

## Verständigung im Strafprozess

**Tanja Feichtlbauer, Verständigung als Fremdkörper im deutschen Strafprozess?** Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des »fair-trial«-Grundsatzes, Berlin (Duncker & Humblot) 2021, 359 S., 99,90 €

### A. Einführung

Bei dem zu besprechenden Werk handelt es sich um eine von Prof. Dr. *Matthias Jahn*, Frankfurt/M., und Rechtsanwalt Prof. Dr. *Jan Bockemühl*, Regensburg, betreute Dissertation. Sie verdient unter anderem auch deshalb unsere besondere Aufmerksamkeit, weil sie in der derzeitigen rechtspolitischen Debatte sozusagen als *Punktlandung* eingestuft werden kann, denn sie ist eine ideale Ergänzung zum kürzlich vorgestellten Bericht zur Verständigung im Strafprozess von *Karsten Altenhain*, *Matthias Jahn* und *Jörg Kinzig*, der neben einer rechtswissenschaftlichen Analyse ausführlich vor allem die »Praxis« der Verständigung dokumentiert.<sup>1</sup> Dort wurde ein teilweise »unfreundliches Bild der Absprache im Strafverfahren« geliefert, die mit »nicht unbeträchtlichen Verfahrensverstöße« einhergeht.<sup>2</sup> Das lässt vermuten, dass wir die »Bewährungsphase« noch immer nicht überwunden haben, die das *BVerfG* im Jahre 2013 an die Akzeptanz dieses Verfahrenstyps geknüpft hat.<sup>3</sup> Wer nun die Arbeit von *Feichtlbauer* zur Hand nimmt, wird sich darin bestätigt fühlen, dass die Zeit kritischer Bestandsaufnahme aktueller denn je ist. Bei der eigenen Meinungsbildung über die zukünftige Ausrichtung unseres Strafverfahrens sollte man beide Abhandlungen über die rechtstheoretischen Hintergründe und die praktische Umsetzung der Absprache als »Paket« betrachten.

Schon der Titel arbeitet mit einer bewussten Provokation, indem er die Verständigung als »Fremdkörper im deutschen Strafprozess« bezeichnet – wenn auch mit einem Fragezeichen versehen. Damit wird die Richtung angedeutet, in der sich die zukünftige Diskussion nach Ansicht der *Verfasserin* bewegen muss. Die umschriebene Forschungsfrage kann man schnell oder auf Umwegen beantworten, je nachdem, wieviel Gewicht man Denjenigen beimisst, die sich im einschlägigen, schier unendlichen Chor der Kritiker und Apologeten der Regelung positioniert haben.<sup>4</sup> Dass sich die *Autorin* anscheinend mutig zugunsten einer Totalrezeption aller Stimmen dieses »Dauerbrenners« (S. 18) entscheidet, nötigt dem Leser Respekt ab. Dass sich die *Verfasserin* letztendlich dabei nicht überhoben hat, verdankt sie ihrer zielgerichteten Vorgehensweise, die von vornherein die Richtung vorgibt: Die »erste«, etwa zehn Jahre alte Evaluationsstudie von *Altenhain/Dietmeier/May*,<sup>5</sup> die einen erschreckend hohen Anteil informeller Absprachen unter Missachtung der Regeln des § 257c StPO zu Tage gefördert hatte, war anscheinend zunächst die Initialzündung für die vorliegende Arbeit. Hinzu kam dann aber vor allem die von der *Autorin* vermutete Unvereinbarkeit der Abkürzung des Verfahrens im Wege der Absprachen bei gleichzeitiger Pflicht zur Wahrheitsermittlung gem. § 244 Abs. 2 StPO, gepaart mit einem problematischen Strafrabatt, die die *Verfasserin* schon in ihrer Einleitung zum Bild eines »Widerspruchs« der Verständigung zu den Grundregeln unseres Verfahrensrechts motiviert haben. Aus ihrem Herzen macht die *Autorin* also von Anfang an keine Mördergrube, dass ihrer Meinung nach die

Frage nach der »Fremdkörpereigenschaft« der Verständigung im deutschen Strafprozess positiv beantwortet werden muss und dass dieser Widerspruch bisher nicht aufgelöst worden ist (S. 19). Mit der Arbeit soll – so hofft *Feichtlbauer* – zur Anpassung der konsensualen Verständigung an unser inquisitorisches System beigetragen werden, »soweit dies überhaupt möglich ist« (S. 20).

### B. Zum Inhalt

Dann geht es zur Detailanalyse: Im ersten Kapitel werden die Grundlagen der Verständigung dargelegt (S. 17 ff.). Behandelt wird im Wesentlichen die Verständigung in der Hauptverhandlung i. S. d. § 257c StPO, während z. B. die Einstellungsmöglichkeiten gem. §§ 153 ff. StPO weitgehend ausgeklammert bleiben. Das Argument der Befürworter einer Verständigung, dass § 153a StPO zeige, dass unser Verfahrensrecht nicht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet sei<sup>6</sup>, wird verworfen, weil die Verfassungskonformität des § 153a StPO als »Verdachtsstrafe« und als unangemessene Milde, die das Vertrauen der Bevölkerung in die Rechtsordnung erschüttere, fragwürdig sei (S. 26) und weil von der Existenz einer möglicherweise problematischen nicht auf die Zulässigkeit einer anderen, ebenfalls fragwürdigen Konzeption geschlossen werden könne (S. 28). Strafbefehlsverfahren (S. 33), beschleunigtes Verfahren (S. 34), Privat- und Nebenklage (S. 36 f.) weisen hingegen bis auf einige konsensuale Ausrichtungen keinerlei Gemeinsamkeiten mit der Verständigung auf.

Es folgt eine Darstellung der Geschichte der Verständigung vom Beginn der Diskussion in den 1980er Jahren des vorigen Jahrhunderts bis zur Entscheidung des *Großen Senats* des *BGH*<sup>7</sup> aus dem Jahr 2005 (S. 39 ff.). Die Rechtsprechung muss sich nach Ansicht *Feichtlbauers* den Vorwurf gefallen lassen, sie habe außerhalb der Grenzen einer zulässigen Rechtsfortbildung gehandelt (S. 55). Auch die Kodifikation in § 257c StPO habe keine Verbesserung gebracht, da diesem Gesetz nur »klarstellende Wirkung« zukomme – unter Offenlassen der drängenden Fragen im Hinblick auf den Aufklärungsgrundsatz (S. 69). Nur ein klärendes Machtwort des *BVerfG* hätte die Entwicklung stoppen können. Die »verfassungsorientierte Auslegung« (S. 68) durch die Grundsatzentscheidung *BVerfGE* 133, 168 aus dem Jahre 2013 wird als vorläufig eingestuft und ihr das Modell des Arbeitskreises *AE*<sup>8</sup> aus dem Jahre 2019 entgegengesetzt, das für eine völlige Re-

1 *Altenhain/Jahn/Kinzig*, Die Praxis der Verständigung im Strafprozess. Eine Evaluation der Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.07.2009, 2020, kostenloser Volltextdownload über [https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748922094.pdf?download\\_full\\_pdf=1](https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748922094.pdf?download_full_pdf=1) (URL, wie die Nachfolgende, zuletzt abgerufen am 30.03.2022).

2 *Wächter* StV 2021, 827.

3 *BVerfGE* 133, 168 = StV 2013, 353; dazu statt aller *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662.

4 Zum Einstieg siehe nur Satzger/Schluckebier/Widmaier-StPO/*Ignorl/Wegner*, 4. Aufl. 2020, § 257c Rn. 1 ff.; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 16. Aufl. 2022, Rn. 594 ff.

5 *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013.

6 *BGHSt* 43, 195 = StV 1997, 583.

7 *BGHSt* 50, 40 = StV 2005, 421.

8 *Arbeitskreis AE* GA 2019, 1 (80).

formation konsensualer Elemente im Strafverfahren plädiert, in deren Umsetzung die Verständigung im Sinne des § 257c StPO komplett abgeschafft und durch eine neue Form der Verfahrenserledigung ersetzt werden soll (S. 70).

Im 2. Kapitel wendet sich die *Autorin* der Frage zu, ob auch die »Geschichte« des deutschen Strafprozesses und die Verfahrensgrundsätze, also das, was wir als tradierte Grundkonzeption unseres Strafprozessrechts begreifen, eine Fremdkörper-eigenschaft der Verständigung belegen könne (S. 73 ff.). Der Zweck des deutschen Strafprozesses im Sinne eines inquisitorischen Verfahrenstypus mit akkusatorischen Elementen wird in der Schaffung des Rechtsfriedens gesehen, für deren Herstellung im Interesse positiver Generalprävention eine umfassende Sachaufklärung erforderlich sei (S. 96). Bei einer objektiven Betrachtung der Regelungen des Verständigungsgesetzes entstehe allerdings der Eindruck, »dass im Strafprozess die wirklich wesentlichen Punkte aus den Augen verloren werden« (S. 97). Konkretisiert wird dieses wohl noch vage Gefühl durch Hinweis auf die verfassungsrechtlichen Probleme der Verständigung im Strafverfahren (Richtervorbehalt, Gesetzlicher Richter, Gewährung rechtlichen Gehörs, Verstoß gegen das Schuldprinzip und Unschuldsvermutung – S. 98 ff.). Weitgehend wird die Vereinbarkeit mit dem GG bejaht, geortet wird jedoch ein eindeutiger Verstoß gegen das Schuldprinzip. Das Gesetz lasse es zu, dass dem allein aus prozesstaktischen Gründen abgegebenen Geständnis eine strafbefreiende Wirkung zukomme, während nur bei von Gegetragenen Geständnissen dem Schuldgrundsatz Genüge getan wird (S. 167). Zwar halte das Verständigungsgesetz in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ausdrücklich an dem Amtsermittlungsgrundsatz fest, ob das in der Praxis umsetzbar sei, sei jedoch fraglich (S. 173). Da es sich beim Prinzip der Wahrheitsermittlung um ein wesentliches Prinzip des deutschen Strafverfahrens handle, dem auch Verfassungsrang zukomme, weil es aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet werde, sei die verfassungsrechtliche Legitimation der Verständigung problematisch (S. 172).

Von den Verfahrensgrundsätzen sei aufgrund des nicht aufgelösten Widerspruchs der Aufklärung von Amts wegen und des in der Verständigung praktizierten Verzichts auf vertiefte Sachverhaltsaufklärung der Amtsermittlungsgrundsatz verletzt (S. 186). Nach Ansicht der *Verfasserin* stehe die Regelung des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO in einem »nahezu unauflösbaren« Konflikt mit der Wahrheitsermittlung. Sie sieht eine Lösung allein im *de lege ferenda* zu fordernden »qualifizierten Geständnis«, das sämtliche subsumtionsrelevanten Tatsachen anschaulich, erschöpfend und intrasystematisch abschließend überprüfbar darlege und beweise (S. 187, 251). Die Verständigung nach heutigem Verständnis mit ihrem konsensualen Hintergrund stelle hingegen einen Fremdkörper im bestehenden System dar (S. 187). Andere Prinzipien (freie richterliche Beweiswürdigung, Öffentlichkeit, *nemo tenetur*, richterliche Befangenheit, Anwesenheits- und Mitwirkungsrechte der Beteiligten) seien hingegen nicht verletzt bzw. eigentlich genauso tangiert wie im Normalverfahren (S. 221).

Nun schließt sich – sozusagen als Kabinettstück der vorliegenden Untersuchung – eine spezielle Würdigung des »fair trial«-Grundsatzes an (S. 222 ff.). Das Ergebnis ist allerdings nicht überraschend, denn natürlich nimmt es nicht Wun-

der, dass bei der Mutter aller Verfassungsgrundsätze, dem *fair trial*-Prinzip, ähnliche Unvereinbarkeiten zu verzeichnen sind wie bei den bisher georteten Verstößen gegen das Verfassungs- und Verfahrensrecht. Das Gesetz halte zwar formal am Amtsermittlungsgrundsatz fest, jedoch lasse es offen, wie dies eingehalten werden könne. »Es wäre die Aufgabe des Gesetzgebers zu konkretisieren, wie die Einhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes durch die Verständigung sinnvoll erfolgen kann. Die Regelung des § 257c Abs. 1 S. 2 StPO genügt dem Fairnessgrundsatz daher nicht« (S. 251).

Die Unvereinbarkeit mit dem »fair trial«-Grundsatz ziehe sich durch die gesamte Regelung. Die von § 257c Abs. 4 S. 1 StPO erleichterte Nichteinhaltung der Verständigung im Vergleich zur früheren Rechtsprechung und die damit aktuelle Gefahr, dass der Beschuldigte, der im Vertrauen auf die Verständigung ein Geständnis abgibt und sich trotz des Verwertungsverbots selbst »überführt«, hierfür aber keine Gegenleistung in Form der Strafmilderung erhält, sei – im Anschluss u.a. an *Murmann*<sup>9</sup> und *Jahn/Müller*<sup>10</sup> – eigentlich nur durch die revisionsrechtliche Entwicklung einer Fernwirkung des Beweisverwertungsverbots zu rechtfertigen (S. 254 u. 256). Die persönliche Anwesenheit des Beschuldigten bei Vorgesprächen zu Absprachen, auf die das Gericht den Beschuldigten ausdrücklich hinweisen müsse, sei – entgegen der heutigen Praxis – im Lichte des Fairnessprinzips im Regelfall unverzichtbar, in Ausnahmefällen sei die Abstinenz des Beschuldigten aktenkundig zu machen (S. 258 f.). Nur so könne der Subjektqualität des Beschuldigten Rechnung getragen werden (S. 266). Es müsse notfalls im Wege der notwendigen Verteidigung auf Antrag des Beschuldigten gewährleistet werden, dass im Verständigungsverfahren jeder Beschuldigte einen Verteidiger erhält (S. 265).

*Feichtlbauer* ist der Ansicht, im Rahmen der Absprache würden oft zu weitreichende Strafmilderungen zugestanden (S. 267). Die Verständigung, die in vielen Punkten das Gerechtigkeitsempfinden der Bevölkerung verletze, gefährde den Rechtsfrieden mehr, als dass sie ihm nütze. Das Ziel des Strafverfahrens, Rechtsfrieden zu schaffen, könne vielmehr besser durch ein Normalverfahren unter Einhaltung der Grundrechte des Beschuldigten und unter Beachtung der Prozessmaxime erreicht werden (S. 268).

Im letzten Teil ihres Buches wird die jüngere Rechtsprechung betrachtet, die sich an das Urteil des *BVerfG* aus dem Jahre 2013 anschließt (S. 271 ff.). Für diese Phase stimmt *Feichtlbauer* etwas versöhnlichere Töne an. Sie vermutet, dass die Verständigungsregelungen inzwischen in der »absolut überwiegenden Anzahl der Fälle« eingehalten würden. Beim Amtsaufklärungsgrundsatz bestünden allerdings nach wie vor »Unsicherheiten«, denen nur durch Forderung nach dem – oben schon erwähnten – qualifizierten Geständnis Rechnung getragen werden könne (S. 286). Bei unterbliebenen Belehrungen i.S.v. § 257c Abs. 5 StPO und den Mitteilungspflichten gem.

9 *Murmann* ZIS 2009, 526 (538).

10 *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625 (2629).

11 *Heinz*, Konstanzer Inventar Sanktionsforschung, Kriminalität und Kriminalitätskontrolle in Deutschland – Berichtsstand 2015 im Überblick, Version 2017, S. 87, <http://www.ki.uni-konstanz.de/kis>.

12 *Altenhain/Jahn/Kinzig* (Fn. 1), S. 103.

13 *Altenhain/Jahn/Kinzig* (Fn. 1), S. 144.

§ 243 Abs. 4 S. 1 und 2 StPO werde jetzt zwar im Revisionsrecht zutreffend ein Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß angenommen (S. 290), im Hinblick auf ein Recht auf ein faires Verfahren bestehe aber noch »Verbesserungspotential« (S. 321) und zwar insbesondere bei der notwendigen Verteidigung (S. 294) und bei der von der *Autorin* geforderten Ausklammerung der §§ 153 ff. StPO aus den tauglichen Verständigungsgegenständen (S. 322). Die Rechtsprechungsanalyse erweise zwar nicht, »dass immer noch ein gravierendes Problem im Hinblick auf informelle Absprachen existiert. Allerdings konnte dies auch nicht ausgeschlossen werden«. Hier sei die Neuauflage der von der Bundesregierung in Auftrag gegebenen Studie abzuwarten (S. 322). Es bleibt aber dennoch das Gesamturteil der *Verfasserin*, dass die Verständigung *de lege lata* gegen den Schuld- und Amtsermittlungsgrundsatz verstoße und dass sie nach wie vor einen Fremdkörper im deutschen Strafprozess darstelle (S. 324).

### C. Fazit

Auch wenn schon in der Vergangenheit unendlich viel Kluges zum Thema geschrieben worden ist, geht von diesem Buch eine besondere Faszination aus. Kein Bereich bleibt bei der Untersuchung ausgespart – angefangen von den Zieldiskussionen des Strafverfahrens, den Verfahrensgrundsätzen sowie den verfassungsrechtlichen und rechtsphilosophischen Themen, um nur einige Stichworte zu nennen. Die bisher bestehende Rechtsprechung wird mit höchster Akribie referiert und analysiert. Alles ist anregend geschrieben – eine Argumentation auf höchstem theoretischem Niveau – und das lebhaft Engagement der *Autorin* zugunsten des Rechtsstaats ist in jeder Zeile spürbar. Es macht Spaß, die Arbeit von *Feichtlbauer* zu lesen.

Allerdings muss man konzedieren, dass hier vor allem Kritiker der Absprache besonders auf ihre Kosten kommen und sich durch diese Analyse bestätigt fühlen werden. Befürworter der Verständigung beschleicht vielleicht doch das eine oder andere Mal das mulmige Gefühl, von vornherein chancenlos zu sein – trotz der Pendelargumentation der *Verfasserin*, deren Bestreben es ist, alle Leser bis zum Schluss mit ins Boot zu holen. So hält sie das Ergebnis z. T. in der Schwebe ([»aktuelles Thema«, S. 70; [»nach wie vor brisant«, S. 167; [»fair trial-Grundsatz als Rettungsanker«, S. 222; [»Vereinbarkeit zumindest problematisch«, S. 267; [»ist es besser, das Gewebe bestmöglich zu versorgen oder den Fremdkörper zu entfernen?«, S. 270). Andererseits wird die Fremdkörpereigenschaft der Verständigung im deutschen Strafprozess dann aber doch immer wieder mit der Wucht eines Verstoßes gegen Grundprinzipien des geltenden Strafprozessrechts ([»Opferschutz«, S. 54 f.; [»Rechtsfrieden als Ziel des Strafverfahrens«, S. 92, 96 f., 268; [»Amtsermittlungsgrundsatz«, S. 186 f., 220, 269) sowie der »Verfassungswidrigkeit« ([»Grundsätze richterlicher Rechtsfortbildung«, S. 46; [»Schuldgrundsatz«, S. 143, 167 f., 269; [»fair trial«, S. 251, 265]) festgeklopft, sodass man sich fragt: Kann man dem Verständigungsmodell trotz dieser skizzierten Verstöße gegen elementare Fairnessaspekte wirklich die Treue halten? Solche Zweifel zu sähen, ist aber gerade das Salz in der Suppe einer kontroversen rechtswissenschaftlichen Diskussion.

Dass im herkömmlichen Verfahren die Widersprüche zwischen den unterschiedlichen Verfahrenszielen stärker zum

Ausdruck kommen und dass sie dort zur Lösung des Konflikts bewusst eingesetzt werden ist nicht zu leugnen – aus kriminalpolitischen Gründen z. T. auch zulasten des Beschuldigten. Gleichwohl kann ich dem Verständigungsmodell auch nach der Lektüre dieses Buches nicht jede Sympathie entziehen. Trotz aller Einwände kann die Absprache als Ergänzung zum konfrontativen Verfahrenstyp ein sinnvoller, gerechter und auch für die Justiz und die Öffentlichkeit akzeptabler Abschluss des Strafprozesses sein – im Einzelfall hat sich diese Strategie sogar als alternativlos erwiesen. Auch die Erledigung aus Opportunitätsgründen gem. §§ 153, 153a StPO, 45,47 JGG in über der Hälfte aller Strafverfahren<sup>11</sup> ist ein kriminalpolitischer Gewinn, den man nicht leichtfertig über Bord werfen sollte.

Die – noch nicht berücksichtigte – jüngste Evaluationsstudie (oben I.) hat zwar ebenfalls manche Kritikpunkte bestätigt, andererseits sind die dort mitgeteilten Ergebnisse, dass bei Landgerichtsurteilen die Absprachequote 17,3% und bei Amtsgerichtsurteilen 8,4%<sup>12</sup> beträgt, m.E. nicht so alarmierend, dass der »Bewährungswiderruf« der Absprache droht. Es scheint sich inzwischen bei der Verständigung im Falle mittlerer und schwerer Kriminalität weitgehend um ein Nischenmodell zu handeln, das nicht den Alltag unserer Staatsanwaltschaften und Strafrichter prägt.

Die *Autorin* versteht das »normale« strafrechtliche Verfahren mit einem aus meiner Sicht nicht gerechtfertigten Heiligenschein, wenn sie dessen Wahrheitsermittlung im Gegensatz zum Verständigungsverfahren als weit überlegen preist, während wir doch alle wissen, dass uns die Notwendigkeit der Vermeidung übermäßiger Komplexität auch im herkömmlichen Verfahren vom wirklichen Geschehen weit entfernt und wir uns nur mit der (eingeschränkten) forensischen Wahrheit begnügen müssen – mal mehr, mal weniger. Auch für die Behauptung, dass die Bevölkerung die bei Absprache ausgehandelten Strafrabatte für ungerecht hält, sodass die Rechtstreue der Bürger ins Wanken zu geraten droht, kann ich nicht teilen. Die eigene (allerdings sehr selektive!) Erfahrung spricht eher für das Gegenteil. Gleichwohl schärft gerade eine derart fulminant vorgetragene Kritik unser Bewusstsein für offene Flanken der derzeitigen Praxis, und deshalb sind die klugen Ausführungen der Mängelliste der Verständigung ein Weckruf, den wir nicht ignorieren sollten. So hat z.B. die Forderung der *Verfasserin* nach einer Ausweitung der notwendigen Verteidigung im Falle von Sachverhalten mit Verständigungspotential auch durch den unlängst präsentierten Evaluationsbericht eine nachdrückliche Bestätigung erfahren, wenn dort festgestellt wird, eine frühzeitige Verteidigung korreliert mit dem Abschluss einer Verständigung.<sup>13</sup> Es gibt noch viel Verbesserungsbedarf (das hat die Absprache mit dem »normalen« Verfahren durchaus gemein!), und hier liefert die vorliegende Streitschrift vielfältige Denkanstöße – nicht zuletzt, indem sie alle Pro-Argumente minutios darlegt, durchleuchtet, abwägt und teilweise für zu leicht befindet. Mit der Unerbittlichkeit des skalpellführenden Chirurgen führt uns *Feichtlbauer* Schicht um Schicht die Zumutungen vor Augen, die uns die Verständigung auflädt. Man liest es mit hohem Gewinn – auch dann, wenn man der Verfahrensabsprache positiver gegenübersteht als diese skeptische Nachwuchsjuristin.

Prof. Dr. Dr. h.c. Werner Beulke, Passau.