

MONIKA HARMS

## Privatisierung der Rechtspflege

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Privatautonomie in der transnationalen Marktgesellschaft – Privatisierung der Rechtspflege –, unter diesem Themenkreis soll ich mich heute äußern zur Frage, ob der staatliche Strafanspruch bei einverständlicher Beendigung zur Disposition der am Strafprozess Beteiligten steht. Vordergründig geht es um den Gedanken, ob über die Absprache im Strafverfahren – gemeinhin verkürzend, aber doch treffend „deal“ genannt – der Strafprozess dem im Gesetz nicht vorgesehenen Parteienverfahren anheim gegeben werden kann oder darf; zugleich geht es um die Frage, ob etwa die bundesdeutsche Rechts- und Lebenswirklichkeit in den Gerichtssälen des Landes den Richtern und Staatsanwälten gar keine andere Wahl lässt, als im Wege eines Quasi-„Notwehrrechts“ gegen die justitiellen Ressourcenkürzungen des Haushaltsgesetzgebers sich praeter legem der verfahrensbeendenden Absprachen zu bedienen, um der anfallenden Arbeit überhaupt noch in angemessener Zeit Herr werden zu können. Tatsächlich aber steht die sehr viel tiefer gehende Frage zur Beantwortung an, ob an den überkommenen Grundsätzen des reformierten Strafprozesses festgehalten werden soll, oder ob durch die nicht hinwegzudiskutierende Entwicklung, dass unter dem Druck wegbrechender Ressourcen immer mehr von dem Abspracheinstrumentarium Gebrauch gemacht und dadurch der Strafprozess in vielerlei Hinsicht für den Tatrichter wieder „gangbar“ gemacht wird, nicht bereits unumkehrbar ein entscheidender Paradigmenwechsel eingeleitet worden ist. Die grundsätzlichen Fragen werden nicht zentral diskutiert, eher am Rande abgehandelt von wenigen, die den Entscheidungen des 4. Strafsenats und des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs<sup>1</sup> und dem Ruf des großen Senats des Bundesgerichtshofs nach dem Gesetzgeber, den Deal zu kodifizieren, ebenso skeptisch gegenüberstehen, wie dem vom Bundesministerium der Justiz vorgelegten Referentenentwurf zur Verständigung in Strafverfahren, mit dem die bisherige Rechtsentwicklung formell nachgezeichnet und versucht wird, diese in Verfahrensregeln zu gießen, ohne nach den Gründen für diese Entwicklung zu fragen und insoweit korrigierend einzugreifen.

Damit durch das vorgegebene Thema dieses Vortrags kein falscher Eindruck entsteht – es geht bei der Diskussion um Absprachen zur einvernehmlichen Verfahrensbeendigung schon seit langem nicht mehr nur um den Strafausspruch. Zwar steht für den Angeklagten und seinen Verteidiger das Interesse am abschließenden Strafaus-

---

<sup>1</sup> BGHSt 43, 195 und BGHSt 50, 40.

spruch – insbesondere die Höhe der zu vollsteckenden Freiheitsstrafe oder mehr noch die Frage einer Bewährungsentscheidung des Gerichts – im Vordergrund. Entgegen den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, dass es über den Schuldspruch keine Absprachen geben und nur eine Strafobergrenze, nicht aber bestimmte Strafen vereinbart werden dürfen, ist es in der Rechtswirklichkeit unter dem allgemein anerkannten Gesichtspunkt der „Ressourcenschonung“ und der „Verfahrensökonomie“ seit langem üblich, in allen Verfahrensabschnitten allen Beteiligten nutzende, weil arbeitssparende Vereinbarungen über die Art und den Umfang des Schuldspruchs und die damit zusammenhängenden Fragen der erforderlichen Sachverhaltsaufklärung und des Umfangs der Beweisaufnahme in einer nachfolgenden Hauptverhandlung zu treffen. Soll dieses Verfahren ökonomisch sein, bedarf es allerdings einer absehbaren, möglichst kurzen geständigen Einlassung des Angeklagten zur Sache, deren Inhalt vorab abzuklären ist. Da solche Abstimmungen notgedrungen schon vor einer Terminierung erfolgen müssen und erst recht vor einer öffentlichen Hauptverhandlung, da sie sonst ihren ressourcenschonenden Zweck verfehlen würden, finden derartige konsensuale Vereinbarungen – geduldet und abgesegnet von der höchstrichterlichen Rechtsprechung<sup>2</sup> – in Vorgesprächen zur Abklärung der „Verhandlungspositionen“ statt, also außerhalb der öffentlichen Hauptverhandlung aus Anlass aller möglichen und denkbaren Kontakte, allein auf der Grundlage der Aktenkenntnis, ohne den Angeklagten und ohne die ehrenamtlichen Richter, deren Beteiligung erst mit der Terminierung feststeht und deren Aufgaben von Gesetzes wegen in der Hauptverhandlung angesiedelt sind. Damit sind grundlegende Prinzipien des geltenden Strafprozessrechts umgangen: Die Unschuldsvermutung, die Pflicht des Gerichts zur umfassenden Wahrheitserforschung von Amts wegen, die nachfolgende Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung, die ihrerseits Grundlage für eine schuldangemessene Strafe bilden soll<sup>3</sup>. Dass schließlich – empirisch belegt – am Ende einer so sorgfältig vorbereiteten Hauptverhandlung innerhalb einer bisweilen erstaunlich kurzen Verhandlungsdauer – ungeachtet der Dauer des Ermittlungsverfahrens, ungeachtet des Umfangs der vorliegenden Strafakten – und auf der Grundlage des absehbaren Schuldspruchs gerade die Strafe ausgesprochen wird, die als „Obergrenze“ – der Rechtsprechung gehorchend – vom Gericht in Aussicht gestellt worden war, so dass alle nach der erforderlichen qualifizierten Belehrung – wiederum der Rechtsprechung gehorchend – sich in den meisten Fällen mit einer einvernehmlich abgegebenen Erklärung zum Rechtsmittelverzicht verabschieden können, das verwundert nur noch denjenigen, der sich mit der Lebenswirklichkeit im deutschen Strafprozess der letzten Jahre noch nicht befasst hat.

Warum – so mag sich mancher fragen – sollten wir damit nicht zufrieden sein? Das Verfahren ist rechtskräftig abgeschlossen, der Rechtsfrieden durch Konsens vermeintlich hergestellt! Es ist hier weder Zeit noch Raum die in mehr als 25 Jahren sich vollziehende Entwicklung zu der heute allort praktizierten einverständlichen Abspra-

---

<sup>2</sup> Vgl. BGHSt 43, 195, 206.

<sup>3</sup> Vgl. Weßlau, StV 2006, 357.

chepraxis nachzuvollziehen und die verschiedenen Konzepte zur Einführung der Verständigung in den noch geltenden Strafprozess mit ihren mehr, meist weniger überzeugenden dogmatischen Begründungen rechtswissenschaftlich fundiert darzustellen und zu diskutieren<sup>4</sup>. Ich muss mich folglich auf einige schlaglichtartige Thesen beschränken und versuchen, die Folgen für die Strafjustiz aufzuzeigen, wenn dieser Weg in den „einverständlichen“ Strafprozess mit dem Konsensprinzip als neuem Leitgedanken und Legitimationsprinzip fortgesetzt wird.

Es fragt sich, ob der Ansatz, eine „Privatisierung der Strafrechtspflege“ sei denkbar, überhaupt legitim ist.

Der Strafprozess ist die hoheitlichste Form staatlichen Auftretens im justitiellen Gewand. Während sich im Zivilprozess und im Verwaltungsprozess gleichberechtigte Parteien gegenüberstehen, die über den Streitgegenstand nach rechtlichen Regeln disponieren können – etwa Vergleiche schließen, Verständigungen herbeiführen oder die Klage zurücknehmen können – ist Gegenstand des Strafverfahrens nicht ein interessenbestimmter Rechtsstreit, den man führen oder dem man ausweichen kann, sondern ein Tatverdacht. Verhandelt wird – darauf hat *Weßlau*<sup>5</sup> zu Recht hingewiesen – der Normbruch, nicht ein Interessengegensatz. Durch den Strafprozess soll die Verletzung der Rechtsordnung durch Wiederherstellung des Rechtsfriedens im Interesse der Allgemeinheit ausgeglichen werden. Der Staat übernimmt – historisch betrachtet – hoheitlich die strafende Funktion, um die individuelle Rache des Verletzten zu ersetzen und dadurch die Genugtuung auf Seiten der Opfer und ihrer Angehörigen zu gewährleisten.

Der reformierte Strafprozess, nach dessen Grundsätzen Strafverfahren bis zum heutigen Tag geführt werden, war im 19. Jahrhundert die Antwort auf den nicht mehr zeitgemäßen Inquisitionsprozess, der nach streng formalisierten Regeln geführt zur Wahrheitsermittlung nur einen begrenzten Kanon von anerkannten Aufklärungsmitteln zur Verfügung hatte. Die vom Richter in einem heimlichen, schriftlichen und ausschließlich nach Aktenlage geführten Verfahren zu erforschende Wahrheit konnte bei schweren Strafen alternativ nur durch zwei oder drei Augenzeugen bekundet werden oder aber durch ein Geständnis, das als „*regina probationum*“ mit allen Mitteln einschließlich der Folter erwirkt wurde<sup>6</sup>. Der zur Wahrheit verpflichtete Angeklagte war Untersuchungsobjekt, ohne Recht zur Anhörung oder zu eigenen selbständigen Prozesshandlungen. Der entscheidende Wandel hin zu einem modernen Strafprozessverständnis in Abkehr vom Erfordernis eines Geständnisses und damit auch vom Instrument der inquisitorischen Folter erfolgte mit dem Institut der freien richterlichen Beweiswürdigung. Damit einher ging die Einführung aller der prozessualen Grundsätze, die einerseits die umfassende Wahrheitsermittlung sichern, andererseits Transparenz und Öffentlichkeit des Strafprozesses gewährleisten sollen, um das Vertrauen der Allgemeinheit in eine unabhängige Justiz zu sichern: Trennung von Staats-

---

<sup>4</sup> Vgl. dazu die umfassende und informative Übersicht von *Meyer*, ZStW 119 (2007), 633 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>5</sup> Vgl. *StraFo* 2007, 1 ff.

<sup>6</sup> Vgl. *Meyer*, a. a. O., S. 641 ff.; *Harms*, FS Nehm 2006, 289, 296.

anwaltschaft und Gericht und Zuweisung unterschiedlicher Aufgaben im Gesamtverfahren, Gewährleistung einer unabhängigen, von Weisungen freien Richterschaft, Einführung des Legalitätsprinzips, der Amtsaufklärungsmaxime, des prozessual gesicherten und geregelten Beweisantragsrechts auch des Angeklagten, der Verpflichtung zur umfassenden Wahrheitserforschung durch das Gericht auf Grundlage freier richterlicher Beweiswürdigung im Rahmen einer öffentlichen Hauptverhandlung; erst auf dieser Grundlage kann der nachfolgende Schuldspruch und der dieser Schuld angemessene Strafausspruch erfolgen mit der Möglichkeit der Überprüfung durch die Rechtsmittelgerichte. In diesem ausgewogenen ganzheitlichen System mit unterschiedlicher sich gegenseitig kontrollierender Aufgabenverteilung hat der Konsens als gleichwertiges Verfahrensprinzip im Sinne der Rechtsgestaltung durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten keinen Platz. Er ist dogmatisch nicht zu begründen! Das Verfahren wird im Interesse der Allgemeinheit nach objektiven rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen geführt, es steht nicht zur Disposition der Beteiligten, ihre „Interessen“ sind im strafprozessualen Verfahren ohne Bedeutung<sup>7</sup>.

Heute stehen wir – ich habe es schon an anderer Stelle wiederholt gesagt – an der Schwelle, erneut ein heimliches, nicht öffentliches Verfahren durch das konsensuale Prinzip einzuführen, in dem die Interessengeflechte der Beteiligten nicht überprüfbar sind, weil die wesentlichen Teile der Absprachen ohne Öffentlichkeit stattfinden und in den meisten Fällen der Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht durch Herbeiführung der Rechtskraft entzogen werden. Dies wird auch nicht dadurch besser, dass dem Gericht Protokollierungspflichten auferlegt werden, die solche Vereinbarungen außerhalb der Hauptverhandlung dokumentieren sollen, die zu einer konsensualen Beendigung des Verfahrens geführt haben. Denn bei einer im Ergebnis gleichgerichteten Interessenlage aller Beteiligten, das Strafverfahren arbeitsökonomisch, ressourcenschonend und zügig zu beenden, abgesichert durch ein schlankes Geständnis und ohne die Mühe der umfassenden Wahrheitserforschung, wird es keine rechtlich kontrollierende Nachprüfung geben, weil alle mit dem gemeinsam gefundenen Ergebnis leben können.

Die konsensuale Verfahrensbeendigung, die nur noch äußerlich an den Formen der Hauptverhandlung festhält, das Herzstück des Strafprozesses aber zur Kulisse verkommen lässt und die tatsächlich wichtige Aufgabe der öffentlichen Hauptverhandlung, die nachzuvollziehende Erforschung der materiellen Wahrheit, auf das reduziert, was von allen gerade noch akzeptiert werden kann, löst die strengen Formen des Strafprozessrechts auf und führt im Ergebnis zum Verlust von Rechtssicherheit und Vertrauen der Allgemeinheit in die justitiellen Abläufe und die Integrität der Strafjustiz als dem öffentlichkeitswirksamsten Teil der 3. Gewalt im Staat.

Die Vertrauen schaffende Legitimation durch das ordnungsgemäß geführte Verfahren geht verloren, wenn die Form zur Förmlichkeit verkommt und sich alsbald als bloße Förmerei erweist, weil sie die tatsächlichen Abläufe und Entscheidungsprozesse verdeckt.

---

<sup>7</sup> Vgl. zutreffend: *Weßlau*, StraFo 2007, 1 ff.

Die Strafverfahren gegen Ackermann und Hartz sind Beispiele für die aufgezeigten Entwicklungen, sie stehen aber nur für die von der Öffentlichkeit im Übrigen nicht mit der gleichen Empörung wahrgenommene Lebenswirklichkeit in der deutschen Strafjustiz.

Man mag sich fragen, wie und warum sich diese Entwicklung *praeter legem* flächendeckend ausbreiten konnte?

Der Gesetzgeber des reformierten Strafprozesses hatte hohes Vertrauen in die Richterschaft. Er stattete sie mit umfassender Unabhängigkeit aus und überließ die Kontrolle dem System, den Rechtsmittelgerichten und der Selbstkontrolle in den Spruchkörpern; diese Unabhängigkeit erforderte Verantwortung und richterliche Ethik, mit den Freiheiten im Interesse der Sache verantwortungsbewusst umzugehen.

Viele Kollegen versuchen, diesen Ansprüchen des Berufes bis heute so gut es geht gerecht zu werden und in den Formen des Strafprozessrechts ihre Arbeit zu bewältigen. Der „deal“ wird ihnen hierbei zum Vehikel, weil er vermeintlich den Ansprüchen der Verfahrensordnung gerecht wird und in den vorgegebenen Formen das Verfahren beendet. Der „deal“ ermöglicht es Richtern und Staatsanwälten wie auch Strafverteidigern mit den zahlreichen Alltagsschwierigkeiten fertig zu werden, denen sich die Justiz gegenüber sieht: Das entscheidende Problem ist zunächst im Bereich verknappter Ressourcen zu verorten; die Justiz ist nicht das Lieblingskind der Politiker. Man glaubte lange Zeit, die justizielle Effektivität durch vermehrten Einsatz von Elektronik erhöhen und den Einsatz menschlicher Arbeitskraft nach betriebswirtschaftlichen Parametern reduzieren zu können. Das Ergebnis ist für die Entwicklung der 3. Gewalt insgesamt nicht ermutigend, für die Strafjustiz endet der Weg in der oben aufgezeigten Sackgasse „deal“.

Verschärft werden die Probleme der Justiz im Einzelfall durch die zunehmende Komplexität der Rechtsmaterien, die es anzuwenden gilt, und die nicht mehr allein mit den Kenntnissen aus dem Studium zu bewältigen sind. Es bedarf dazu ständiger Fortbildung und Verfolgung der höchstrichterlichen Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte, des Bundesverfassungsgerichts, des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Deren ausdifferenzierte, nicht immer aufeinander abgestimmte Rechtsprechung trägt ebenso zum Gefühl der Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung und damit einhergehender Unsicherheit bei wie ständig sich ändernde Strafgesetze, die zum Teil – dem politischen Tagesgeschäft geschuldet – wenig abgestimmt sind auf bestehendes Regelwerk. Bei hohem Arbeitsdruck durch Quantität und umfangreichem Aktenmaterial, das es rechtlich zu durchdringen gilt, steigt die Neigung, den einvernehmlichen Prozess zu versuchen, der bei Rechtskraft zudem die Frustration vermeidet, vom Revisionsgericht behrend aufgehoben zu werden. Zur Rechtfertigung eines solchermaßen schlanken und schnellen Prozesses dient zudem das Beschleunigungsgebot des Art. 6 EMRK, das bei Verzögerungen ohnehin keine schuldangemessene Bestrafung mehr zulässt.

Dieses Vermeidungsverhalten und Ausweichen in das konsensuale Verfahren kommt nicht etwa nur der Justiz, sondern gerade auch den Tätern zugute, ohne deren kooperatives Verhalten ein zufrieden stellendes Ergebnis nicht zu erzielen ist. Anders

als bisweilen zu lesen<sup>8</sup> und von Verteidigern suggeriert, bleiben nach meinem Eindruck nicht die Rechte des Beschuldigten/Angeklagten hinter dem zurück, was aus rechtsstaatlichen Gründen geboten ist, sondern der Preis ist die Aufgabe des strafprozessualen Verfahrens und damit im Ergebnis die schuldangemessene Strafe im Einzelfall. Da in konsensualen Verfahren in den meisten Fällen mit Rechtskraft zu rechnen ist, hat dies zudem für den Tatrichter den unschätzbaren Vorteil, die Rechtsanwendung nicht so genau begründen und ausführen zu müssen, sondern in abgekürzter Form sich auf die Benennung der den Schuld- und Strafausspruch tragenden Strafrechtsnormen beschränken zu können. Darüber hinaus werden dem Revisionsgericht die Grundlagen entzogen, in wichtigen Rechtsfragen zur Wahrung der Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung und der Gerechtigkeit die Rechtseinheit zu wahren.

Es wird niemanden verwundern, dass der Anfang dieser Entwicklung und einer der Brennpunkte im Bereich der Wirtschaftsstrafverfahren liegt. Die informative Studie von Altenhain u. a. aus dem März 2007 über die Praxis der Absprachen an den Wirtschaftsstrafkammern in Nordrhein-Westfalen belegt, dass die konsensuale Erledigung mit einem Anteil von etwa 2/3 in diesem Bereich die von der Prozessordnung vorgesehene Verfahrensbeendigung übersteigt. Ähnliche Verhältnisse werden sich bei Verfahren wegen organisierter Kriminalität und bei umfangreichen Verfahren wegen Betäubungsmittelhandel mit Auslandsbezug ermitteln lassen. Ich wage die Behauptung: Je schwieriger und komplexer die Rechtsmaterie, je umfangreicher das Aktenmaterial und je schwerer der strafrechtliche Vorwurf, um so größer die Neigung, das Verfahren mit Hilfe eines „deals“ in erträglicher Zeit zu beenden, auch wenn dies nur mit Hilfe eines erheblichen Strafnachlasses zu erzielen ist. Auch dies erscheint verständlich, wenn man einen Blick auf die Lebenswirklichkeit in deutschen Gerichtssälen wirft. Mit der Belastung monatelanger, bisweilen jahrelanger Hauptverhandlungen, in denen eine Vielzahl zum Teil unsinnigster und wirrer Beweisanträge der Verteidigung, etwa auf Verlesung von sechs Jahrgängen eines Adressenhandbuchs einer deutschen Großstadt, bei Ablehnung mit Befangenheitsanträgen mit teilweise beleidigendem Inhalt gegen alle Richter der erkennenden Strafkammer beantwortet werden, und stets die Gefahr droht, bei einer entsprechenden Vielzahl von Anträgen revisionsrechtlich in Untiefen zu geraten – Je länger die Hauptverhandlung dauert, um so rauer wird die See! – kann das Angebot, stattdessen mit einem knappen „Geständnis“ und ohne große Nachfragen seitens des Gerichts das Verfahren zu beenden, schon verlockend sein! Es bedarf schon eines großen Stehvermögens der Strafkammer, den Angeklagten stattdessen mit einer Freiheitsstrafe von 4 ½ Jahren wegen Untreue zu belegen und dafür statt nach drei Tagen Hauptverhandlung das Verfahren erst nach fünf Monaten zu beenden.

Vor diesem aufgezeigten Hintergrund kann man natürlich die Entwicklung hin zum konsensualen Verfahren legislatorisch nachvollziehen, den „deal“ damit legalisieren und kodifizieren. Aber man soll und muss meines Erachtens sich dann auch zu dem dramatischen strafprozessualen Prinzipienwechsel von der Aufklärungsmaxime zur

---

<sup>8</sup> Vgl. nur Meyer, a. a. O., S. 647 ff.

Konsensmaxime bekennen, und man muss die Folgen bedenken, die sich für den Strafprozess und seine Sinnhaftigkeit daraus ergeben. Nicht mehr der Normbruch wird aufgeklärt und ggf. sanktioniert, um den Rechtsfrieden wiederherzustellen, sondern die vom Angeklagten zugestandene Rechtsverletzung wird so schonend wie möglich für alle auf eine konsensuale Weise mit der von allen gerade noch hinzunehmenden Strafe belegt. Welche Auswirkungen dieser Paradigmenwechsel auf die rechts-treue Bevölkerung hat, ist absehbar. Glauben viele doch jetzt schon, dass die „Großen“ laufengelassen werden und in zahlreichen Fällen kriminelle Handlungen praktisch ohne strafrechtliche Folgen bleiben. Ist aber – worauf *Weßlau* zutreffend hingewiesen hat<sup>9</sup> – mit Blick auf das Konsensprinzip als neuer Leitidee der Sinn des Strafprozesses, angesichts knapper Ressourcen die bestmögliche Verteilung der Mittel auf die Gesamtheit aller zu führenden Strafverfahren zu gewährleisten, so bedürfte es dazu nicht mehr der herkömmlichen Gerichte. Die Abklärung der konsensual zu erzielenden Sachergebnisse und die von allen zu akzeptierende Sanktion ist auch ohne Hauptverhandlung im Rahmen eines Strafbefehlsverfahrens vom Einzelrichter zu erzielen, soweit eine solche Einigung nicht bereits im Ermittlungsverfahren mit der Staatsanwaltschaft ausgehandelt und sodann dem Einzelrichter zur justitiellen Abse-gnung unterbreitet wird. Ob diese Art von Strafprozess dem Rechtsfrieden dient, Ver-trauen in der Bevölkerung in die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz stärkt, das möge hier jeder für sich entscheiden.

Angesichts der großen Aufgaben, die an sich von der Justiz im Verhältnis zu den Innenbehörden und deren weitgehenden Präventivbefugnissen wahrzunehmen wären, um eine justitielle Kontrolle zu gewährleisten, und der Vielzahl zusätzlicher gesetzli-cher Aufgaben, die bereits jetzt etwa über das Rechtsinstitut des Richtervorbehalts der Justiz vom Gesetzgeber übertragen worden sind und absehbar weiter übertragen wer-den, wäre aber gerade Vertrauen in die Justiz und ihre Funktionsfähigkeit das, was wir am dringendsten zurückgewinnen müssten. Es muss uns besorgt machen, dass der Richtervorbehalt allgemein als wenig wirksame Kontrollinstanz angesehen wird und dass das Bundesverfassungsgericht immer wieder die mangelnde Qualität und die fehlende rechtliche Durchdringung von ermittelungsrichterlichen Beschlüssen zu be-klagen und diese von Verfassungen wegen aufzuheben hat.

Auch für diese Entwicklung gibt es mannigfaltige Gründe, die von der Justiz aufzu-arbeiten wären. Doch das ist ein anderes, weites Feld!

---

<sup>9</sup> StraFO 2007, 3.