablenkenden Argumentationsmechanismen erreicht, etwa wenn im schweizerischen Aktionsprogramm "Innere Sicherheit 1994" Gewaltkriminalität i.e.S. mit Geldwäscherei und Straßenverkehrsdelinquenz zu einem Bündel geschnürt wird.

61 Aus der Kritik an komplizierten Verfahren und Advokaten greife ich heraus **S. Brant**, Das Narrenschiff (1494) und **T. Morus**, Utopia (1516). Beispiel für eine nach dem Modell Maserati verfahrenende Luxusjustiz bei **G. Arzt**, recht 1994 S. 244 (zu BGE 117 IV 302). Zu der in der Schweiz langsam einsetzenden Kritik am case law vgl. aus der Anwaltschaft Curti, NZZ vom 28.2.1995, S.15 und aus der Richterschaft **Bräm**, ZSR, nF 112 (1993) II 833 f., ferner Fn. 42, 57, 58.

verbreitete gute Gewissen der Rechtspraxis und Rechtswissenschaft, das einhergeht mit der Zerstörung der Rechtssicherheit - und zwar in einem für Europa vor 40 Jahren noch nicht vorstellbaren Ausmaß - ist nur erklärbar mit der ideellen Zufriedenheit über eine immer besser werdende Einzelfallgerechtigkeit. Amerika gilt hierzulande so sehr als Hort der Liberalität, daß man die Auswüchse der dortigen Bürokratie nicht zur Kenntnis nimmt und den Import einer Rechtswesenbürokratie nicht bemerkt. War in Europa vor etwa 40 Jahren nicht die Erwartung, daß ordentliche Gerichte und Gesetzgeber eine so einfache Materie wie die Grundregeln der Verfassung sowie der EMRK nach einer Eingewöhnungsphase begreifen würden und je länger desto weniger Entscheide der Verfassungsjustiz bzw. der EMRK-Behörden nötig werden würden?

**Otto Triffterer** sieht Strafrecht nicht nur national - und er hat sich mit national unterschiedlichen Systemen nicht nur theoretisch auseinandergesetzt, sondern sehr praktisch, etwa im Zusammenhang mit Auslieferungsfragen und dem Einwand des politischen Delikts in stürmischen Zeiten. Das ist ein Grund, warum ich an seiner Ehrung mit einem international ausgerichteten Beitrag mitwirken wollte. Mit **Otto Triffterer** verbindet mich (auch) ein ausgeprägtes Interesse am Wandern. So sympathisch mir als Wanderer das Motto sein mag, so unsympathisch ist es mir als Jurist für Verwaltung und Justiz: **Der Weg ist das Ziel.**

**Bericht über den Kurs "Orientation in U.S.A. Law" vom 9. Juli bis 5. August 1995**  
**University of California in Davis und Berkeley**

Dr. Beat Schnell, Stv Prokurator 4 des Kantons Bern

Im vergangenen Sommer hatte ich die Gelegenheit, an der University of California in Davis und Berkeley den Kurs " Orientation in U.S.A. Law" zu besuchen.

An dieser Ausbildung nahmen ca. 100 AnwältInnen (davon ca. 20 RichterInnen bzw. Staatsanwälte, leider keine Staatsanwältinnen) aus der ganzen Welt teil. Der Kurs war mit ausgewiesenen Referenten sehr intensiv. In folgende Rechtsgebiete wurde eine Einführung gegeben:

- Verfassungsrecht
- Gesetzgebungsprozess
- Gerichtsorganisation (mit Teilnahme an Gerichtsverhandlungen und Gesprächen mit Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern)
- Landesrecht und Verhandlungstaktik
- Beweisrecht
- Strafrecht, Strafprozessrecht (federal and state)
- Zivilprozessrecht
- Internationale Schiedsgerichtsverfahren
- Vertragsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Produkthaftungspflicht
- Sachenrecht
- Arbeitsrecht
- Bankrecht
- Konkursrecht
- Steuerrecht
- Einwanderungsrecht.

Ausserdem wurden wir mit der amerikanischen Fallbearbeitungsmethodik inklusive Auffinden von Fällen und Literatur, insbesondere per Computer mit dem Programm "Lexis", vertraut gemacht und hatten fast täglich Spezialkurse in "Legal English".

Da ich als Spezialgebiet Straf- und Strafprozessrecht gewählt hatte, war der Ueberblick hier wesentlich tiefer. Wir besuchten auch zwei Gefängnisse mit verschiedenen Sicherheitsstufen bis hin zur Todeszelle, sprachen eingehend mit Richtern, Staatsanwälten und (amtlichen) Verteidigern und konnten am Ende des Kurses ein von einem Richter,

Staatsanwalt und Verteidiger unter Mithilfe von Rechtsstudenten simuliertes Strafverfahren bei einem Tötungsdelikt in allen wesentlichen Abschnitten von der Anzeige bis zum Urteil verfolgen.

Was hat mich nun am meisten beeindruckt, wo sehe ich Einflüsse auf unsere Rechtsordnung?

Im Vergleich zu unseren Hauptverhandlungen in Strafsachen ist mir primär die **Autorität und Souveränität** der Richter (Your Honour) mit beeindruckender **Disziplin** in den Verhandlungen aufgefallen. Der Richter empfindet sich als absolut unabhängige Instanz, die sowohl für die Einhaltung der Spielregeln zwischen den Parteien wie auch als Garant gegen ungerechtfertigte Eingriffe des Staates in die Privatsphäre der Rechtsunterworfenen verantwortlich ist, die im System der Checks and Balances gegen die Exekutive und Legislative die Rolle als dritte Gewalt unbeirrbar wahrnimmt. Deshalb werden die Bundes-Richter aller Instanzen grundsätzlich auf Lebzeiten gewählt und die Richter in den Gliedstaaten auf längere Zeit mit praktisch kaum je Nichtwiederwahlen aus politischen Gründen. Dem Staat (und seinen Vertretern) wird grundsätzlich misstraut, weshalb der Richter als Schiedsrichter "fair play" garantieren muss. Das hat namentlich in Strafprozessen zur Folge, dass nicht primär die materielle Wahrheit entscheidet, sondern das Ergebnis aus dem unmittelbaren Beweisverfahren mit strikten Beweisregeln. Wenn also z.B. die Staatsanwaltschaft einen Beweis zu Unrecht erlangt hat, wird dieser samt den Früchten nicht zugelassen, und zwar als Strafe für unfaires Spiel, selbst wenn dadurch ein gefährlicher Mörder auf freien Fuss gelangt. Der Richter entscheidet auch nicht darüber, ob ein prozessualer Einwand grundsätzlich gerechtfertigt erscheint oder nicht, sondern nur, ob der von der Partei angerufene Grund für den Einwand stichhaltig ist oder nicht; mit anderen Worten sucht der Richter grundsätzlich nicht selber nach einer anderen Begründung für einen an sich gerechtfertigten Einwand, wenn der von der Partei angerufene Grund nicht zutrifft. Ganz wesentlich ist deshalb auch das von den Parteien durchgeführte Kreuzverhör v.a. mit Zeugen und Experten. Grundsätzlich kann jede Partei so viele Fragen direkt stellen, wie sie will, es sei denn, der Richter bewillige eine bestimmte Frage auf begründeten Einspruch der Gegenpartei hin nicht. Die Appellationsmöglichkeiten sind generell sehr eingeschränkt.

Beurteilt das Appellationsgericht grundsätzlich noch Rechtsfragen, so wählt sich das Obergericht des Staates Kalifornien (von wenigen Ausnahmen abgesehen) nach eigenem Ermessen nur noch bestimmte Fälle von allgemeinem Interesse aus. Ueberhaupt gilt der eiserne Grundsatz, dass die nächste Instanz wegen der Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, Prozessökonomie und nicht zuletzt auch aus Respekt vor dem Urteil des Vorderrichters nur sehr zurückhaltend Korrekturen vornimmt. Da nun aber weniger als 10% aller Straffälle überhaupt öffentlich verhandelt werden (der Rest wird eingestellt oder mittels "Plea", d.h.

Urteilsvorschlag von Staatsanwalt und Verteidiger an den Richter) erledigt, drohen zumindest die spektakulären Gerichtsverfahren unter ständiger Medienpräsenz (z.B. court TV) zum reinen Hollywood-Spektakel zu verkommen (siehe O.J. Simpson). Wer Geld hat und sich die ausgesprochen teuren privaten Verteidiger leisten kann, der hat gute Chancen, mangels Einstimmigkeit der Geschworenen einen Freispruch zu erwirken und erst noch aus der Vermarktung seines Prozesses erhebliches Kapital zu schlagen. Geld oder nicht Geld ist hier die Frage, ein vorgeschobener anderer Grund, z.B. Rassismus bei O.J. Simpson, reine Ablenkungstaktik. Im Prozess werden Zeugen und Experten in die öffentliche Arena geführt, um von den Parteien ähnlich wie in einem Stierkampf bis aufs Blut gereizt, manchmal sogar öffentlich "geschlachtet" zu werden. Die hohen Einschaltquoten machen solche Court-TV Sendungen zu idealen Werbeträgern nicht nur für Produkte, sondern auch für Politiker, Sektenführer, Karrieresüchtige etc., die durch publikumswirksame Kommentare auf sich aufmerksam machen wollen. In den letzten Jahren wurden namentlich im vorher sehr liberalen Kalifornien die Strafen und der Strafvollzug wesentlich verschärft, weil vor die Wirtschaftslobby gespannte Volkstribune es schafften, das Ruder umzudrehen. So wurde z.B. pro Delikt ein relativ enger Strafraum mit absolut einzuhaltenden Mindeststrafen in neuen Gesetzen vorgegeben, und bedingte Entlassungen aus dem Strafvollzug sind nicht vor einer bestimmten Mindestdauer möglich. Bei dreimaligem Rückfall, und sei es wegen Diebstahls eines Hamburgers, kann der Staatsanwalt ohne weitere Begründung eine minimale unbedingte Strafe von einem Jahr Freiheitsstrafe durchsetzen, wobei der Vollzug Thorberg-Verhältnissen entspricht. In zunehmend privat betriebenen und rasant vermehrten Hochsicherheitsgefängnissen werden die zu lebenslänglichen Strafen bzw. zum Tod Verurteilten bewacht. Es braucht ca. vier Mal mehr Personal (Sicherheitskräfte, Betreuung bis hin zum kleinen Spital, weil ein Transport aus dem Gefängnis zu risikoreich wäre) als Insassen. Das von mir besuchte Gefängnisareal war von Hochspannungszäunen umgeben, es gab auch Flab, um zu verhindern, dass z.B. Drogendealer von aussen mittels Helikopter befreit werden können. Die Gefangenen haben nichts mehr zu verlieren, da sie mit praktischer Sicherheit (ausser der kleinen Chance einer Revision oder Begnadigung) im Gefängnis sterben werden. So betreiben sie, gesondert nach internen Gangs, deren Zugehörigkeit durch besondere Tätowierung sichtbar gemacht wird, Bodybuilding, schauen TV und warten auf ihr Ende. In Kalifornien entschied das höchste Gericht, dass den Todeskandidaten die Wahl zwischen der Gaskammer und der tödlichen Injektion offen steht. Sie können mir glauben, dass mir dieser Gefängnisbesuch unter die Haut ging, dass mich die Blicke der Gefangenen noch lange verfolgen werden. Parallel dazu wird das Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit vermarktet, überall entstehen Quartiere, die von privaten Sicherungsfirmen bewacht werden, es werden eigene Polizeieinheiten geschaffen, Bodyguards stehen hoch im Kurs, viele besitzen Waffen, private Schulen und Universitäten haben ihre eigenen Sicherheitskräfte etc. Andererseits können bestimmte Stadtteile bzw. Quartiere, Parks etc. nur noch auf eigenes Risiko besucht werden, z.B. zu teure Radkappen am Auto können tödlich sein .

Im Vergleich dazu stelle ich fest, dass unsere Richter generell dauernd an Autorität und Souveränität verlieren. Sie ordnen sich der Exekutive und Legislative unter, sie nehmen ihre sitzungspolizeilichen Kompetenzen nicht mehr wahr, Angeschuldigte und Verteidiger können unbesorgt über nicht anwesende Polizisten, Untersuchungsrichter, Staatsanwälte und Vorderrichter ehrverletzend herziehen, ohne auch nur einmal unterbrochen bzw. nach Beweisen befragt zu werden. Ich habe es schon mehrmals erlebt, dass sich der Richter sogar beim Angeschuldigten für sein Urteil entschuldigte ("Leider ist es mir nicht anders möglich, auch ich teile Ihre Bedenken gegen dieses Gesetz, aber der Staatsanwalt würde sonst appellieren" etc.). Das Beweisverfahren, ja schon die Anschuldigung, wird regelmässig eingleisig nach der mildest vertretbaren Variante eingespurt. Unser vertrautes Rechtssystem mit freier Beweiswürdigung wurde faktisch bereits weitgehend - und wird noch immer weiter - unter potenziertem EMRK-Einfluss (der UR nimmt etliche gesetzlichen Zwangsmassnahmen nicht mehr wahr, weil er den Entscheid der nächsten Instanz fürchtet usw.) durch angloamerikanische Elemente ersetzt, und zwar immer nur einseitig als Verfahrensgarantien gegen den bösen Staat. Auf der anderen Seite scheint ein Kreuzverhör mit freiem Fragerecht der Parteien undenkbar. Die Strafzumessung wird bestimmt durch die Strafempfindlichkeit des Täters, die Strafen, komprimiert am untersten Ende des Strafrahmens, wirken vielfach geradezu lächerlich. Jede weitere Instanz will zeigen, dass ihre Auslegung und ihr Ermessen im konkreten Fall viel gerechter erscheint als die stümperhafte Kunst der Vorinstanz bzw. sogar in der gleichen Instanz die frühere Praxis der Richterkollegen. Dies führt denn auch dazu, dass z.B. im Bestechungsprozess in Zürich unmittelbar nach dem erstinstanzlichen Urteil jeder Verurteilte seine Unschuld beteuerte und sicher bis zum Bundesgericht gehen wird, da ja nur diese letzte Instanz die Wahrheit kennen kann, ja von Rechtsprofessoren so in Interviews öffentlich verkündet, überhaupt erst die richtige Auslegung der Tatbestandsmerkmale geben kann. Hollywoodähnliche Prozesse unter Mediendruck und Einmischung von allen Seiten, PUK als modernen Gerichtersatz mit Superinquisitoren, deren Befangenheit geradezu als Qualitätsmerkmal gepriesen wird, denn wer dabei war, weiss es ja bekanntlich besser, sind bei uns an der Tagesordnung.

Justitia quod vadis!

So fürchte ich, dass bei uns das Pendel demnächst ebenfalls viel zu stark zurückschwingen könnte, wenn Richter ihre Aufgabe nicht erfüllen, d.h. eben ihre Autorität in den Verhandlungen nicht durchsetzen, den Strafrahmen bei weitem nicht ausschöpfen und als Richter oberer Instanzen im Interesse der Rechtssicherheit und zur Wahrung des Respekts vor der Justiz keine Zurückhaltung üben.