

Literatur

GA0056863
Schrifttum

Professor Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, München

>>> Karsten Altenhain/Matthias Jahn/Jörg Kinzig, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess – Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009.

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. 540 S., kart. € 98,- sowie Open Access.

I. 1. Der Nutzen soziologischer Untersuchungen zur Vorbereitung einer guten Gesetzgebung liegt auf der Hand, sie gehören als Teil der Gesetzesfolgenabschätzung zum wichtigsten Bereich der Gesetzgebungslehre (Meßerschmidt, ZJS 2008, 111, 226 m.w.N.), werden aber in einer Zeit hektischer Reaktionen auf tagesaktuelle Herausforderungen immer seltener. Noch seltener ist es, dass das BVerfG den Gesetzgeber ausdrücklich verpflichtet, die Auswirkungen seiner Regelung zu beobachten und diese gegebenenfalls nachzubessern (Beispiele bilden BVerfG v. 16.3.2004 – 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, 141, 166; BVerfG v. 27.1.2011 – 1 BvR 3222/09, NJW 2011, 1578, 1582). Vollends ungewöhnlich ist es, wenn das BVerfG verlangt, die Befolgung der Gesetze durch die *Staatsorgane* zu kontrollieren, denn dabei handelt es sich in einem Rechtsstaat eigentlich um eine pure Selbstverständlichkeit. Nichtsdestoweniger hat es in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Verständigungsgesetzes vom 19.3.2013 eine solche Auflage für erforderlich gehalten (BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168 Leitsatz 2, 235 f. Rz. 121) – womöglich um seine eigenen Gewissensbisse zu beschwichtigen, als es die durch das VerständG in die StPO eingeführten Urteilsabsprachen innerhalb des von ihm im Schuld- und Rechtsstaatsprinzip verfassungsrechtlich verankerten Grundsatzes der materiellen Wahrheit fixierte und deshalb für verfassungsgemäß erklärte, obwohl die von ihm selbst in Auftrag gegebene empirische Untersuchung eine unter dem Deckmantel des Gesetzes stattfindende Aushandlung des Verfahrensergebnisses als vorherrschende Praxis offen gelegt (Altenhain/Dietmeier/May, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013) und die damalige Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger* deshalb in der mündlichen Verhandlung am 7.11.2012 selbst erklärt hatte, sie wisse ja, dass das Gesetz nachgebessert werden müsse, und bitte das Gericht, hierfür die Gelegenheit zu bekommen. Weil das BVerfG gleichzeitig die vom Gesetzgeber geschaffenen Kautelen dadurch „scharf machte“, dass es ihre Missachtung quasi als einen absoluten Revisionsgrund qualifizierte, schien es alles getan zu haben, um nunmehr die Beachtung des Gesetzes durch die Justiz und damit ein positives Ergebnis der angeordneten Überprüfung sicherzustellen.

Diese wurde mit einem gebührenden Abstand zur BVerfG-Entscheidung von ca. 5 Jahren im Auftrage des Bundesjustizministeriums von einem „Forschungsverbund“ dreier strafrechtlicher Lehrstühle durchgeführt, dem außer deren in der Strafprozessforschung exzellent ausgewiesenen Inhabern *Altenhain*, *Jahn* und *Kinzig* zumindest 9 weitere Mitarbeiter angehörten (die genaue Zahl und Funktion lässt sich der angezeigten Publikation, die nachfolgend als „AJK“ zitiert wird, leider nicht entnehmen).

2. Um auf einem so heiklen Feld zu verlässlichen Ergebnissen zu kommen, ist eine ganze Reihe unterschiedlicher Methoden verwendet worden, nämlich die Auswertung von Gerichtsentscheidungen der Revisionsgerichte, Versendung von Fragebögen an Richter aus-

3. Da die hohe Komplexität des untersuchten Feldes durch diese Komplexität des Forschungsansatzes geradezu potenziert worden ist, ist es in einer knappen Rezension unmöglich, einen vollständigen Überblick über die erzielten Ergebnisse und die dabei auftauchenden methodischen Fragen zu geben. Ich kann deshalb nur die wichtigsten Befunde und Desiderate sowie deren Konsequenzen für das zukünftige Schicksal der strafprozessualen Verständigung (vulgo „Absprachen“) herausgreifen.

a) Ein überraschender Befund, der für alle verschiedenen Methoden galt (außer der dogmatischen Analyse der BGH-Rechtsprechung in Teil B, die aber im Kielwasser von BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168 lediglich die Verlagerung der Kontrolle auf die formale Choreographie der Absprachen bestätigt und dabei gezeigt hat, dass eine insgeheim auf die Revision spekulierende Verteidigung mit dem Verbot der *reformatio in peius* im Rücken prämiert wird), bestand in der geringen Bereitschaft nicht nur, aber namentlich im Bereich der Strafjustiz, an den vom BVerfG geforderten und vom Bundesministerium der Justiz in Auftrag gegebenen Untersuchungen überhaupt mitzuarbeiten. Bei den Fragebogenaktionen verweigerten teilweise ganze Gerichte eine Teilnahme, teilweise sogar ein ganzes Bundesland (AJK 94 f., 506); die für die Aktenuntersuchung notwendige Kooperationsbereitschaft der Staatsanwaltschaften war bereits bei der Ermittlung der Aktenzeichen gering, auch bei den Rechtsanwaltskammern wurden die benötigten Daten unzulänglich zur Verfügung gestellt, und eine Befragung der Verteidiger wurde häufig schon von deren Sekretärinnen blockiert (AJK 200 ff.). Zwar meinen die *Autoren* der Untersuchung, dass das Forschungsprojekt trotzdem „dank der Mitwirkung zahlreicher Richter, Staatsanwälte und Strafverteidiger zu klaren und aufschlussreichen Ergebnissen gelangen konnte“ (AJK 507), aber wenn über alle unterschiedlichen Untersuchungsmethoden hinweg ein deutliches Widerstreben in der Praxis festzustellen ist, an der Untersuchung mitzuarbeiten, stellt sich unweigerlich die Frage, (1) worin dieser Widerstand begründet liegt, (2) was die widerstrebenden Richter, Staatsanwälte oder Verteidiger verbergen wollten und (3) inwieweit dann die Antworten der tatsächlich mitarbeitenden Interviewpartner von dem Motiv beeinflusst sein konnten, ein geschöntes, d.h. in irgendeiner Weise verharmlosendes Bild der Realität zu produzieren. Der sich bis zur Sabotage steigende Unwille der Strafverfahrenspraxis, an den Untersuchungen teilzunehmen, sticht mir deshalb besonders in Auge, weil ich selbst bei meiner Repräsentativ-Umfrage aus dem Jahr 1986 genau umgekehrt ein deutliches Bedürfnis der Richter, Staatsanwälte und Verteidiger verspürt hatte, über die bis dahin vollständig mit dem Mantel des Schweigens zugedeckte Realität zu berichten und mit der offenbar selbst als bedrückend empfundenen „Geheimniskrämerei“ Schluss zu machen. In meinem Forschungsprojekt, das trotz aller späteren Untersuchungen die bis heute einzige echte Repräsentativ-Umfrage unter allen deutschen Strafjuristen darstellt, konnte ich deshalb auf der Basis von 1195 ausgefüllten Fragebögen Ergebnisse ermitteln, die nicht (wie die aktuelle Untersuchung von *Altenhain*, *Jahn* und *Kinzig*) von vornherein durch den signifikanten Widerstand des Probandenmaterials beeinträchtigt, gewissermaßen im Kern angekränkelt waren. Die Ergebnisse der neuen

GA 2023, 518

Untersuchung können deshalb keinesfalls als eine Art fotografischer Abbildung der Verfahrenswirklichkeit angesehen werden, sondern bedürfen einer sorgfältigen Interpretation.

b) Erheblichen Zweifeln begegnet deshalb der ebenfalls überraschende *quantitative* Befund eines deutlichen *Rückganges der Absprachenquote* (nach Einschätzung der Richter soll diese bei AG etwas über 12 Prozent und bei LG etwas über 13 Prozent betragen, AJK 330, 524, während diese nach meiner Repräsentativumfrage 1986/87 schon knapp 16 %, in Wirtschaftsstrafsachen knapp 27 % betrug, s. *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren, DJT-Gutachten 1990, S. 18, und vor 15 Jahren nach Schätzungen bei 40 bis 50 % lag, s. *Hauer*, Geständnis und Absprache, 2007, 47 f. m.w.N.). Aufgrund der weiteren Erfahrungen, die ich in dieser langen Zeit in zahlreichen Kolloquien (allein über 170 im Rahmen des Instituts für Anwaltsrecht an der LMU) vor allem mit Verteidigern,

GA 2023, 517
gewählter Gerichte, Auswertung von Verfahrensakten, Online-Befragung von Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern, Interviews mit einer kleinen Anzahl von Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern sowie speziell der Behördenleiter bei der Staatsanwaltschaft (AJK Teil B-G, dort bezeichnet als „Modul 1–6“).

durch die Verarbeitung anderweitiger Untersuchungen und Erfahrungsberichte sowie teils auch selbst als Verteidiger gemacht habe, glaube ich heute zu dem Urteil berechtigt zu sein, dass die Urteilsabsprachen seit der Repräsentativ-Umfrage 1986/87 allein schon wegen ihrer formellen Legalisierung keinen kleineren, sondern einen erheblich größeren Einfluss auf die Verfahrenswirklichkeit ausüben und dass ihr jetzt bei AJK berichteter Rückgang ein bloßer Artefakt der Umfrageinstrumente ist, vermutlich weil die Richter, Staatsanwälte und Verteidiger durch die strikte Einforderung der Formalien und Äußerlichkeiten in der Rechtsprechung von BVerfG und BGH verunsichert worden sind und deshalb sowohl bei der Rücksendung als auch bei der Beantwortung der Fragebogen eine defensive Haltung eingenommen haben. Hierfür spricht auch der notorische Unterschied zwischen den Antworten der Richter und Staatsanwälte einerseits, der Verteidiger andererseits, welche letztere durchweg weitaus höhere Zahlen als Richter und Staatsanwälte genannt haben (nämlich doppelt bis dreifach so hohe, s. AJK 330 f., 524), offenbar weil sie anders als die Justiz keine Garantenstellung zur peinlich genauen Einhaltung der Förmlichkeiten besitzen und deshalb unbefangener antworten können (AJK 531).

c) Bei den *inhaltlichen* Ergebnissen steht naturgemäß die vom BVerfG vorgegebene Frage im Zentrum, ob weiterhin sog. *informelle Verständigungen* vorkommen, die die gesetzlichen Transparenzvorschriften ganz oder teilweise ignorieren. Die Antwort ist ein klares Ja, das bei AJK auch unverblümt artikuliert wird: „Informelle Absprachen sind weiterhin Bestandteil der strafrechtlichen Praxis, (wobei sich) modulübergreifend feststellen lässt, dass gegen alle Regelungen zur Verständigung verstoßen wird“, und zwar besonders häufig am AG, wobei die Richter den Anteil hier auf ein knappes Drittel, die Verteidiger auf die knappe Hälfte schätzen, verglichen mit einem Fünftel am LG in den Augen der Verteidiger, aber nur 7 % laut den Richtern (AJK 530 f.). Hauptgrund ist die „fehlende Praxistauglichkeit“ der gesetzlichen Regelung wegen ihrer zu hohen Komplexität (AJK 532 mit 368 f.), namentlich der Transparenz- und Dokumentationspflichten, die (scil. lediglich) „eher eingehalten“ würden (AJK 533 mit 257, 437 f.). Die vom Gesetzgeber im Kielwasser der schleusenöffnenden Entscheidung des 4. Strafsenats (BGH v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195) verbotene Vereinbarung einer Punktstrafe ist zumindest in verdeckter Form „typisch“ (AJK 534 mit 408 f.). Auch der nach § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO unwirksame Rechtsmittelverzicht „ist immer noch Gegenstand einer Absprache“ (AJK 535 f. mit 229).

d) Die weiteren Ergebnisse waren zu erwarten, ihr erneuter Nachweis über 30 Jahre seit meiner Untersuchung von 1986/87 und ungeachtet der gesetzlichen Regelung von 2009 ist

GA 2023, 519

gleichwohl wichtig. Offenbar hat sich die Struktur der „Verständigung“ kaum verändert. Ihr Wesen besteht in dem Austausch „Geständnis gegen Strafabatt“ (AJK 533 f. mit 155, 164, 229, 352), was bei informellen Absprachen allerdings weniger klar ausgeprägt sein soll (AJK 534 mit 374). Als Basis dient in den meisten Fällen ein sog. schlankes Geständnis, das kaum mehr als die Einräumung der Richtigkeit der Anklage enthält (AJK 390 ff.) und vom Gericht anhand der Ermittlungsakten überprüft wird (AJK 391). „Für den unverteidigten Angeklagten kommt auch bei grundsätzlich verständigungsbereiten Richtern keine Absprache zu Stande“ (AJK 535). Und über die „Wächterrolle“ der Staatsanwaltschaft, von der sich das BVerfG so viel versprochen hat (BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168, 220 Rz. 93; zu der von ihm übersehenen historischen und soziologischen Realität dagegen *Roxin / Schünemann*, Strafrechtslehre, 30. Aufl. 2022, 60), urteilt die in diesem Punkt besonders gründliche Untersuchung, die Staatsanwaltschaft komme ihr „nur bedingt nach“, und führt sogar eine beeindruckende Reihe von Belegen dafür an, dass sie ihr so gut wie gar nicht nachkommt, jedenfalls nicht in einer institutionell abgesicherten Weise (AJK 536 f.).

II. 1. Die von *Altenhain*, *Jahn* und *Kinzig* durchgeführten Evaluation des VerständG hat damit den klaren Befund ergeben, dass – um die Worte von BVerfG v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, BVerfGE 133, 168, 236 Rz. 121 zu benutzen – „sich die

gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzt (und also deren) Vorkehrungen nicht ausreichen, um das festgestellte Vollzugsdefizit zu beseitigen, so dass der Gesetzgeber der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken muss.“ „Aber irgendwelche Konsequenzen verfassungsrechtlicher Art sind hieraus bislang nicht gezogen worden“ (*Fischer* in *KK/StPO*, 9. Aufl. 2023, Einleitung Rz. 128), auch nicht von *Altenhain*, *Jahn* und *Kinzig*, die bei ihrer Erforschung der „Praxis der Verständigung“ nach dem Auftrag des BMJ bloß ein Amt und keine Meinung hatten (weshalb der Untertitel ihres Forschungsberichts, „Evaluation“, etwas zu hoch gegriffen erscheint). Dagegen hat das BVerfG in Gestalt der 2. Kammer seines 2. Senats anlässlich einer (unzulässigen!) Verfassungsbeschwerde am 29.4.2021 das obiter dictum für angezeigt gehalten, die Untersuchungsergebnisse hätten „kein strukturelles Regelungsdefizit aufgezeigt..., jedenfalls in Verfahren vor den LG (würden) die Transparenz- und Dokumentationspflichten mehrheitlich (sic!) beachtet...“ (BVerfG v. 29.4.2021 – 2 BvR 1543/20, NStZ 2021, 559 Rz. 11) – eine nicht nur skandalös oberflächliche, sondern auch durch und durch falsche Argumentation, denn die Senatsentscheidung hatte, wohlgemerkt, bereits bei einer Missachtung „in erheblichem Umfang“ ein legislatorisches Einschreiten für geboten erklärt, und das mit Recht, denn wenn selbst die Justiz die Gesetze nur noch mehrheitlich befolgt (und das sogar nur auf der Ebene der LG!), ohne dass die Verfassungsorgane dagegen einschreiten wollen, ist dem Rechtsstaat der Garaus gemacht.

2. Weil jedenfalls auf der Basis des BVerfG-Urteils von 2013 die Erledigung von Strafverfahren unter Missachtung der formellen Verständigungsregeln auch in subjektiver Hinsicht eine strafbare Rechtsbeugung (§ 339 StGB) darstellt, lässt sich (auch wenn sie von der ihre Wächterrolle laut der AJK-Untersuchung ohnehin nicht erfüllenden Staatsanwaltschaft bisher in der Praxis nicht verfolgt wird) der Befund, dass jedenfalls eine qualifizierte Minderheit der Strafrichter zur Rechtsbeugung bereit wäre, in einem Rechtsstaat nicht so larifari abtun, wie die Kammer des BVerfG es möchte. Weil wohl niemand ernsthaft behaupten wird, deutsche Strafrichter, also eine zur Durchsetzung des Rechts vermittels der schärfsten

GA 2023, 520

staatlichen Maßnahmen berufene, rechtsdogmatisch solide ausgebildete und verhältnismäßig streng selektierte Gruppe, seien in erheblichem Ausmaß zu dessen willkürlicher Beugung erzogen oder gar habituell disponiert, gibt es nur die eine Erklärung, dass die die Regeln des BVerfG missachtenden Richter in diesen einen quasi zur Apotheose verklärten, aber wertlosen formalen Krimskrams sehen oder sie sogar für eine die impliziten Gerechtigkeitsbedingungen des „Deals“ verfehlende Heuchelei halten, die zugunsten einer der konkreten Interessenlage korrespondierenden und damit materiell gerechten Lösung beiseitezuschieben keine Rechtsbeugung begründen könne. Und diese „heimlich dissentierenden“ Richter, wie ich sie nennen möchte, haben in meinen Augen zwar beileibe nicht insgesamt, aber im Ausgangspunkt durchaus recht, weil die vom 2. Senat zum Angelpunkt der Legitimität gemachte Absprachen-Liturgie in Gestalt anspruchsvoller, aber nachträglicher Transparenz an den eigentlichen Problemen vorbeigeht. Um das zu erkennen, bedarf es freilich einer Einordnung der AJK-Befunde in eine soziologische Theorie der Absprachen als einer Sonderform des Strafverfahrens sowie – auf dieser Basis – der Entwicklung der hierfür spezifischen Gerechtigkeitsbedingungen. Die dazu im Juristentags-Gutachten des *Rezensenten*, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, 1990, skizzierten Leitplanken (durch die Absprachen wird der Wertkonflikt des Strafverfahrens in einen Interessenkonflikt zurückverwandelt, dessen Auflösung den Prinzipien der Verhandlungsgerechtigkeit entsprechen muss, was einerseits die Reduzierung eines allzu großen Machtgefälles verlangt durch Verstärkung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren und andererseits ein für den Angeklagten verlässlich kalkulierbares und den Konflikt umfassend erledigendes Ergebnis, s. *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren?, 1990, 50 ff., 163 ff.) sind jedoch drei Jahrzehnte lang nicht nur nicht weiter verfolgt, sondern durch das widersinnige Oxymoron einer Beibehaltung

der richterlichen Aufklärungspflicht in § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO, die starke Limitierung der Befriedungswirkung in § 257c Abs. 2 StPO und die Unzuverlässigkeit der richterlichen Zusage an den mit seinem Geständnis vorleistenden Angeklagte in § 257c Abs. 4 StPO direkt zerstört worden. Genau das dürften die „dissentierenden Richter“ empfinden und durch eine in ihren Augen höhere Gerechtigkeit ersetzen wollen, was aber eben nur „informell“ realisierbar ist.

3. Die wirkliche Bedeutung der AJK-Untersuchung kann deshalb gar nicht überschätzt werden, sie liegt im Nachweis des weitgehenden Scheiterns der vom Verdingungsgesetz verwirklichten und vom BVerfG weiter zugespitzten Konzeption. Freilich zeigt die Reaktion der 2. Kammer des 2. Senats des BVerfG, dass die den Text der Strafprozessordnung beherrschenden Kräfte, ob der darin zu erblickenden „Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur“ (*Schünemann*, 2005) unbekümmert, gesonnen sind, das an der Wiege der contra legem eingeführten Urteilsabsprachen stehende „verhüllende Gerede“ (*Hettinger*, JZ 2011, 292) fortzusetzen.

© C. F. Müller GmbH