



Tobias Viering

Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren

Voraussetzungen und Grenzen
unter Berücksichtigung der
ökonomischen Analyse des Rechts



„Es kommt sogar vor, dass Gericht, Staatsanwalt und Verteidiger über Schuld und Strafausspruch oder Ausscheidung von Anklagepunkten und dergleichen verhandeln. Das ist etwas außerhalb der Legalität, aber praktisch.“

Hans Dachs, Handbuch des Strafverteidigers, 1. Aufl., Köln 1969, Rn. 105

EINLEITUNG

Hans Dachs beschreibt in dem vorstehenden Zitat aus der ersten Auflage seines Handbuchs des Strafverteidigers von 1969¹ erstaunlich unbefangene eine Praxis, die heute überwiegend unter dem Begriff der „Absprachen“ erfasst wird. Mit Legalität und Zweckmäßigkeit benennt er treffend die beiden Gesichtspunkte, unter denen diese Form der Kooperation zu untersuchen ist. Sein persönliches Ergebnis lautete: rechtswidrig aber praktisch.

Fast vierzig Jahre später zeugen eine mehr als reichhaltige Literatur² und zahlreiche Entscheidungen des BGH von der großen theoretischen wie praktischen Bedeutung der Absprachen für die weitere Entwicklung des Strafverfahrens und seines Prozessrechts. Sie zeugen zugleich von einer fortbestehenden Unsicherheit im Umgang mit diesem Phänomen. So sind auch die mittlerweile vorliegenden Vorschläge für eine gesetzliche Regelung weniger Ausdruck einer abgeschlossenen Meinungsbildung zu diesem Thema als vielmehr Ausdruck des nach dem Appell des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005³ weiter gestiegenen Regelungsdrucks.

Die Lösung der unter den Gesichtspunkten der Legalität und Zweckmäßigkeit zu erörternden Probleme gehört deshalb unverändert zu den dringendsten Aufgaben der Strafrechtswissenschaft heute. Ihr ist auch die vorliegende Arbeit gewidmet. Anders als in der bisherigen Diskussion soll im Folgenden jedoch die Frage der Zweckmäßigkeit von Absprachen im Vordergrund stehen.

1 Dachs, Handbuch des Strafverteidigers¹, Rn. 105, 902-904.

2 Schon 1988 hält die Veröffentlichungen für kaum noch überschaubar: Hamm, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, S. 122.

3 BGH, Beschl. v. 03.03.2005, GSSSt 1/04, BGHSt 50, 64.

Durch die konsequente Wahl der Perspektive eines Gesetzgebers, der sich zuallererst die Frage nach der möglichen Funktion von Absprachen im deutschen Strafverfahren stellt, und durch die Einbeziehung des in Deutschland noch wenig genutzten Forschungsansatzes der Economic Analysis of Law soll der Blick frei bleiben für die innovativen Aspekte dieses auf das engste mit dem weitergefassten Thema der „Krise des Strafverfahrens“ verbundenen Phänomens.

A. Kritischer Überblick über die Absprachediskussion

I. Entwicklung und Hintergrund der Absprachediskussion

Die rechtswissenschaftliche Erörterung der Absprachen im Strafverfahren beginnt zögerlich und zeitlich versetzt gegenüber der Entwicklung der Absprachepraxis⁴. Zwei die Problematik schon in ihrer Eigenständigkeit thematisierende Arbeiten aus dem Jahr 1982⁵ blieben noch ohne Echo. Erst die Monographie Schmidt-Hiebers⁶ – Versuch einer rechtlichen Begründung und „Gebrauchsanweisung“ in einem – markiert 1986 die Wende⁷. Mit dem 58. Deutschen Juristentag 1990 etablierten sich die Absprachen im Strafverfahren dann endgültig als ein zentraler Gegenstand der deutschen strafprozessualen Diskussion.

Den Rahmen der Auseinandersetzung mit dieser Form der Kooperation bildete gerade zu ihrem Beginn die allgemeinere Diskussion über die „Krise des Strafverfahrens“. Ob aber die „Krise“ (nur) als Produkt entsprechender, das Vertrauen in den Strafprozess zerstörender Behauptungen besteht⁸, als Verlust der individualschützenden Funktion des Strafverfahrens zu beschreiben ist oder in der mangelnden Effektivität bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanpruches wurzelt⁹, blieb ebenso umstritten wie die Frage, ob Absprachen als Lösung oder Teil der Problematik anzusehen sind¹⁰.

-
- 4 Die Entwicklung der Absprachepraxis vom Einzelfall zur eigenständigen Form der Verfahrenserledigung wird häufig und mit plausiblen Argumenten für Mitte/Ende der siebziger Jahre angenommen: Siehe unten § 4.A.III.
 - 5 Deal, StV 1982, S. 545 ff.; Schmidt-Hieber, NJW 1982, S. 1017 ff.
 - 6 Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren.
 - 7 Wirklich in Gang kommt für Bussmann, Die Entdeckung der Informalität, S. 45, aufgrund einer statistischen Auswertung der Literatur die Diskussion allerdings erst 1987.
 - 8 Dies hält für mit guten Gründen vertretbar: Perron, ZStW 1996, S. 152 f.
 - 9 Gerade auf diesem Unterschied schon in der Problembeschreibung beruht die Krise für: Rieß, NSTZ 1994, S. 410.
 - 10 Für letzteres: Schünemann, in: Festschrift für J. Baumann, S. 365.

Nach mehr als zwanzig Jahren intensiver Diskussion stellt sich heute bei der Beschäftigung mit dem Problem der Absprachen die Frage nach dem Ertrag der bisherigen Bemühungen: Gibt es ein festes Fundament, auf dem bei der Erörterung dieses Phänomens aufgebaut werden kann und muss?

Böttcher, Dahs und Widmaier meinten schon 1993 ein solches feststellen zu können und zogen eine positive „Zwischenbilanz“: Über die Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht wie auch die Nützlichkeit für das Strafverfahren bestehe grundsätzlich Einigkeit; Absprachen seien im Wesentlichen positiv zu beurteilen; ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe nicht.¹¹ Schönemann hielt sofort dagegen: Dieses Fazit erinnere ihn „in seiner vollendeten Harmonie an die Lebensbilder von Heiligen“ – mit denen es auch den Realitätsgehalt teile.¹²

Tatsächlich wäre bis kurz vor der Jahrtausendwende selbst die Behauptung einer Konvergenz der Diskussionsbeiträge noch mutig zu nennen gewesen. Ob Absprachen mit dem geltenden Recht zu vereinbaren sind¹³, zumindest nur vorwegnehmen, was in einem reformierten Strafprozess der Zukunft sowieso zu erwarten ist¹⁴, oder aber mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbar bleiben¹⁵, musste als unverändert strittig angesehen werden¹⁶. Auch in der höchst-richterlichen Rechtsprechung war keine Entscheidung gefallen: Der schon damals über zwölf Jahre alte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.1987¹⁷ steht jenseits allgemeinsten Aussagen vielfältigen Interpretationen offen und der auf negative Abgrenzungen konzentrierten Rechtsprechung des BGH ließ sich eine einheitliche Linie nicht entnehmen¹⁸.

11 Böttcher/Dahs/Widmaier, NSTZ 1993, S. 376 f..

12 Schönemann, StV 1993, S. 659.

13 „Absprachen sind mit der deutschen Strafprozessordnung und der bundesrepublikanischen Verfassung vereinbar. Keineswegs hat sich durch die Absprachepraxis die Prozessgestaltung vom geltenden Recht entfernt“: Tschewinka, Absprachen im Strafprozess, S. 187.

14 In diese Richtung: Schäfer, AnwBl 1998, S. 68. Zweifelnd: Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung, S. 207. Ablehnend: Ranft, Strafprozessrecht², Rn. 1245.

15 Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar³, Einl. Rn. 29h.

16 Roxin, Strafverfahrensrecht²⁴, S. 135; Braun, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, S. 131.

17 BVerfG, Beschl. v. 27.01.1987, 2 BvR 1133/86, NJW 1987, S. 2662 f.

18 Vergleiche nur BGH, Urt. v. 23.01.1991, 3 StR 365/90, BGHSt 37, 298 (insbes. S. 304 f.) einerseits und BGH, Urt. v. 30.10.1991, 2 StR 200/91, BGHSt 38, 102 ff., andererseits. Zu den durch diese Entscheidungen ausgelösten Reaktionen in der Absprachediskussion siehe beispielsweise Kintzi, DRiZ 1992, S. 245 und 250.

In dieser Situation versuchte der 4. Strafsenat des BGH mit seinem ersichtlich als Grundsatzentscheidung gewollten Urteil vom 28.08.1997¹⁹ bei besserer Gewährleistung rechtsstaatlicher Grundanforderungen ein Mindestmaß an Rechtssicherheit für die Absprachepraxis zu erreichen. Zentrale Punkte seiner die Zulässigkeit von Absprachen grundsätzlich bejahenden Entscheidung waren mehr Transparenz durch Protokollierung und Einführung der Absprache in die Hauptverhandlung, Sicherung der Beteiligtenrechte, Betonung der Wahrheitsermittlungspflicht des Gerichts auch im Falle des Geständnisses durch Glaubhaftigkeitskontrolle, Berücksichtigung der Interessen des Angeklagten durch die Zusage einer Strafobergrenze, von der nur bei Auftauchen neuer schwerwiegender Umstände zu Lasten des Angeklagten abgewichen werden darf, sowie der Erhalt der Kontrollfunktion des Instanzenzugs durch Zurückdrängen des üblichen Rechtsmittelverzichts.

Der im Anschluss an die Entscheidung vom 28.08.1997 von den anderen Strafsenaten des BGH punktuell weiterentwickelte Lösungsversuch des 4. Strafsenats traf auf überraschend breite Zustimmung auch bei vielen Kritikern der Absprachepraxis.²⁰ Es schien eine „herrschende Meinung“ im Entstehen zu sein, nach der Absprachen – bei Beachtung gewisser, von der Rechtsprechung zukünftig weiter ausdifferenzierender Grenzen – rechtlich zulässig sind. Dabei wurde die Zweckmäßigkeit der Absprachen vor dem Hintergrund des angenommenen Entstehungsgrundes der Absprachepraxis in der „Überlastung der Strafrechtspflege“ als unproblematisch vorausgesetzt.

Demgegenüber bedeutet die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005²¹ eine wichtige Neupositionierung: „Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder ... unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, können nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung“.²² Zwar wird unter Berufung auf die bisherige Untätigkeit des Gesetzgebers und die „unabweislichen Bedürfnisse einer ordnungsgemäßen Strafrechtspflege“ die Zulässigkeit von Absprachen schließlich als Ergebnis richterlicher Rechtsfortbildung grund-

19 BGH, Urt. v. 28.08.1997, 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195.

20 Aus der Literatur siehe die positiven Reaktionen auf das Urteil des 4. Strafsenats von: Rieß, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz²⁵, Einl. Abschn. G. Rn. 64; Roxin, Strafverfahrensrecht²⁵, S. 149; Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar⁴, Einl. Rn. 29f. Geradezu euphorisch: Kintzi, JR 1998, S. 249 f.

21 BGH, Beschl. v. 03.03.2005, GSSSt 1/04, BGHSt 50, 40 ff.

22 BGH, Beschl. v. 03.03.2005, GSSSt 1/04, BGHSt 50, 61 f.

sätzlich bestätigt.²³ Der Große Senat betont jedoch gleichzeitig die Bedeutung der traditionellen Grundsätze des deutschen Strafverfahrens und erteilt insbesondere dem Konstrukt einer semi-verbindlichen Strafmaßobergrenzenzusage trotz des nicht von der Hand zu weisenden Interesses des Angeklagten an einer gewissen Verbindlichkeit der Absprache mit Blick auf § 261 StPO eine Absage. Anlass seiner Entscheidung war dabei einmal mehr die Frage nach der Wirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts. Erkennbar von der Sorge des Revisionsgerichts getragen, den Zugriff auf die Abspracheproblematik zu verlieren, wird der Verzicht – entgegen den Anträgen des Generalbundesanwalts und entgegen der sonst hinsichtlich der Unwirksamkeit von Prozesshandlungen strengen Rechtsprechung – ganz allgemein nur noch bei qualifizierter Belehrung als wirksam angesehen. Auch in der Literatur fällt der zweite Blick auf den Lösungsversuch des 4. Strafsenats häufig wieder kritischer aus.²⁴

Nachdem der erste Anlauf des Bundesministeriums der Justiz zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung mit dem vorzeitigen Ende der 15. Legislaturperiode zunächst nicht weiter verfolgt werden konnte, scheint ein Tätigwerden des Gesetzgebers noch in der 16. Legislaturperiode nunmehr wahrscheinlich. Dabei unterscheiden sich die vorliegenden Gesetzentwürfe des Bundesministeriums der Justiz²⁵ (mit den von Frau Bundesministerin Zypries in Reaktion auf die danach geführte Diskussion angekündigten Änderungen²⁶), des Bundesrats²⁷ (zurückgehend auf einen Antrag des Landes Niedersachsen²⁸) und der ältere Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer²⁹ sowie das ebenfalls aus dem Jahr 2005 stammende Eckpunktepapier der Generalstaatsanwältinnen und General-

23 BGH, Beschl. v. 03.03.2005, GSSt 1/04, BGHSt 50, 53.

24 Siehe etwa Kühn, in: Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz²⁶, Einl. Abschn. G. Rn. 59, und Pfeiffer, in: Karlsruher Kommentar⁵, Einl. Rn. 29h (Nachw. zur jeweiligen Voraufgabe in Fußnote 20).

25 Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, Stand 18.05.2006, abrufbar unter www.bmj.bund.de.

26 Bundesministerin der Justiz Brigitte Zypries, Verständigung im Strafverfahren, Rede beim 1. Hannoveraner StPO-Symposium am 12.07.2007 in der Leibniz-Universität Hannover, abrufbar unter www.bmj.bund.de. Der Entwurf soll mit den angekündigten Änderungen (u.a. Verzicht auf ein Beschränkung der Rechtsmittel) nunmehr „in Kürze“ – so die Ministerin in ihrer Rede – vom Bundeskabinett beschlossen werden.

27 Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, BT-Drs. 16/4197 (mit Stellungnahme der Bundesregierung)

28 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen, BR-Drs. 235/06.

29 BRAK-Stellungnahme 25/2005 (Stellungnahme abrufbar unter www.brak.de), leicht gekürzt auch abgedruckt in: ZRP 2005, S. 235 ff.

staatsanwälte³⁰ trotz der immer vorhandenen Anlehnung an die BGH-Rechtsprechung deutlich. Während das Bundesministerium der Justiz nur eine im Ergebnis unverbindliche Verständigung ohne jede Veränderung der Grundsätze des Strafverfahrens oder gar der Strafzumessung regeln will, strebt der Entwurf des Bundesrats eine weitergehende Verbindlichkeit mit deutlicher Beschränkung insbesondere auch der nach einer Verständigung zur Verfügung stehenden Rechtsmittel an und befindet sich damit in der Nähe der Positionen des Eckpunktepapiers der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte. Der Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer sieht ebenfalls eine – wenn auch nicht unbeschränkte – Verbindlichkeit der Absprache vor und sucht im Übrigen mit dem Konsensprinzip die Regelung von Absprachen insgesamt auf eine neue strafprozessuale Grundlage zu stellen sowie die gewährte Strafmilderung durch eine eigenständige Vorschrift im materiellen Strafrecht zu verankern. Allerdings ist die deutsche Anwaltschaft in dieser Frage gespalten. So lehnt der Deutsche Anwaltverein sowohl den Entwurf des Bundesministeriums³¹ als auch den Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer ab³². Gesetzgebungsbedarf erkennt er hingegen für eine starke Formalisierung der gegenüber der Verteidigung bestehenden Informationspflichten insbesondere in der Hauptverhandlung ggf. durch Einführung eines gerichtlichen Schuldinterlokuts in Beschlussform mit anschließender verbindlicher Prognose des Gerichts zumindest hinsichtlich der zu erwartenden Strafobergrenze.

II. Schwierigkeiten und Defizite der Absprachediskussion

Die weiterhin kontrovers geführte Diskussion in Verbindung mit dem zögerlichen Diskussionsbeginn und einer nicht ganz ohne Anlass behaupteten Lagerbildung zwischen eher absprachepositiv eingestellten Verfahrenspraktikern und skeptischen Nichtpraktikern³³ wurde in der Vergangenheit wiederholt mit den unterschiedlichen Interessen der beteiligten Professionen erklärt³⁴. Der Streit

30 Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht beschlossen von den Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälten in Karlsruhe am 24.11.2005, abrufbar unter www.thueringen.de/olg/bodyinfothek40.html.

31 Deutscher Anwaltverein (Strafrechtsausschuss), Stellungnahme 46/2006, abrufbar unter www.anwaltverein.de.

32 Deutscher Anwaltverein (Strafrechtsausschuss), StraFo 2006, S. 89 ff.

33 Eine solche Lagerbildung sehen beispielsweise: Beulke, Strafprozessrecht⁹, Rn. 394, und G. Fezer, Strafprozessrecht², Fall 21 Rn. 6.

34 So die Generalthese der Arbeit von Bussmann, Die Entdeckung der Informalität. Gleicher Ansicht sind aber auch so prominente und unterschiedliche Vertreter der Abspra-

um die Absprachen sei als Machtkampf zu qualifizieren, in dem sich die Praktiker, insbesondere die Richter und Staatsanwälte, der unvoreingenommenen Analyse des von ihnen kreierten Mittels zur leichteren Bewältigung des Arbeitsanfalls widersetzen – wobei Siolek³⁵ freundlicherweise unter Heranziehung der psychologischen Theorie der kognitiven Dissonanz zumindest partiell unbewusstes Handeln zugestehen will, während Friehe³⁶ schlicht auf Vorsatz plädiert.³⁷ Im Entstehen begriffen sei deshalb nicht eine Lösung des als vorhanden angenommenen Praxis-Norm-Konflikts, sondern eine sprachliche Immunisierung des status quo. Schmidt-Hieber retourniert als Praktiker den Vorwurf der Interessegeleitetheit allerdings nicht unelegant, wenn er darauf hinweist, dass die Gegner der kooperativen Verfahrenserledigung nicht zufällig diejenigen seien, die „Brot und Ruhm“ mit Kritik verdienten, also Hochschullehrer und Journalisten³⁸.

Deshalb ist bei allen Diskussionsbeiträgen auch danach zu fragen, ob das theoretische Modell einer zulässigen Absprache entwickelt oder eine Beurteilung der Rechtswirklichkeit geleistet werden soll. Vorwiegend zu Beginn der Absprachediskussion fehlte häufig das Problembewusstsein für die Unterscheidung von Modell und Wirklichkeit, und das tatsächlich vor allem auf Seiten der Praktiker. So räumt Schmidt-Hieber, Praktiker und Absprachebefürworter der ersten Stunde, bei der Verteidigung gegen Angriffe Schönemanns später ein, dass in der Rechtswirklichkeit „in einer Vielzahl – möglicherweise der Mehrzahl – aller Absprachen“ „Fehler“ im Sinne der Nichteinhaltung der durch das von ihm maßgeblich entwickelte Prognosemodell vorgegebenen Grenzen gemacht werden³⁹, was die Frage aufwirft, ob ein solches Modell überhaupt als Antwort auf die Bedürfnisse der Praxis in Betracht kommen kann. Dass dieses Thema auch heute noch aktuell ist, zeigt der vorliegende Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz. Darin wird ohne weitergehende Problematisierung eine Verständigung ohne Bindungswirkung beschrieben, während nach der Analyse des Großen Senats für Strafsachen des BGH in seinem Beschluss vom

chediskussion wie Schmidt-Hieber (SchwZStR 1993, S. 148) einerseits und Schönemann (in: Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. B77/78) andererseits.

- 35 Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung, S. 174. Dort bezogen auf das konkrete Problem der Bindungswirkung.
- 36 In Bezug auf die Beschlüsse des 58. Deutschen Juristentages: Friehe, Der Verzicht auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, S. 646.
- 37 Schönemann, als weitere hier anzuführende Quelle, legt sich diesbezüglich nicht fest (die professionell Beteiligten und offiziellen Organe der Justizpolitik können oder wollen die Probleme nicht wahrnehmen): Schönemann, in: Festschrift für J. Baumann, S. 365.
- 38 Schmidt-Hieber, SchwZStR 1993, S. 148.
- 39 Schmidt-Hieber, SchwZStR 1993, S. 151.

03.03.2005 für die Absprachepraxis gerade die Entwicklung hin zur quasivertraglichen Vereinbarung kennzeichnend ist.

Ein rasches Auffinden der „richtigen“ Behandlung der Absprachen im Strafprozess konnte allerdings von vornherein nicht erwartet werden. Die Ausweitung des Opportunitätsprinzips weit über den Bagatellbereich hinaus, die großzügige Einführung von Verfahrens-„vereinfachungen“ und „vereinfachten“ Verfahren, aber auch Veränderungen im Verständnis des materiellen Strafrechts und in der Gesellschaft haben das traditionelle Modell des deutschen Strafverfahrens als Leitbild des heutigen Strafprozessrechts zweifelhaft werden lassen. Gerade im Bereich nicht ausdrücklich geregelter Grundfragen führt der damit verbundene Orientierungsverlust dann fast notwendig zu Unsicherheiten in der Beurteilung von Verfahrensinnovationen. Zu Recht wird die kooperative Verfahrenserledigung daher mit dem bisher (zumindest auch) an seiner eigenen Komplexität gescheiterten Projekt einer Gesamtreform des Strafverfahrens in Verbindung gebracht⁴⁰ – ohne dass davon eine erforderliche Regelung der Abspracheproblematik abhängig gemacht werden sollte. Ebenso können möglicherweise die tendenziell vorhandenen Beurteilungsdivergenzen zwischen den Strafprozesswissenschaftlern und den Praktikern des Verfahrens erklärt werden: Während die einen in Ermanglung einer überzeugenden Neukonzeption die traditionellen Prinzipien betonen, reagieren die anderen mit erhöhter Anpassungsbereitschaft an die als zwingend wahrgenommenen unmittelbaren Erfordernisse der Rechtswirklichkeit. Beides wäre inadäquat.

Die inhaltlichen Schwierigkeiten der Absprachediskussion beruhen nicht zuletzt auf fehlendem empirischen Wissen⁴¹. Verstärkt wird dieses Problem durch die Heterogenität der Abspracheformen sowie der besonders engen Verbindung von Rechts- und Sachfragen⁴².

Hausgemacht ist hingegen das Problem der unklaren Begriffsbildung, die Vernachlässigung der Analyse des Funktionsmechanismus von Absprachen sowie von dessen Bedeutung für die Zweckmäßigkeit von Absprachen im deutschen Strafverfahren.

40 Schünemann, in: Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Bd. 1, S. B157 ff., insbesondere B163-167.

41 Dazu siehe unten § 4.A.

42 Dencker, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, S. 37. Das beste Beispiel ist hier (wie auch sonst häufig) die Frage der Verbindlichkeit einer Absprache.

Das Hauptdefizit der Absprachediskussion liegt auch heute noch⁴³ darin, dass sie die oben angesprochenen Orientierungsschwierigkeiten weitestgehend ignoriert. Eher oberflächliche Aussagen zur Zweckmäßigkeit der Absprachen und in einem klassischen Kerngebiet des Rechts überraschende Unsicherheiten in der Auslegung des geltenden Rechts sind die zwangsläufige Folge. Symptomatisch für diese Entwicklung ist die verbreitete Argumentation mit den Gesichtspunkten der „Verfahrensökonomie“ und der „Funktionstüchtigkeit“ der Strafrechtspflege: Solange diese inhaltlich nicht hinreichend geklärt sind, können sie nur als Begründungersatz fungieren.

B. Vorstellung des eigenen Untersuchungsansatzes

I. Leitendes Erkenntnisinteresse

Absprachen im Strafverfahren stellen eine Verfahrensinnovation dar. Der Wert dieser Innovation ist nicht primär nach ihrer Vereinbarkeit mit dem geltenden Strafprozessrecht zu beurteilen, sondern nach der Leistungsfähigkeit zur Beförderung der dem Strafverfahren (rechtlich) zugewiesenen Aufgaben und Ziele. Ausgangsfrage ist daher von vornherein die eines Gesetzgebers nach dem zweckmäßigen und daher wünschenswerten Anwendungsbereich von Absprachen im deutschen Strafverfahren und nach der Möglichkeit und Erforderlichkeit seiner gesetzlichen Gewährleistung. Dazu gilt es nicht zuletzt die Funktionsmechanismen von Absprachen offen zu legen. Denn nur eine Regelung, die die tatsächlich wirksamen Antriebskräfte dieses Phänomens berücksichtigt, kann eine befriedigende und praxiswirksame Lösung darstellen.

II. Definition des Absprachebegriffs

Welcher Untersuchungsgegenstand wird aber überhaupt mit dem hier im Anschluss an den 58. Deutschen Juristentag als Oberbegriff der Problematik verwendeten Begriff der Absprache erfasst?⁴⁴ Das Schwinden⁴⁵ der ursprünglichen

43 Die frühe Arbeit von Dencker hat trotz intensiver Beschäftigung mit diesen Fragen die erforderliche Diskussion nicht anstoßen können: Dencker, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess (1988), S. 55-90.

44 Es geht an dieser Stelle nur um die abstrakte Kennzeichnung des Untersuchungsgegenstandes. Der ihm konkret zuzuordnende Wirklichkeitsausschnitt wird unten § 4.A. thematisiert.

45 Heute üblich für die Bezeichnung der Problematik sind im Wesentlichen nur noch die Begriffe der Absprache und der Verständigung, die allerdings immer noch häufig wie bei

Begriffsvielfalt⁴⁶ hat die Unsicherheit über den Begriffsinhalt nur reduziert, nicht jedoch beseitigt.

Das „Duden Deutsches Universalwörterbuch“ erläutert für die Umgangssprache „eine Absprache treffen“ als „sich im Gespräch über eine Frage einigen und einen gemeinsamen Beschluss fassen“. Der „Beschluss“ wird als „gemeinsam festgelegte Entscheidung“, das „Ergebnis einer Beratung“ beschrieben. Als Synonym wird der Begriff der „Vereinbarung“ angeboten.⁴⁷ Allgemeinsprachlich ist also neben dem Element der Einigung das der (verbindlichen) Verhaltenskoordination kennzeichnend. Nicht damit verbunden ist eine Aussage über den Grad der Verbindlichkeit. Dieser kann hoch sein oder auch sehr niedrig.

Schon auf der Begriffsebene auszuscheiden ist nach dieser Definition der bloße Informationsaustausch. Auf diesen beschränkt sich richtigerweise die „offene Verhandlungsführung“ ebenso wie das „Rechtsgespräch“. Ebenfalls auszuscheiden ist die sog. „Fühlungnahme außerhalb der Hauptverhandlung“ der Rechtsprechung⁴⁸. Hat der Informationsaustausch eine gewisse Verlässlichkeit, kann von einer „Verständigung“ gesprochen werden.⁴⁹

Die Abgrenzung der Verständigung zur Vereinbarung und damit zur Absprache wird in der Praxis allerdings häufig kaum zu treffen sein und ist in der Literatur auch nicht durchweg anerkannt. Obwohl aber das Problem der Trennbarkeit in der weiteren Untersuchung mitbedacht werden muss, macht es die theoretische Unterscheidung noch keineswegs entbehrlich. Als Absprache zu erfassen ist nach der für diese Arbeit verwendeten Definition deshalb erst die Vereinbarung über den Verfahrensablauf und das Verfahrensergebnis.

Die Abschichtung aller Formen des bloßen Informationsaustauschs ist für die juristische Untersuchung des Problems sinnvoll, denn die besondere Prob-

BGH, Urt. v. 28.08.1997, 4 StR 240/97, BGHSt 43, 195 ff., synonym gebraucht werden. Eine Unterscheidung nach rechtmäßigen Verständigungen und rechtswidrigen Absprachen hat sich, entgegen der Prognose Bussmanns (Die Entdeckung der Informalität, S. 60) auch in der Rechtsprechung nicht durchgesetzt.

- 46 Eine schon fast „ultimative“ Zusammenstellung findet sich bei Bussmann, Die Entdeckung der Informalität, S. 247-250, mit der Nennung von über 100 Begriffen getrennt nach positiver und negativer Konnotation.
- 47 Duden, Deutsches Universalwörterbuch², Stichwort „Absprache“, Stichwort „Beschluss“.
- 48 Auch das absprachekritische Urteil des BGH vom 23.01.1991, wendet sich (nur) gegen „Festlegungen“ im Rahmen dieser Fühlungnahmen (3 StR 365/90, BGHSt 37, S. 304). Das absprachefreundliche Urteil vom 28.08.1997 spricht hier noch klarer von „Vorgesprächen“ zur Abklärung der „Verhandlungspositionen“ im Gegensatz zu den in die Hauptverhandlung gehörigen „Absprachen“ (4 StR 240/97, BGHSt 43, 206).
- 49 So auch der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, Stand 18.05.2006, des Bundesministeriums der Justiz abrufbar unter www.bmj.bund.de.

lematik der Absprachen liegt in der Aufgabe der Unabhängigkeit der Entscheidungsfindung der Beteiligten, durch die der Willensbildungsprozess des Beschuldigten einerseits und die staatliche Verfahrensentscheidung andererseits grundsätzlich neuen Einflussfaktoren geöffnet wird.⁵⁰

Im Folgenden wird zur besseren Unterscheidung bei bloßem Informationsaustausch von Verständigungen, ansonsten von Absprachen gesprochen. Wo erforderlich, wird des weiteren zwischen der Absprache als solcher, ihrem Vollzug und der auf sie gerichteten Kommunikation unterschieden.

III. Konkretisierung und Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Vielgestaltigkeit von Absprachen im Strafverfahren erzwingt eine möglichst weitgehende Konzentration auf das Typische dieses Phänomens. Detailanalysen gleichen hier, solange die Problematik trotz aller Fortschritte auch in ihrer Grundstruktur noch klärungsbedürftig erscheint, der Betrachtung eines pointillistischen Gemäldes durch eine Lupe.

Bereits im Rahmen der Auseinandersetzung mit dem Begriff der Absprache konnten als nicht zur Abspracheproblematik gehörend ausgeschieden werden die Frage der offenen Verhandlungsführung, des Rechtsgesprächs und der Fühlungnahme außerhalb der Hauptverhandlung der Rechtsprechung als Formen der auf den Informationsaustausch beschränkten Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten.⁵¹

Wegen ihrer im Grunde vorstrafrechtlichen Ausrichtung unberücksichtigt bleiben sollen darüber hinaus der Täter-Opfer-Ausgleich (direkte Orientierung an der Bewältigung des sozialen Ausgangskonflikts) und die sogenannten Kronzeugenregelungen, die entweder auf die Verhinderung bestimmter weiterer Straftaten oder aber die Aufdeckung bestimmter bereits begangener Straftaten – jedoch über den eigenen Tatbeitrag des sich offenbarenden Täters hinaus – abzielen⁵² und sich deshalb von den auf die Mithilfe zum strafverfahrensrechtlich-

50 Ähnlich insofern als er zur Ermittlung der absprachespezifischen Probleme auf den Einfluss gerade der Absprache als solcher auf das Verhalten der Beteiligten abstellen will: Dencker, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, S. 42.

51 Ebenfalls die offenen Verhandlungsführung und das Rechtsgespräch als nicht zur Abspracheproblematik gehörend ausscheidend Dencker, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, S. 19-25.

52 Vgl. § 129 Abs. 6 ggf. i.V.m. § 129a Abs. 7 StGB, § 261 Abs. 10 StGB, § 31 BtMG, sowie den nach Auslaufen der Kronzeugenregelung nach dem KronzG im Jahr 1999 nunmehr im Gesetzgebungsverfahren befindlichen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung

chen Nachweis der eigenen Tat des Angeklagten gerichteten und nicht auf besondere Straftatbestände beschränkten Absprachen unterscheiden.⁵³

Nicht behandeln möchte ich auch die Absprache zwischen staatlichen Organen der Strafrechtspflege, insbesondere also Staatsanwaltschaft und Gericht. Diese bereitet zwar zahlreiche, aber zu denen der Kooperation mit dem Beschuldigten strukturell verschiedene Probleme, weil sie Beteiligte mit grundsätzlich gleichgerichtetem Zielprogramm betrifft.

Im Wesentlichen unproblematisch und deshalb auszuschneiden sind Absprachen über die reine Verfahrensorganisation.⁵⁴

Im verbleibenden Bereich der Absprachen mit Bedeutung für das Verfahrensergebnis – sei es über die Beeinflussung der Feststellung der sachlichen Entscheidungsgrundlagen, sei es über die Beeinflussung der darauf aufbauenden Entscheidung – liegt sodann ein an den konkreten Erscheinungsformen orientierter Ansatz zur weiteren Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes nahe. Dem leitenden Erkenntnisinteresse besser entspricht jedoch eine Orientierung am Zweckgedanken. Das damit verbundene hermeneutische Problem lässt sich durch die Bildung entsprechender Forschungshypothesen bewältigen. Deren Formulierung richtet sich sinnvollerweise nach den Funktionsproblemen des (heutigen) Strafprozesses, mit denen Absprachen in Verbindung gebracht werden. Als (ein) Hauptproblem des Strafverfahrens nehme ich den Schuldnachweis binnen angemessener Frist bei knappen Ressourcen an⁵⁵ und greife dadurch die für die Abspracheproblematik zentrale Diskussion um die Überlastung bzw. Überforderung der Strafrechtspflege und ihre Bedeutung für das Aufkommen und die Rechtfertigung von Absprachen auf. In dieser spielt vor dem Hintergrund „leerer“⁵⁶ öffentlicher Kassen der in seiner Bedeutung für das Strafrecht noch nicht hinreichend geklärte Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie eine besondere Rolle. Die Ausgangshypothese der nachfolgenden Unter-

des Strafgesetzbuches – Strafzumessung bei Aufklärungs- und Präventionshilfe (StrÄndG), BT-Drs. 16/6268 (Stand 24.08.2007 mit Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung). Etwas anders wiederum (tätige Reue) § 261 Abs. 9 S. 1 StGB.

- 53 Für diese Abschtung S. a: Dencker, in: Dencker/Hamm, Der Vergleich im Strafprozess, S. 26-29.
- 54 So auch Beulke/Satzger, JuS 1997, S. 1073, bei denen allerdings sofort die Problematik der Grenzziehung deutlich wird, wenn sie mehr als großzügig auch die Verfahrenserledigung nach § 153a StPO hierhin zählen wollen.
- 55 Für das zentrale Problem des Strafverfahrens hält das Schuldnachweisproblem beispielsweise: Veen, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozess, S. 1 f.
- 56 „Leer“ sind in einem so reichen Land wie der Bundesrepublik Deutschland die Kassen natürlich nur aufgrund der Vielzahl (anderer) nach politischer Entscheidung vom Staat übernommener Aufgaben und Verpflichtungen unterschiedlicher Bedeutung.

suchung wird daher wie folgt formuliert: „Absprachen sind eine verfahrenswirtschaftliche Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren“.

Da die verbindliche Schuldfeststellung dem gerichtlichen Urteil vorbehalten ist, wird die Aufmerksamkeit vor allem dem gerichtlichen Verfahren gelten. Die staatsanwaltlichen Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung, mit denen ein Sachverhalt der gerichtlichen Entscheidung vorenthalten werden kann, geraten dabei mit in den Blick.

Den rechtlichen Bezugsrahmen der Untersuchung wird ausschließlich das – umfassend verstandene⁵⁷ – allgemeine formelle und materielle „Strafrecht“ bilden. Vor allem die Besonderheiten des Jugendstrafrechts finden keine Berücksichtigung: Der dortige Erziehungsgedanke birgt Probleme eigener Art, die einer gesonderten Untersuchung bedürften.

Soweit dabei zwischen „Abspracheverfahren“ und „streitigem Verfahren“ unterschieden wird, geschieht dies aus darstellerischen Gründen zur vereinfachten Gegenüberstellung beider Varianten. Nicht impliziert werden soll damit eine Aussage darüber, ob Absprachen tatsächlich als gesondertes, eigenständiges Verfahren erfasst und behandelt werden müssen. Diese Frage kann erst am Ende dieser Arbeit behandelt werden.

C. Aufbau der Arbeit

Der Aufbau der Arbeit ergibt sich aus dem sie leitenden Erkenntnisinteresse. Dieses gilt zum einen der Ermittlung des wünschenswerten Anwendungsbereichs von Absprachen bezogen auf die verfahrenswirtschaftliche Lösung des Schuldnachweisproblems im deutschen Strafverfahren und zum anderen der Bestimmung von Möglichkeit und Erforderlichkeit der gesetzlichen Gewährleistung dieses Anwendungsbereichs bei Beachtung der Integrationsfähigkeit in das geltende Recht:

Teil 1 der Arbeit dient dabei der Analyse des Schuldnachweisproblems und damit der Ermittlung des Maßstabes, an dem die Leistungsfähigkeit von Absprachen zur verfahrenswirtschaftlichen Lösung des Schuldnachweisproblems zu messen ist. Untersucht werden die Struktur des Schuldnachweisproblems in theoretischer (§ 1) wie praktischer (§ 2) Hinsicht und die aus ihr abzuleitenden denkbaren Lösungsansätze (§ 3).

In Teil 2 wird der auf diese Weise ermittelte Maßstab auf die Absprachen im Strafverfahren angewendet. Zuvor ist allerdings deren Funktionsmechanis-

57 Zu berücksichtigen sind natürlich insbesondere auch die entsprechenden Vorgaben des GG.

mus zu klären (§ 4). Erst im Anschluss daran kann die Frage nach ihrer Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Lösung des Schuldnachweisproblems beantwortet (§ 5) und der wünschenswerte Anwendungsbereich von Absprachen im deutschen Strafverfahren festgestellt werden (§ 6).

Teil 3 der Arbeit ist der Bestimmung des sich daraus ergebenden gesetzgeberischen Handlungsbedarfs gewidmet. Nach Prüfung von Möglichkeit und Notwendigkeit eines legislatorischen Eingreifens (§ 7) wird ein eigener Vorschlag zur gesetzlichen Integration von Absprachen als verfahrensökonomischer Lösung des Schuldnachweisproblems zur Diskussion gestellt (§ 8). Der abschließende Blick gehört der weiteren Entwicklung der Reform des Strafprozessrechts (§ 9).