

Philosophisch-historische Klasse
Sitzungsberichte
München 2013, Heft 1

Vom Tempel zum Marktplatz

Wie die Strafjustiz scheinbar die
ökonomische Theorie des Rechts in Praxis,
government in governance und Souveränität
in Kooperation verwandelt hat

Bernd Schünemann

Vorgetragen in der Sitzung vom 30. Januar 2009



Bayerische
Akademie der Wissenschaften

Inhalt

I. Keine Erzählung aus Liliput	3
II. Die materielle Wahrheitsfindung	5
III. Die zunächst heimliche Metamorphose	11
IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?.....	19
V. Governance als Bezugsrahmen	25
VI. Kooperation oder strukturelle Erpressung	32
VII. Minimalia des Rechtsstaats	35
Akademie der Wissenschaften	
Veröffentlichungen/Backlist	38

ISSN 0342 5991

ISBN 978 3 7696 1664 4

© Bayerische Akademie der Wissenschaften München, 2013

Satz/Layout: a.visus, München

Druck und Bindung: Tutte Druckerei & Verlagsservice GmbH

Vertrieb: Verlag C. H. Beck, München

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier

(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

Printed in Germany

www.badw.de

www.badw.de/publikationen/index.html

I. Keine Erzählung aus Liliput

Wenn ich im Ausland die Entwicklungsgeschichte des deutschen Strafverfahrens der letzten Jahrzehnte erzähle, stoße ich in der Regel auf ungläubiges Erstaunen. Und man hält mich nicht selten für einen Nachahmer von *Jonathan Swift*, der in satirischer Absicht Nachrichten aus Liliput erfindet. Dabei erzähle ich nicht mehr und nicht weniger, als dass die deutsche Justiz etwas getan hat, was vom österreichischen Obersten Gerichtshof bei wesentlich gleicher Gesetzeslage als strafbarer Amtsmisbrauch qualifiziert worden ist¹, indem sie nämlich die gesetzlichen Regeln des von ihr anzuwendenden Verfahrens nach Belieben ignoriert und statt dessen nach selbst erfundenen Regeln gehandelt hat, die auf der Oberfläche eine Aushandlung des Urteils mit dem Angeklagten zu moderieren scheinen, denen in Wahrheit jedoch dessen durch Einkerkierung oder Drohung mit Einkerkierung abgenötigte Unterwerfung zugrunde liegt.

Lassen Sie mich in aller Kürze zeigen, was diese Entwicklung im Einzelnen ausgemacht hat und wieso darin die gesetzliche Struktur des deutschen Strafverfahrens geradezu auf den Kopf gestellt worden ist. Anschließend möchte ich den Unglauben meiner ausländischen Gesprächspartner verständlich machen, indem ich darlege, dass diese Usurpation der gesetzgebenden Gewalt durch die Justiz nicht einmal, wie es vordergründig erscheinen könnte, als eine Hinwendung zu dem amerikanischen Prozessmodell erklärt werden kann, weil die heutige deutsche Strafverfahrenspraxis nämlich nicht einmal jene partielle Aus-

1 Entscheidung vom 24. 8. 2004 (Az. 11 Os 77/04), JBl 2005, 127; mehrfach bestätigt, zuletzt OGH v. 4. 3. 2010 (13 Os 1/10m); dazu Zaponig, Von «Absprachen» und «Verständigungen» im Strafprozess – eine rechtsvergleichende Untersuchung, 2011.

I. Keine Erzählung aus Liliput

balancierung der Verfahrensrechte aufweist, die die rechtsstaatlichen Defizite des amerikanischen Modells abmildert. Mit dem letzten Teil meiner Überlegungen möchte ich das Geschehen der letzten drei Jahrzehnte in die verschiedenen im Laufe der menschlichen Kulturentwicklung entstandenen Rechtsparadigmen einzuordnen versuchen und mich der Frage stellen, ob wir eine bloße Variante der zu jeder Zeit und ununterbrochen ablaufenden Veränderungen der Rechtsinhalte oder einen genuinen Paradigmenwechsel vor uns haben und ob sich der hierbei herauskommende Befund in die fundamentalen normativen Überzeugungen der heutigen Gesellschaft einpassen und durch sie legitimieren lassen wird oder nicht.

II. Die materielle Wahrheitsfindung durch Beweiserhebung in der Hauptverhandlung als Grundstruktur des deutschen Strafverfahrens

1. Der deutsche Strafprozess, der sich im 19. Jahrhundert als Antwort auf den vom Spätmittelalter bis Ende des 18. Jahrhunderts praktizierten, seit der Aufklärungszeit zunächst wegen seines zentralen Instruments der Folter und später wegen der seine Struktur prägenden Prinzipien der Heimlichkeit und Schriftlichkeit als unerträglich empfundenen Inquisitionsprozess² herausgebildet hat und in der Reichsstrafprozessordnung von 1887³ seine bis heute in der gesetzlichen Struktur unveränderte

-
- 2 Dazu allg. Eb. Schmidt, FS der Leipziger Juristenfakultät für Siber, 1941, S. 99 ff.; ders. Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 185 ff.; Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl. S. 33 ff.; Sellert, FS Scupin, 1983, S. 161 ff.; Jerouschek, ZStW 104 (1992), S. 328 ff.; Ignor, Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, 2002, S. 41 ff.; Koch, FS Rüping, 2008, S. 393 ff. Zur Kritik am Inquisitionsprozess Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. I 1821, Bd. II 1825; Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 63 ff., 78 ff.; Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert, 1849, S. 58 ff.
- 3 Die wichtigsten Stationen der Gesetzgebung sind: die Vorlegung des Gesetzesentwurfs an den Reichstag am 29. Oktober 1874 (Hahn/Mudgan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bände 3 u. 4, 2. Aufl., 1885, S. 4 ff.), erste Beratung im Plenum des Reichstags, insb. mit Einsetzung einer Kommission, am 24. und 26. November 1874 (Hahn/Mudgan, S. 497 ff.); Sitzungen der Kommission, 1. Lesung, vom 11. Juni 1875 bis zum 16. Februar 1876 (Hahn/Mudgan, S. 549 ff.); 2. Lesung, vom 2. Mai 1876 bis zum 28. Oktober 1876 (Hahn/Mudgan, S. 1175 ff.), mit Fertigstellung eines von v. Schwarze erstatteten Abschlussberichts (Hahn/Mudgan, S. 1532 ff.); Bedenken des Bundesrats und weitere Kommissionsberatung (Hahn/Mudgan, S. 1619 ff.); zweite Beratung im Plenum des Reichstags ab dem 27. November 1876 (Hahn/Mudgan, S. 1693 ff.); Beschlüsse des Bundesrats (Hahn/Mudgan, S. 2012 ff.);

II. Die materielle Wahrheitsfindung

Gestalt gefunden hat, beruht auf der Verbindung des Verfahrensziels der materiellen Wahrheitsfindung mit dem hierfür als allein tauglich angesehenen Mittel der öffentlichen, mündlichen, die unmittelbaren Beweismittel benutzenden und den Angeklagten als Prozesssubjekt mit gleichen Rechten respektierenden Hauptverhandlung⁴. Zur Vorbereitung und zur Ausübung aller Fälle ohne wirklich gravierenden Tatverdacht wurde ein Vorverfahren vorgeschaltet, das von der (als Prozessrolle in Frankreich entwickelten und schon in den Strafprozessordnungen der deutschen Einzelstaaten vor 1871 übernommenen)⁵ Staatsanwaltschaft beherrscht wird und im Interesse der Zügigkeit der Vorermittlungen dem Beschuldigten nur verhältnismäßig schwache Rechte gibt. Während in Kapitalstrafsachen ursprünglich die durch Notverordnung des Reichspräsidenten in der Weimarer Zeit wieder abgeschaffte⁶ Schwurgerichtsverfassung eingeführt wurde⁷, wurde für die Masse der Strafverfahren

dritte Beratung im Plenum des Reichstags am 20. und 21. Dezember 1876 (Hahn/Mudgan, S. 2018 ff.). Publiziert im RGBl. 1877, Nr. 8 S. 253, als Teil der Reichsjustizgesetze in Kraft getreten am 1.10.1879. Deren Verabschiedung weniger als 6 Jahre nach der Reichsgründung war eine imponierende Leistung, die Auseinandersetzungen in der Reichsjustizkommission zwischen dem von der Reichsregierung und dem Bundesrat auf durchaus hohem Niveau vertretenen etatistischen Standpunkt und der liberalen Reichstagsmehrheit mit so brillanten Köpfen wie Miquél, Lasker und v. Schwarze sind ein Glanzstück durchdachter Gesetzgebung, dessen Lektüre nicht nur ebenso spannend wie belehrend ist, sondern auch die Kümmerlichkeit des heutigen «Berufs zur Gesetzgebung» deutlich hervortreten lässt.

- 4 Dazu im 19. Jahrhundert grundlegend Feuerbach (Fn. 2), Bd. I S. 159 ff., 284 ff.; Mittermaier, Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht in ihrer Durchführung in den verschiedenen Gesetzgebungen, 1845, S. 245 ff., 333 ff.; Zachariä (Fn. 2), S. 61 ff., 224 ff., 251 ff., 310 ff. Ein knapper Überblick über diese Prinzipien bei Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 17 Rn. 2 ff., § 46 Rn. 1 ff., 47 Rn. 1 ff.
- 5 Wobei die herrschende Auffassung, die darin liegende «prozessuale Gewaltenteilung» sei ein den Beschuldigten schützendes, liberales Element (Staatsanwalt als «Wächter des Gesetzes» oder «objektivste Behörde der Welt»), jedenfalls in historischer Hinsicht zweifelhaft ist, s. Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 9 Rn. 1.
- 6 Dazu v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941, S. 53 ff. («völliger Umsturz unserer Gerichtsverfassung»); Eb. Schmidt, Einführung (Fn. 2), S. 418 f.; Kühne, LR-StPO Einl. F Rn. 36 ff.; ausf. Vormbaum, Die Lex Emminger vom 4. Januar 1924, 1988.
- 7 Als Import aus England auf dem Umweg über Frankreich zu einem Fixpunkt der liberalen Reformforderungen avanciert und nach dem Vorbild der USA

II. Die materielle Wahrheitsfindung

ein neuartiger Kompromiss gefunden. Nämlich indem das hier von den Berufsrichtern dominierte Gericht⁸ in der Hauptverhandlung mit einer ähnlichen Aufgaben- und Machtfülle wie der Richter des früheren Inquisitionsprozesses ausgestattet ist, weil es die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung in den Händen behält und zugleich über ihr Ergebnis entscheidet⁹, in dieser Machtfülle aber zugleich durch eine außerordentlich starke Stellung der Verteidigung ausbalanciert wird¹⁰.

-
- (Amendment VI von 1791) in die Paulskirchenverfassung aufgenommen (für Preßvergehen in Art. IV, § 143 Abs. 3, für Kapital- und politische Strafsachen in Art. X, § 179 Abs. 2), zur Entwicklung im 19. Jh. s. Feuerbach, *Betrachtungen über das Geschwornengericht*, 1813; Mittermaier (Fn. 4), S. 358 ff.; Zachariä (Fn. 2), S. 299 ff.; Köstlin (Fn. 2), insb. S. 113 ff.; Schwinge, *Der Kampf um die Schwurgerichte*, 1926, S. 43 ff.; Eb. Schmidt, *Einführung* (Fn. 2), S. 290 ff.; Ignor (Fn. 2), S. 249 ff. In der RStPO fand sich die Regelung über das Schwurgerichtsverfahren im Zweiten Buch 7. Abschnitt (§§ 276 ff.), deren Einrichtung selbst im 6. Titel des Gerichtsverfassungsgesetzes (§§ 79 ff.).
- 8 Unabhängig von der in den letzten Jahren wieder heftig entbrannten Debatte um Wert und Funktion der Laienmitwirkung im Strafverfahren (dazu Roxin/Schünemann [Fn. 4], § 6 Rn. 17, § 46 Rn. 6; Börner, *ZStW* 122 [2010], 157 ff. m.zahlr.Nachw. der Kritik in Fn. 143) steht die (wegen des Beratungsgeheimnisses empirisch schwer überprüfbare) alltagstheoretische Einschätzung der forensischen Praxis, dass Schöffen sich regelmäßig von den Berufsrichtern von der Richtigkeit des von diesen vertretenen Standpunktes überzeugen lassen.
- 9 Während im Schwurgerichtsverfahren die Beweisaufnahme von den Parteien (Staatsanwaltschaft und Verteidigung) durchgeführt, von der dabei passiven Jury beurteilt und (im Falle eines Schuldspruchs) die Strafe von den Berufsrichtern festgesetzt wird.
- 10 Durch die Trias eines effizienten Beweisantragsrechts der Verteidigung (das in § 243 Abs. 2 RStPO dem Grundsatz nach anerkannt wurde und dessen Konturen in der Rechtsprechung des Reichsgerichts herausgearbeitet wurden; laut Roxin/Schünemann [Fn. 4], § 45 Rn. 41, der «Eckstein der Verfahrensbalance»), des ursprünglich uneingeschränkten Rechts auf Vernehmung der von der Verteidigung geladenen und gestellten Zeugen (§§ 244, 38 RStPO) und der richterlichen Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO (die zwar erst nachträglich an dieser Stelle im Gesetz benannt wurde, aber bereits im Entwurf des Bundesrats außer Frage stand und als Teil des – nach heutiger Zählung – § 155 Abs. 2 StPO verstanden und in den Kommissionsberatungen bekräftigt, s. Hahn/Mugdan [Fn. 3], S. 146 f., 844 ff., ferner auch schon früher in § 243 Abs. 3 StPO a. F., der dem Wortlaut nach nur die Befugnis des Gerichts zur Ausdehnung der Beweisaufnahme regelte, hineingelesen wurde, s. RGSt. 6, 135, 136; 13, 158, 159; Löwe/Hellweg, *Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich*, 12. Aufl. 1907, § 243 Nr. 7 a sowie § 239 Abs. 2 StPO), war für die Hauptverhandlung ungeachtet der inquisitorischen

II. Die materielle Wahrheitsfindung

2. Die Achillesferse dieses spezifisch deutschen Modells bestand und besteht in der einseitigen Prägung der richterlichen Informationsverarbeitung durch die vorherige Lektüre der von Polizei und Staatsanwaltschaft ohne Kontrolle durch die Verteidigung ausgestalteten Ermittlungsakten, durch die die Anklagehypothese scheinbar bis zur Evidenz befestigt und vermöge des vom Richter gefassten, die Wahrscheinlichkeit der Verurteilung attestierenden Eröffnungsbeschluss «in dessen Selbst aufgenommen» wird. Denn wie in der Alltagserfahrung jedes Verteidigers greifbar, durch die psychologische Theorie der kognitiven Dissonanz¹¹ zu erklären und von mir vor Jahrzehnten in einer zusammen mit Psychologen und Soziologen durchgeführten Serie von Experimenten bestätigt worden ist¹², löst das den sog. Inertia- oder Perseveranz-Effekt aus, demzufolge der Richter in der Beweisaufnahme der Hauptverhandlung Informationen, die die Anklagehypothese bestätigen, bevorzugt apperzipiert und systematisch überschätzt, dagegen entlastende, also die Anklagehypothese erschütternde Informationen vielfach gar nicht apperzipiert oder zumindest systematisch unterschätzt. Um diese Dialektik in der Rolle des Richters, dessen Übermacht in der Hauptverhandlung die materielle Wahrheitsfindung garantieren soll und zugleich gefährdet, in einer

Stellung des Gerichts eine «Verfahrensbalance» geschaffen worden, die in ihrer Genialität durchaus mit dem staatsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatz verglichen werden kann.

- 11 Dazu Festinger, *A Theory of Cognitive Dissonance*, 1957; Festinger *Theorie der kognitiven Dissonanz*, 1978; Frey in: Frey (Hrsg.) *Kognitive Theorien der Sozialpsychologie*, 1978, S. 243 ff.; Irle, *Kursus der Sozialpsychologie*, Bd. II, 1978, S. 304 ff.; Irle/Möntmann, in: Festinger, *Theorie der kognitiven Dissonanz*, 1978, S. 274 ff.; Werth/Mayer, *Sozialpsychologie*, 2008, S. 226 ff.; Cooper, in: Van Lange u. a. (Hrsg.), *Handbook of Theories of Social Psychology*, vol. 1, Los Angeles u. a., 2012., S. 377 ff.
- 12 Schünemann, in: Kerner/Kury/Sessar (Hrsg.), *Deutsche Forschungen zur Kriminalitätsentstehung und Kriminalitätskontrolle*, 1983, S. 1109 ff.; ders. in: Lampe (Hrsg.), *Beiträge zur Rechtsanthropologie*, ARSP-Beiheft 22, 1985, S. 68 ff.; ders. in: Kaiser/Kury/Albrecht (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*, 1988, S. 265 ff.; Schünemann/Bandilla, in: Wegener/Lösel/Haisch (Hrsg.) *Criminal Behavior and the Justice System*, 1989, S. 181 ff.; Schünemann *Ztschr. f. Sozialpsych.* 17, 1986, S. 50 ff.; ders. *StV* 2000, S. 159 ff. Dass dieser Befund bereits in den Beratungen der RStPO präzise erkannt worden ist (s. den Kommissions-Berichterstatter v. Schwarze, Hahn/Mugdan [Fn. 3], III/2, S. 1713 f.), ist ein weiterer Beweis für deren beeindruckendes Niveau.

II. Die materielle Wahrheitsfindung

höheren Balance wieder aufzufangen, hatte schon die Strafprozessordnung verschiedene Kautelen wie etwa den Eintritt unbefangener Richter in die Richterbank der Hauptverhandlung¹³ und eine Experimentierklausel zur Einführung des amerikanischen Kreuzverhörs vorgesehen¹⁴, die sich freilich im Laufe der Zeit als teils unpraktikabel¹⁵, teils zu schwach herausgestellt haben, wie eine ständig weiter absinkende Freispruchsquote demonstriert, die mittlerweile auf den in Rechtsstaaten westlicher Prägung konkurrenzlos niedrigen Wert von kaum über 3 % abgesunken ist¹⁶. Hieraus resultiert eine diskrete Überdeterminierung des richterlichen Urteils durch Polizei und Staatsanwaltschaft, einerseits durch eine permanent angewachsene, unter den Schlagwörtern der Verpolizeilichung und Vergeheimdienstlichung des Ermittlungsverfahrens immer intensiver und geradezu notorisch gewordene Machtstellung der Polizei¹⁷, und andererseits durch die die deutsche und insbesondere die

-
- 13 Durch die in § 23 Abs. 3 RStPO angeordnete Ausschließung des beim Eröffnungsbeschuß fungierenden Berichterstatters von der Hauptverhandlung (aufgehoben 1924 in § 21 Abs. 1 der sog. Emminger-VO, die als Notverordnung vom Reichspräsidenten verantwortet wurde und zahlreiche liberale Garantien abschaffte, z. B. auch das Schwurgericht).
- 14 Der heutige § 239 StPO, der die Pflicht des Gerichts statuiert, der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung auf deren übereinstimmenden Antrag die anfängliche Zeugenbefragung zu überlassen.
- 15 Die Staatsanwälte stellten einfach den nach § 239 StPO erforderlichen Antrag nicht, weil sie sich auf Grund ihrer Berufserfahrung einer in ihrem Sinne vom Vorsitzenden durchgeführten Zeugenvernehmung sicher sein konnten – was angesichts des im Text erwähnten Perseveranzeffekts und des ebenso empirisch bestätigten, bei Fn. 19 erwähnten Schulterschlusseffekts durchaus einleuchtet.
- 16 Nach den neuesten Zahlen der Rechtspflegestatistik (Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik 2010, erschienen am 12. 10. 2011, S. 56, 57) sind von den 2010 insgesamt 854.590 Abgeurteilten lediglich 27.816 ohne Maßregeln freigesprochen worden, also 3,25 %.
- 17 Vgl. dazu Albrecht, KritV 2000, 277 ff.; Schaefer, StraFo 2002, 118; Paeffgen, GA 2003, 647, 652 ff.; Jahn, KritV 2004, 39 f.; Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden pp., 2004; Maluga, Tatprovokation Unverdächtiger durch V-Leute, 2006; Roggan/Bergemann, NJW 2007, 876 ff.; Schünemann, ZStW 119 (2007), 948 ff.; ders., in: Schünemann (Hrsg.), Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Zum Zustand des kontinental-europäischen Strafverfahrens, 2010, S. 53, 78 ff.; ders., in: Scholler (Hrsg.) Die Sicherung des Rechtsstaatsgebots im modernen europäischen Recht, 2011, S. 47, 58 ff.; Hefendehl, GA 2011, 209 ff.; Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 9 Rn. 22.

II. Die materielle Wahrheitsfindung

bayerische Justiz kennzeichnende Karriereverschlingung von Richtern und Staatsanwälten¹⁸, die zu einer weitgehenden Solidarisierung der richterlichen mit der staatsanwaltschaftlichen Perspektive geführt hat. Diese Solidarisierung, die von mir vor Jahrzehnten in der Zeit meiner Mannheimer Experimente zum Strafverfahren empirisch bestätigt gefunden und als Schulterschlusseffekt bezeichnet worden ist¹⁹, entspricht nicht nur der Alltagserfahrung, sondern lässt sich auch in der Theorie der sozialen Vergleichsprozesse erklären²⁰ und auf dem Niveau der empirischen Sozialforschung beweisen.

3. Trotz dieser bis heute nicht gelösten Probleme ist es allein die Institution der Hauptverhandlung, die im deutschen Prozessmodell die rechtsstaatliche Ausbalancierung und die Fairness des Verfahrens halbwegs gesichert hat, weil schon die Schöpfer der Reichsstrafprozessordnung eine starke Stellung der Verteidigung in der Hauptverhandlung gerade auch zur Garantie der Wahrheitsfindung als notwendig erkannt und realisiert hatten, während sie die Dominierung des Vorverfahrens (damals sog. Skrutinialverfahren) durch Staatsanwaltschaft und Polizei im Vertrauen darauf vorgesehen hatten, dass ja erst die Hauptverhandlung die relevanten Beweiserhebungen und Entscheidungen bringen werde²¹.

18 Die Möglichkeit eines Wechsels zwischen richterlicher und staatsanwaltschaftlicher Laufbahn ist in den meisten Bundesländern vorgesehen, wird aber in Bayern konsequent praktiziert, vgl. Röhl in: Hoffmann-Riem, *Offene Rechtswissenschaft*, 2010, S.1279, 1299.

19 Dazu näher Schünemann, in: Kaiser/Kury/Albrecht (Hrsg.), *Kriminologische Forschung in den 80er Jahren*, 1988, Band 35/1, S.265 ff.; ders., *StV* 2000, 159 ff.; Roxin/Schünemann [Fn. 4], § 9 Rn. 1, § 29 Rn. 25, § 55 Rn. 51, § 69 Rn. 2, 13.

20 Dazu Haisch/Frey in: Frey (Hrsg.), *Kognitive Theorien der Sozialpsychologie*, 1978, S.75 ff.; Stroebe in: Frey/Greif (Hrsg.) *Sozialpsychologie*, 4. Aufl. 1997.S.330 ff.; Wiswede, *Sozialpsychologie Lexikon*, 2004, S.581 ff.; Suls/Wheeler, in: Van Lange u. a. (Fn. 12), S.460 ff.

21 S. die Diskussion in der Reichstagskommission, in: Hahn/Mugdan (Fn. 3), S.1324 ff. und etwa v. Schwarze, S.1714.

III. Die zunächst heimliche Metamorphose in Gestalt der Urteilsabsprachen

1. Genau dieses Vertrauen ist nun aber durch eine Entwicklung enttäuscht worden, die vor über 30 Jahren in der Justizpraxis anfangs in größter Heimlichkeit eingeleitet worden ist²², über deren Ausmaß eine von mir vor 25 Jahren durchgeführte Repräsentativumfrage unter den deutschen Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern erstmals verlässlich Auskunft gegeben hat²³, die dann später nach einer ganzen Serie kontroverser Entscheidungen des Bundesgerichtshofes von dessen Großem Strafsenat als eine zwecks Aufrechterhaltung einer effektiven Strafrechtspflege unvermeidbare richterliche Rechtsfortbildung bezeichnet²⁴ und die schließlich durch das Verständigungsgesetz vom 3. 8. 2009²⁵ legalisiert worden ist. Es handelt sich um die sog. *Urteilsabsprachen*, die von der Rechtsprechung und auch vom Gesetzgeber euphemistisch als *Verständigung* bezeichnet werden und die im Kern darin bestehen, dass zwischen dem Gericht und der Verteidigung regelmäßig vor, zu Beginn oder in einer frühen Phase der Hauptverhandlung eine Vereinbarung zum Strafmaß²⁶ unter der Bedingung getroffen wird, dass der Ange-

22 Zur Entstehung Detlef Deal (alias Weider), StV 1982, 545; Schönemann, FS für Heldrich, 2005, S. 1177 ff.

23 Weil deren Ergebnisse bisher nur zum kleinen Teil publiziert worden sind (in: Schönemann, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag 1990, und bei dems. [Fn. 22]) und seitdem zwar weitere Erhebungen stattgefunden haben (vor allem *Altenhain* u. a., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007), aber keine Repräsentativumfrage mehr durchgeführt worden ist, soll sie in Kürze als historischer Befund vollständig der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.

24 BGHSt 50, 40, 53 f.

25 BGBl. 2009 I, 2353.

26 Im Einklang mit den Regeln der Verhandlungsgerechtigkeit ging es in der

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

klagte ein Geständnis ablegt, das dann an Stelle einer weiteren Beweisaufnahme die alleinige Grundlage des ohne weitere Verzögerung ergehenden Urteils bildet. Die Urteilsabsprachen haben sich zunächst in Wirtschafts- und Betäubungsmittelstrafsachen entwickelt²⁷, mittlerweile aber über alle Bereiche bis hin zu Mordprozessen ausgebreitet und den Alltag der Strafjustiz so suggestiv erobert, dass ein Angeklagter und sein Verteidiger geradezu als Spielverderber gelten, wenn sie ein vom Gericht unterbreitetes, in dessen Augen generöses Angebot ablehnen und auf der zeitraubenden Hauptverhandlung bestehen, die doch, wie das Gericht im Beschluss über die Eröffnung des Hauptverfahrens gem. § 203 StPO bereits attestiert hat²⁸ und vermöge des inertia-Effekts ziemlich genau zu wissen glaubt, sowieso zur Verurteilung führt und deshalb verschwendete Zeit und Arbeit bedeutet.

Praxis immer um den Tausch «Geständnis gegen eine bestimmte, nach Erklärung des Gerichts erheblich gemilderte Strafe». Der 4. Strafsenat des BGH hat den Einfall gehabt, die Voraus-Festlegung des Gerichts dadurch abzumildern, dass das Gericht (nur) zur Angabe einer Strafobergrenze, nicht aber zur Angabe einer «Punkt-Strafe» befugt sein solle (BGHSt 43, 195, 207). Der Gesetzgeber hat das in § 257 c Abs. 3 Satz 2 in der Weise übernommen, dass das Gericht «auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben» könne, was von der Rechtsprechung als eine Pflicht interpretiert wird, beide Grenzen anzugeben (BGH StV 2010, 227; 2011, 75), womit aber nach allgemeiner Auffassung lediglich vertuscht wird, dass sich Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagter auf eine bestimmte Strafe in Gestalt der Untergrenze geeinigt haben, während in der vorherigen Praxis regelmäßig die Obergrenze als eigentlich gemeinte Punktstrafe diente (dazu näher Meyer-Goßner, StPO, § 257c Rn 20 a.E. und Rn 21 a.A. m.w.N.).

27 Dazu Schünemann (Fn. 22), S. 1180 ff.

28 Weil der Eröffnungsbeschluss von den anschließend in der Hauptverhandlung agierenden Berufsrichtern erlassen wird, die dem Angeklagten darin auf Grund der Ermittlungsakten attestieren, dass er hinreichend verdächtig ist, d. h. mit Wahrscheinlichkeit verurteilt werden wird (Meyer-Goßner, StPO, § 203 Rn. 2 m.w.N.), liegt die Gefahr einer self-fulfilling prophecy selbst für diejenigen auf der Hand, der noch nichts vom Inertiaeffekt gehört hat, und ist auch schon bei den Beratungen der RStPO gesehen (Hahn/Mugdan [Fn. 2], S. 1713 f.) und durch eine partielle Inkompatibilität bezüglich des Berichterstatters zu bannen versucht worden (o. bei Fn. 13). Die Vorschläge, eine vollständige Inkompatibilität zu statuieren (bereits Schünemann, GA 1978, 161; zuletzt Traut/Nickolaus, StraFo 2012, 51), können an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

2. Auf den ersten Blick scheint die deutsche Justizpraxis damit das Modell des amerikanischen plea bargaining kopiert zu haben, das heute in über 95 % aller Strafverfahren an Stelle des in der Verfassung der USA garantierten²⁹ Schwurgerichtsprozesses praktiziert wird³⁰. Aber es gibt drei entscheidende Unterschiede, die die deutschen Urteilsabsprachen geradezu zum Zerrbild des plea bargaining stempeln und die dementsprechend auch bei meinen Gesprächspartnern in den USA jenen eingangs erwähnten Unglauben bezüglich meiner Erzählungen aus Liliput auszulösen pflegen.

a) Zum ersten ist das plea bargaining der institutionellen Regelung des *angloamerikanischen* Strafverfahrens adäquat, weil dieses ein Parteiprozess ist³¹, der auf dem Prinzip der formellen Wahrheit aufbaut und dementsprechend, nicht anders als im deutschen Zivilprozess, die Anerkennung der Anklage durch das guilty plea des Angeklagten institutionell zulässt³². Das guilty plea ist eine prozessuale Verfügungserklärung, für deren Anfechtung und Zurücknahme es dementsprechend auch strukturell angepasste Regeln gibt³³; und dass man sich vor Abgabe einer Verfügungserklärung über deren rechtliche Konsequenzen verge-

-
- 29 Dazu 6. Amendment der amerikanischen Bundesverfassung von 1791: «In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed...»
- 30 Eingehende Darstellung der plea-bargaining-Praxis in den USA bei Schumann, *Handel mit Gerechtigkeit*, 1977, S. 73 ff.; Trüg, *Lösungskonvergenzen trotz Systemkonvergenzen*, 2003, S. 146 ff.; ders. *ZStW 120* (2008), 331, 340 ff.; Kobar, *Bargaining in the criminal justice systems of the United States and Germany*, 2008.
- 31 Dazu Herrmann, *Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens*, 1971, S. 152 ff.; ders.: *Der amerikanische Strafprozeß*, in: Jung (Hrsg.), *Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen*, 1990, S. 133 ff.; Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven/London, 1986, S. 23 ff., 38 ff., 56 ff., 97 ff. 214 ff.; Trüg (Fn. 30), S. 31 ff.; Ambos, *Jura 2008*, 586 ff.
- 32 Whitebread/Slobogin, *Criminal procedure*, 5th ed., 2008, S. 721 ff.; Kadish/Shulhofer/Steiker, *Criminal law and its processes*, 8th ed., 2007, S. 1029 ff.; Kamisar/LaFave/Israel/King, *Modern Criminal Procedure*, 12th ed., 2008, S. 1271 ff.
- 33 Vgl. Trüg *ZStW 120* (2008) S. 331, 340 ff.; S. 157 ff.; Kamisar/LaFave/Israel/King (Fn. 32) S. 1328 ff.; Whitebread/Slobogin (Fn. 32) S. 723 ff.

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

wissert und die Verfügung von deren Akzeptanz abhängig macht, spricht dafür eine Konzession der Gegenseite herauszuholen versucht³⁴, ist im Grunde nahezu selbstverständlich.

b) Zum zweiten findet das plea bargaining in den USA zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft statt³⁵ und damit auf der Ebene *strukturell gleich geordneter Parteien*. Der Beschuldigte hat keinerlei Nachteile, wenn er, weil er sich unschuldig fühlt oder das staatsanwaltschaftliche Angebot als unzureichend betrachtet, anstelle eines plea agreement die Entscheidung durch das Schwurgericht wählt. Vielmehr bekommt er dann den ganz normalen fairen Prozess mit zwei hintereinander geschalteten, garantiert unbefangenen Spruchkörpern, nämlich zunächst bei der Zulassung der Anklage vor der sog. Grand Jury³⁶ und sodann in der Hauptverhandlung vor einer neuen Jury, vor der, dies als dritte Kautel, sämtliche Beweise originär aufgeführt werden müssen³⁷, ohne dass die Geschworenen durch irgendeine Aktenkenntnis einem *inertia-Effekt* ausgesetzt wären.

3. Bezüglich aller drei Kautelen³⁸ verhält es sich bei den deutschen Urteilsabsprachen genau entgegengesetzt.

a) Weil das deutsche Verfahren kein Parteiprozess ist, sondern auf die Ermittlung der *materiellen Wahrheit* festgelegt³⁹, kann es hier die Insti-

34 Zu den strategischen Aspekten des plea bargaining vgl. Alschuler Yale Law Journal 84 (1975) S. 1179, 1249 f.; Scott/Stuntz, Yale Law Journal 101 (1992) S. 1909, 1935 ff.

35 Vgl. die Regelung in No. 11 (c) (1) der Federal Rules of Criminal Procedures, die dem Gericht ausdrücklich eine Beteiligung an den Gesprächen zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft untersagt.

36 Vorgeschrieben für Anklagen bei Kapitalverbrechen durch das 5. Amendment zur amerikanischen Verfassung. Zu Funktion, Zusammensetzung und Verfahren s. Kamisar/LaFave/Israel/King (Fn. 32) S. 14 f.; 1038 ff.

37 Das folgt aus der Struktur des Jury-Verfahrens.

38 Die notabene auch in den USA nichts daran ändern können, dass eben das Juryverfahren nur noch eine seltene Ausnahme darstellt und in der Praxis der Standard-Prozess in wenig mehr als einem Polizeiverfahren gegen Unterschichtangehörige besteht.

39 Aus dem 19. Jahrhundert Zachariä (Fn. 2), S. 27; Köstlin (Fn. 2), S. 24; in den Beratungen der RStPO unbestritten, vgl. Hahn/Mugdan (Fn. 3), S. 146 f., 844 ff. S. ferner Eb. Schmidt, FS Kohlrausch, 1944, S. 263 ff., 276, 287, 289; ders. Lehr-

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

tution guilty plea nicht geben, vielmehr kann allenfalls versucht werden, mit dem *Beweismittel des Geständnisses* ein ähnliches Ergebnis zu erzielen. Das ist aber schon deshalb unmöglich, weil ein Beweismittel keine rechtliche Verfügungserklärung, sondern eine empirische Gegebenheit ist, die nicht mehr aus der Welt geschafft werden kann. Der vom Gesetzgeber in § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO übernommene Vorschlag im Entwurf der Bundesregierung, bei einer aus irgendwelchen Gründen fehlerhaften Absprache das bereits abgelegte Geständnis für unverwertbar zu erklären⁴⁰, kann erstens die psychologische Wirkung in den Gehirnen der Verfahrensbeteiligten nicht mehr ungeschehen machen und führt zweitens zu einer in sich widersprüchlichen Hybridisierung der Verfahrensstrukturen, weil damit der strategische Verfügungscharakter des Geständnisses eingeräumt wird, während andererseits Bundesgerichtshof und Bundesregierung eisern versichern, sie würden am Prinzip der materiellen Wahrheit festhalten und in den Absprachefällen werde die Verurteilung dann eben auf die überzeugende Beweiswirkung des Geständnisses gestützt⁴¹.

b) Zweitens finden die Abspracheverhandlungen, amerikanisch plea negotiations genannt, in Deutschland nicht wie in den USA zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft, sondern *zwischen der Verteidigung und dem Gericht* statt, nach der vom Gesetzgeber in § 257c Abs. 3 Satz 4 getroffenen Regelung sogar mit einer zusätzlichen *Vetoposition der Staatsanwaltschaft*⁴². Das widerspricht aber den fundamentalen Regeln

kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I, 2. Aufl. 1964 Rn. 20, 23, 329; Gössel, Ermittlungen oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozeß?, 2000, S. 12 ff.; Kühne, LR-StPO 26. Aufl. Einl H Rn. 23 ff.; Schönemann, FS Fezer, 2008, S. 558 f. Zur Verankerung im Rechtsstaatsprinzip des GG s. BVerfGE 57, 250, 275: «das zentrale Anliegen des Strafprozesses»; 63, 45, 61; 100, 313, 389; 107, 104, 118 f.; 115, 166, 192; 118, 212, 230 ff.; 122, 248, 270; BVerfG NJW 2012, 907 Rn. 113.

40 Regierungsentwurf, BT-Dr 16/12310, S. 5, 14.

41 So die st. Rspr., s. BGHSt 43, 195, 209 f.; BGH NJW 2004, 2536, 2537; BGHSt (GrS) 50, 40, 47 ff.; ebenso das VerständG, s. BT-Dr 16/12310, S. 13 f., und § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO.

42 Das hat die bisherige Struktur der Hauptverhandlung und auch die in der Rechtsprechung herausgebildete Urteilsabsprache geradezu auf den Kopf gestellt, ohne dass dem im Gesetzgebungsprozess eine nennenswerte Aufmerksamkeit gewidmet worden wäre.

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

der sog. Verfahrens- und speziell der Verhandlungsgerechtigkeit⁴³, kraft derer bei einem großen Machtgefälle zwischen den Partnern keine echte Verhandlung stattfindet, sondern nur deren oberflächliche Farce inszeniert wird, vergleichbar mit der Situation, dass die Katze mit der Maus für den Fall, dass die Maus einen Fluchtversuch unterlässt und der Katze also etwas Zeit erspart, über die dann von ihr gewünschte Todesart spricht.

c) Und drittens bleibt dann, wenn in diesem Gespräch keine Einigung erzielt wird, der die plea negotiations führende deutsche Richter unverändert für die Hauptverhandlung zuständig, wodurch freilich auch diese in die Nähe einer Farce gerückt wird, weil die Vorgeschichte, dass der Richter dem Beschuldigten eine wirkliche oder vermeintliche Strafmilderung als Austausch gegen ein Geständnis angeboten und sich der Beschuldigte hierauf bis zu einem gewissen Grade eingelassen hat, psychologisch zu einer *self-fulfilling prophecy* führt. Wie abermals in den von mir früher durchgeführten Experimenten bestätigt worden ist, wird danach das Bestreiten des Schuldvorwurfes in der Hauptverhandlung vom Richter nicht mehr innerlich ernst genommen, jede Chance auf den Freispruch ist zerstört⁴⁴, und im Strafmaß zwingen die gescheiterten plea negotiations zur Anwendung der sog. *Sanktionsschere*⁴⁵, also der Verhängung der strengeren Strafe, damit nicht deren Androhung während der Verhandlungen nachträglich als frivoles Pokerspiel erscheint. Dadurch entwickelt sich aber die angeblich mildere Strafe letztlich zur

43 Dazu Thibaut/Walker, *Procedural Justice*, New Jersey, 1975; Lind/Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, 1988; Aufsätze in Bierbrauer u. a. (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995; Bayles, *Procedural Justice*, Dordrecht u. a., 1990, S. 19 ff., 115 ff.; Aufsätze von Röhl, Bora, Vidmar, Tyler, V. H. Schmidt, in: *ZfRSoz* 14 (1993), 1, 35, 47, 80; Aufsätze in Röhl/Machura (Hrsg.), *Procedural Justice*, 1997; Tyler, *Cooperation in Groups*, Philadelphia, 2000, S. 69 ff.; Tyler, *Why People Obey the Law*, Princeton/Oxford, 2006, S. 115 ff.

44 Näher Schönemann, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, 1995, S. 223 ff.; ders., *StV* 2000, 159 ff.

45 Dieser ursprünglich von Verteidigerseite benutzte «Kampfbegriff» hat inzwischen den Eingang in die strafprozessrechtliche Standardliteratur gefunden, s. Meyer-Goßner, *StPO*, § 257c Rn 19; er findet sich auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, s. BGH *StV* 2012, 5; BGH *NJW* 2011, 1159; BGH *StV* 2007, 453 u.v.a.m.

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

Normalstrafe, so dass sich die Urteilsabsprache, die dem Angeklagten dann nur vermeintlich einen Strafrabatt einbringt, aus seiner Sicht in eine Mogelpackung verwandelt.

4. Das Fazit liegt auf der Hand: Während noch bis in die 70er Jahre des letzten Jahrhunderts hinein bei uns in Justiz und Prozessrechtswissenschaft das amerikanische System des plea bargaining nur mit Verachtung erwähnt wurde⁴⁶, hat die deutsche Strafjustiz nunmehr unter zunächst eklatant verfassungswidriger Missachtung des geschriebenen Gesetzes⁴⁷ in eigener Sache selbstherrlich ein Verfahren oktroyiert, das nicht einmal die bescheidenen Kautelen des amerikanischen plea bargaining aufweist, sondern in rechtsstaatlicher Hinsicht klaffertief darunter steht. Weil ich hier vor einer wissenschaftlichen Akademie spreche und deshalb die auf juristischen Fachtagungen mit Anwesenheit von Richtern und Staatsanwälten aus mancherlei Gründen zu wahrende Courtoisie beiseite lassen kann, will ich mit meinem juristisch-dogmatischen, ja wie erwähnt vom österreichischen OGH geteilten Urteil nicht hinter dem Berge halten, dass es sich bei der Einführung der Urteilsabsprachen um einen gigantischen Fall kollektiver Rechtsbeugung gehandelt hat⁴⁸, und zwar ausgerechnet durch diejenige Instanz, die die Normbrüche der Bürger unnachtsichtig mit Kriminalstrafe zu sühnen pflegt. Etwas Vergleichbares hat es nicht im Kaiserreich und auch nicht in der Weimarer Republik, geschweige denn in der Bundesrepublik je gegeben, weshalb sich für den zweiten Teil meiner Überlegungen gebieterisch die Frage aufdrängt, welche Erklärung man für eine solche Entwicklung finden kann, die sich um alle Kassandrarufer der Strafpro-

46 Stock, FS Rittler, 1957, S. 305, 324; Eb. Schmidt, MDR 1967, 877, 879; Jescheck, JZ 1970, 201, 204.

47 Denn der Große Strafsenat hat in BGHSt 50, 40, 52 ff. selbst eingeräumt, dass es um eine Rechtsfortbildung geht, die in einem kodifizierten Rechtsgebiet immer nur contra legem erfolgen kann, wobei die zur Legitimation angeführte Notlage nichts daran ändern kann, dass die der Prozessordnung unterworfenen Gerichte nicht selbst das für sie selbst geltende Recht ändern können – dieser fundamentale Unterschied zur Rechtsfortbildung im Bereich des Zivilrechts, wo die Gerichte nicht in eigener Sache, sondern für die Rechtsverhältnisse der Bürger untereinander Recht sprechen, ist vom Großen Senat vollständig verkannt worden.

48 Vgl. auch das Urteil des Richters am BGH Fischer, StraFo 2009, 188: eine «Schande der Justiz».

III. Die zunächst heimliche Metamorphose

zessrechtswissenschaft⁴⁹ nicht geschert hat und deren zunächst rätselhaft wirkende Dynamik es zu ergründen gilt. Als Erklärung kommt fast nur noch ein sich in den Absprachen manifestierender und deshalb auf analytischem Wege explizit zu machender *Entwicklungstrend des Rechts insgesamt* in Betracht. Ich möchte hierzu in der Form die Probe aufs Exempel machen, dass ich die Evolution von einem ursprünglich religiös verankerten Recht, für das ich die Metapher vom «Tempel» benutze, zu einem auf reiner Aushandlung beruhenden Recht, ausgedrückt in der Metapher des «Marktplatzes», postuliere und in den Urteilsabsprachen deren Erstreckung auf den allerletzten noch quasi im Tempel zurückgebliebenen Teil des Rechts, eben das Strafrecht, vermute. Bitte folgen Sie mir auf diesem Weg auch auf die Gefahr hin, dass ich ihn in der knappen mir verbliebenen Zeit nur provisorisch bahnen kann und dass an seinem Ende vielleicht eine unliebsame Überraschung auf uns wartet.

49 Vgl. aus der Kritik nur Duttge, ZStW 115 (2003), 539; Salditt, Ergänzende Überlegungen, *ibid.*, 570; ders., FS f. Widmaier, 2008, S. 545; Duttge, FS f. Böttcher, 2007, S. 53; Fischer, NSTZ 2007, 433; ders. StraFo 2009, 177; ders. ZRP 2010, 249; Friehe, Der Verzicht auf Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen, 1997, S. 526 ff.; Hamm, FS f. Egon Müller, 2008, S. 235; Hettinger, *ibid.*, S. 261; Hassemer, JuS 1989, 890; ders., FS f. Hamm, 2008, S. 171; Hauer, Geständnis und Absprache, 2007; Lien, GA 2006, 129; Nestler-Tremel, KritJ 1989, 448; Rönnau, Die Absprache im Strafprozess, 1990; Roxin/Schünemann (Fn. 4), § 17 Rn. 7 ff.; Schünemann, NJW 1989, 1895; ders., Verhandlungen des 58. Deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten B, 1990; ders. StV 1993, 657; ders. FS f. Rieß, 2002, S. 525; ders. ZStW 114 (2002), 55 ff.; ders. StraFo 2004, 293; ders. Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur, 2005; ders. FS f. Fezer, 2008, S. 555; ders. ZIS 2009, 484, 490 ff.; Weigend, JZ 1990, 774; Weißlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002.

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

1. In der Rechtsethnologie ist bis heute umstritten, ob sich das Recht als abgrenzbares Kulturphänomen ursprünglich aus der Religion heraus entwickelt hat oder autochthon entstanden ist.⁵⁰ Es spricht einiges dafür, dass es, je nach Zeit und Ort verschieden oder auch ineinander verwoben, beide Entstehungsformen gegeben hat. In diesem Fall könnte man von einer ursprünglichen Isomorphie des Rechts sprechen, in dem Sinne, dass das Recht beides wäre oder zumindest an beidem Anteil haben könnte: an den letzten Dingen und der Sinnfrage des Lebens einerseits und/oder andererseits an der Alltagswelt bloßer Nützlichkeits erwägungen, wie sie früher einmal bei der Erfindung der Gabel oder des Löffels und heutzutage der Tütensuppe oder des Mikrowellenherdes Pate gestanden haben. So tritt uns die göttliche Stiftung des Rechts nicht nur in den Hochkulturen des alten Orients vor Augen mit ihrer womöglich sogar buchstäblichen Aushändigung der Gesetzestafeln vom Schöpfer an den Repräsentanten der Menschheit,⁵¹ sondern auch in der (rechtshistorisch freilich umstrittenen) germanischen Opferung des Missetäters von Kultverbrechen,⁵² die nach dem damaligen Empfinden in allererster Linie die Schöpfungsordnung verletzt und dadurch die Gottheit beleidigt haben. Umgekehrt wird von den Nomadenstämmen eine bis in prähistorische Zeiten zurückreichende Trennung von Recht und Religion berichtet,⁵³ die man in den akephalen Kulturen der nilotischen Stämme noch im vorigen Jahrhundert beobachten und beschrei-

50 Vgl. Wesel, Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, 1985, S. 171 ff.

51 Vgl. die Darstellung der Aushändigung der Gesetzestafeln an Hammurabi durch den Sonnengott auf der Stele des Codex Hammurabi oder den Empfang der zehn Gebote durch Moses, Exodus 20, 1–19.

52 Dazu Schild, Alte Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1985, S. 72.

53 Vgl. Wesel (Fn. 50) S. 183 f.

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

ben konnte.⁵⁴ Es handelt sich hier meines Erachtens um zwei unterschiedliche Rechtsparadigmen, die ich durch die Metaphern von Tempel und Marktplatz versinnbildlichen möchte und die die abendländische Rechtsentwicklung mit wechselnder Dominanz und häufig auch in schwer trennbarer Verschlingung bestimmt haben⁵⁵. Die nüchterne Alltagsklugheit der römischen Rechtskultur suchte sich das stoische Weltbild, und die Abgeltung von Verletzungs- oder gar Tötungsdelikten durch die in den Volksrechten der Völkerwanderungszeit vorgesehenen Geldbußen⁵⁶ machte im Zuge der Gottes- und Landfriedenbewegung einem mit immer barbarischeren Leibes- und Lebensstrafen arbeitenden, sich nicht selten ausdrücklich aufs Alte Testament berufenden Strafrecht Platz.⁵⁷ Das im Zeitalter des Rationalismus entwickelte Naturrecht steht über die spanische Spätscholastik in enger Verbindung mit moraltheologischen Vorstellungen,⁵⁸ und die Bibel wird noch im 17. Jahrhundert wie eine strafrechtliche Rechtsquelle zitiert.⁵⁹ Für die moderne

54 Auch hierzu findet man bei Wesel (Fn. 50) S. 267 ff. die Nachweise über die intensiven Feldstudien im Nilbecken von Evans-Pritchard, vgl. dens., *The Nuer*, 1940; zu den Konfliktschlichtungspraktiken des Nuer-Volkes auch Holtwick-Mainzer, *Der übermächtige Dritte*, 1985, S. 63 ff.

55 Weil eine Nachzeichnung ihrer wechselvollen Geschichte die Beschäftigung mit meinem heutigen Thema, nämlich der allerneuesten Entwicklungstendenz, zu sehr in den Hintergrund drängen und auch meine eigentliche Fachkompetenz überschreiten würde, möchte ich weniger als elaborierte These denn als Beobachtungs-Aperçu einen epocheweise immer wieder aufkeimenden und dann wieder schwindenden Hunger nach einer metaphysischen Letztbegründung des Rechts postulieren.

56 Näher. v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, Bd. I, 1925, S. 103, 111 f.; Eb. Schmidt, *Einführung* (Fn. 2), S. 25 f.; Rüping/Jerouschek, *Grundriß der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, Rn. 8, 14.

57 Zu dieser Entwicklung v. Hippel (Fn. 66), S. 128 f. 132 ff.; Eb. Schmidt, *Einführung* (Fn. 2), S. 26 f.; Rüping/Jerouschek (Fn. 56), Rn. 12.

58 Dazu Böckenförde, *Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie*, 2. Aufl. 2006, S. 339 ff.

59 Siehe etwa Benedikt Carpzov, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, Ausgabe 1670, beispielsweise Pars I Quaestio I Nr. 10, Quaestio I Nr. 11; Quaestio 44, Nr. 32, 40, 41, 50, 52, 66 ff. Bei Nr. 50 heißt es etwa: «*Quis tuto negare poterit, revera sortiarios & sortilegos in rerum nature existere, convictus sacrarum literarum autoritate, quae non modo veneficos & magos existere & suisse, veluti Numer. 33 Herem. 27 Dan. 2. Psalm 578, sed & eosdem mortis poena affici debere restandur ex Dei mandato*». Die Todesstrafe gegen Hexen und Zauberer wird darin als unmittelbares Gebot Gottes gerechtfertigt. Die neueren Rehabilitierungsversuche, Carpzov vom Vorwurf

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

Anschauung vom Strafrecht im deutschen Kulturkreis wurde für grob gesagt 2 Jahrhunderte das Projekt *Immanuel Kants* bestimmend, nach der vernichtenden Kritik an den traditionellen Gottesbeweisen⁶⁰ Moral und Recht als Lösung für die Sinnfrage des einzelnen wie der gesamten Menschheit zu präsentieren.⁶¹ Das hat *Kant* niemals deutlicher ausgesprochen als in seinen Ausführungen zum Straf- und Begnadigungsrecht in der Rechtslehre der Metaphysik der Sitten. In seinem berühmten Inselbeispiel⁶² bildet er den Fall, dass sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung auflösete, und verlangt, dass zuvor der letzte im Gefängnis befindliche Mörder hingerichtet werden müsse, damit jedermann das widerfahre, was seine Taten wert sind. Denn, wie er kurz vorher gesagt hat, wenn die Gerechtigkeit untergeht, so habe es keinen Wert mehr, dass Menschen auf Erden leben.⁶³ Und in seiner Religionschrift hat er ausdrücklich den guten Lebenswandel als echten und einzigen Gottesdienst qualifiziert.⁶⁴ Damit ist in den leer gewordenen Tempel des Theismus die Gerechtigkeit eingezogen und hat das deutsche Strafrecht ebenso wie den Strafprozess über rund 200 Jahre lang determiniert, nämlich das Strafrecht durch die Fixierung auf die Vergeltungstheorie⁶⁵ und den Strafprozess durch die Fixierung auf die Suche

der Hexenverfolgung weitgehend freizusprechen (etwa v. Weber, Festschrift für Rosenfeld, 1949, S. 42 Fn. 36; Oehler, FS f. Hirsch, 1999, S. 105 ff.), können deshalb nicht wirklich überzeugen.

- 60 Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, S. A 592 ff./B 620 ff. (Ak. Ausgabe Bd. III, S. 397 ff.).
- 61 Der Glaube an Gott wird von Kant letztlich moralisch begründet, s. Kritik der praktischen Vernunft, 1788, S. 222 ff. (Ak. Ausgabe Bd. V, S. 124 ff.); Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 2. Aufl. 1794; Der Streit der Facultäten (Erster Abschnitt), 1798, passim. Dass Kants Analysen auch nach mehr als 200 Jahren in der deutschen Gesellschaft (einschließlich ihrer Universitäten) noch nicht richtig angekommen sind, wird man in der Publikation einer Akademie, deren Gründung gegen klerikale Bevormundung gerichtet war, nicht verschweigen dürfen.
- 62 Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797, S. A 199/B 229 (Ak. Ausgabe Bd. VI, S. 333).
- 63 Kant (Fn. 62), A 197 / B 227 (S. 332).
- 64 Kant, Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft, 1793, S. A 211 ff. / B 225 ff. (Ak. Ausgabe S. 149 ff.).
- 65 Beling, Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht, 1908, S. VII ff., 1 ff.; Nagler, Die Strafe, Band I, 1918, S. 557 ff.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 238; Maurach, Strafrecht AT 4. Aufl. 1971, S. 76 f.; Naucke, Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2001,

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

nach der materiellen Wahrheit durch den Richter und das Ziel der Bestrafung jeder Missetat vermöge des sog. Legalitätsprinzips.⁶⁶ Auf beiden Feldern genau entgegengesetzt hat sich dagegen das angelsächsische Strafrecht entwickelt, das auf dem theoretischen Fundament von *Jeremy Bentham's* Utilitarismus vom Präventionsdenken bestimmt wurde,⁶⁷ die Verfolgung der einzelnen Straftat dem Opportunitätsprinzip unterstellte⁶⁸ und den Strafprozess selbst als Parteiprozess, d. h. als einen Wettkampf zwischen Anklage und Verteidigung organisierte, in dem der Richter nicht die materielle Wahrheit zu suchen, sondern der geschickter und überzeugender agierenden Partei den Sieg zuzusprechen hatte.⁶⁹ Während die deutsche Strafrechtspflege also eine Art «Gottesdienst im Tempel des Rechts» bedeutete, entsprach der angelsächsische Prozess speziell in seiner radikaleren US-amerikanischen Spielart einem nach fairen Regeln ablaufenden und zu entscheidenden Boxkampf auf dem Marktplatz der Gesellschaft.

2. Welche Nutzenanwendung lässt sich daraus für eine Einordnung der Absprachen ziehen? Können wir einfach sagen, dass das Verständnis des Strafrechts als eines Gottesdienstes im Tempel des Rechts heutzutage auch in der Kantianischen Version obsolet sei, weil es uns nicht um Vergeltung, sondern um Prävention zu tun sei, für die auch ein Boxkampf

S. 76 ff.; E. A. Wolff, ZStW 97 (1985), S. 786 ff., 825; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 33 ff., 37; ders. Strafrecht, Allgemeiner Teil, Berlin u. a., 1997, S. 48 ff.

66 Siehe dazu, dass das Legalitätsprinzip wenigstens teilweise auf der Vergeltungstheorie beruhe, Rieß, FS f. Schäfer, 1980, S. 159, 179; Eser, ZStW 104 (1992), 361, 364, 377; Hassemer, FS 125 Jahre StA-Schleswig-Holstein, 2002, S. 529, 538; Haas, Strafbegriff, Staatsverständnis und Prozessstruktur, 2008, insb. S. 231 f. Bei der erstaunlich knappen Diskussion dieser Frage in der vor Erlass der Reichsstrafprozesordnung von 1887 gebildeten Reichstagskommission wurde die Entgegensetzung von Legalitäts- und Opportunitätsprinzip als eine solche von Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit verstanden, vgl. Abg. Struckmann, in: Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 3 I, 2. Auflage 1885, S. 708.

67 Bentham, *The Rationale of Punishment*, London, 1830, S. 20 f.

68 Im anglo-amerikanischen Recht gilt ganz allgemein das Opportunitätsprinzip, s. Trüg (Fn. 30), S. 87 ff.

69 Vgl. Thibaut/Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, 1975; dies., 66 *California Law Review* (1978), S. 541; w.N. bei Herrmann (Fn. 31) S. 152 ff.

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

auf dem Marktplatz sorgen könne? Das wäre allzu voreilig, denn die Preisgabe der die inhaltliche Seite betreffenden Heiligkeit des Rechts impliziert mitnichten, dass es nunmehr zwischen den Beteiligten jeweils ad hoc ausgehandelt werden kann. Es geht jetzt um den seine äußere Seite, d. h. seine Setzung und Durchsetzung, betreffenden Antagonismus zwischen einem staatszentrierten und einem gesellschaftszentrierten Rechtsparadigma. Auch er lässt sich bis in die Rechtsethnologie verfolgen, die sich in wenig fruchtbarer, weil begriffsjuristischer Weise darüber streitet, ob schon die akephalen Gesellschaften über ein Recht verfügten oder nur über *customs*, also über gesellschaftliche Gebräuche.⁷⁰ Die exklusive Bindung der Rechtserzeugung und -durchsetzung an den Staat beginnt mit der Souveränitätslehre von *Jean Bodin* Ende des 16. Jahrhunderts,⁷¹ die mit im einzelnen unterschiedlichen Theorien des Gesellschaftsvertrages⁷² verschmilzt und ungeachtet der Weiterentwicklungen durch die Demokratisierung und die Anerkennung von Menschen- und Bürgerrechten seit der amerikanischen und der französischen Revolution am Ende des 18. Jahrhunderts als zentrale Aspekte der staatlichen Souveränität die Kompetenz-Kompetenz und das Gewaltmonopol beibehält.⁷³ Nach dem daran direkt anknüpfenden soziologischen Rechtsbegriff *Max Webers* soll eine «Ordnung dann Recht heißen, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance physischen oder psychischen Zwanges durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen».⁷⁴ Die entgegen gesetzte Konzeption ist in grundlegender Weise von *Eugen Ehrlich* ausgearbeitet worden, für den *Max Webers* Rechtsbegriff nur den kleinen Teil des sog. staatlichen Rechts ausmacht, während das in der Gesellschaft tatsächlich prakti-

70 Dazu die Nachw. bei Wesel (Fn. 50), S. 52 ff.

71 Bodin, *Les six livres de la République*, 1576, deutsche Ausgabe Über den Staat, 2 Bde. München 1981 und 1986.

72 Zu den höchst unterschiedlichen Formen der Theorie des Gesellschaftsvertrages Kersting, *Politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994.

73 Vgl. Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl. 1972, (Erstausgabe 1921), S. 821 ff.; Isensee, *Handbuch des Staatsrechts* Bd. II, § 15 Rn. 83 ff.; di Fabio ebd. § 24 Rn. 2 ff.; Böckenförde, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes*, 1986; Sobota, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, S. 500 f.

74 Weber (Fn. 73), S. 17.

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

zierte, sog. lebende Recht vor allem in dem in den menschlichen Verbänden selbst erzeugten gesellschaftlichen Recht besteht und nicht durch staatlichen Zwang, sondern durch die Anerkennung seitens der Rechtsgenossen und gesellschaftlichen Druck wirkt.⁷⁵ Die soziologische Jurisprudenz und der legal realism der USA mit ihrer Unterscheidung von law in books und law in action⁷⁶ stehen gewissermaßen auf *Eugen Ehrlichs* Schultern, der wiederum, was seine Theorie der Rechtserzeugung anbetrifft, bis zur Volkgeisttheorie von *Savigny* zu Beginn des 19. Jahrhunderts zurückverfolgt werden kann.⁷⁷

3. Man kann dementsprechend das Paradigma eines vom Staat gesetzten und durchgesetzten Rechts formulieren, wenn man *Max Webers* Rechtsbegriff mit dem im 19. und 20. Jahrhundert lange Zeit herrschenden Gesetzespositivismus verknüpft, und ihm in der Nachfolge *Eugen Ehrlichs* das Paradigma eines vorwiegend durch die Gesellschaft selbst erzeugten und garantierten Rechts gegenüberstellen, wobei man zur Versinnbildlichung hierfür die Alternative «Kasernehof oder Marktplatz» wählen könnte⁷⁸.

75 Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Aufl. 1989 (Erstausgabe 1913), S. 146 ff.

76 S. für die sociological jurisprudence etwa Pound, American Law Review 44 (1910), S. 12 ff.; ders., Social control through law, 1942; für den legal realism Llewellyn, Columbia Law Review 30 (1930) S. 431; ders., Jurisprudence. Realism in theory and practice, 1962.

77 Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd. 1, 1840, S. 19 ff. und dazu Schönemann, FS f. Philipps, 2005, S. 163, 171 ff.

78 Dabei kann das Kasernenhofparadigma sowohl in Verbindung mit dem Tempel als auch in Verbindung mit dem Marktplatz gesehen werden, je nach dem, ob der Rechtsinhalt nach dem Vorbild des antiken, christlichen oder aufklärerischen Naturrechts aus ewigen Prinzipien der göttlichen Schöpfung oder der Gerechtigkeit abgeleitet und dem Staat nur die obligatorische Durchsetzung anvertraut wird oder aber ob der Inhalt als schlechthin kontingent angesehen und der beliebigen Setzung durch die dafür im Staat vorgesehene Instanz überantwortet wird. Die erstgenannte Kombination tritt uns exemplarisch in einer Entscheidung des Großen Strafsenats unseres Bundesgerichtshofes vom 17. Februar 1954 entgegen, in dem der Geschlechtsverkehr Verlobter als eine kraft des unwandelbaren Sittengesetzes gegen die geschlechtliche Zucht verstoßende Handlung und dementsprechend dessen Förderung als strafbare Kuppelei qualifiziert wurde (BGHSt 6, 46 ff.). Die zweite Kombination finden wir in der frühen Rechtssoziologie Niklas Luhmanns, der das Wesen des Rechts in seiner Positivität und seiner

IV. Tempel, Marktplatz oder Kasernenhof?

Wenn ich probeweise das Webersche oder das Ehrlichsche Modell auf den Strafprozess und das Problem der Urteilsabsprachen projiziere, so erscheint mir das im Prinzip auch von *Ehrlich* anerkannte Ergebnis zwingend, dass sich die Strafrechtspflege gerade nicht für den Bereich des gesellschaftlichen Rechts anbietet, sondern dem im engsten Sinne staatlichen Rechtsbereich vorbehalten bleiben muss. Denn das gesellschaftliche Recht erfährt seine Legitimation letztlich von der Privatautonomie, während das Strafrecht, wie ich hier nicht weiter ausführen kann, nach allgemeiner Auffassung vermöge seiner Funktion als ultima ratio zum Rechtsgüterschutz⁷⁹ eine unverbrüchliche Normgeltung voraussetzt und nicht zum Gegenstand von Aushandlungsprozessen gemacht werden kann. Das mag auch *Immanuel Kant* mit seinem Ausspruch gemeint haben, dass das Strafgesetz ein kategorischer Imperativ sei⁸⁰. Die Installierung von Urteilsabsprachen darf deshalb nicht nur unter dem Aspekt der prozessualen Zweckmäßigkeit gesehen werden, vielmehr hat sie Rückwirkungen auf das Strafrecht selbst und dessen Normstruktur. Selbst wenn man nun nicht in dem starken Sinne wie in *Immanuel Kants* Vergeltungstheorie die Verwirklichung der Gerechtigkeit durch das Strafrecht für eine unaufgebbare Aufgabe der Gesellschaft hält, sondern die Metapher vom Tempel aufzugeben bereit ist, wird man an der Zuordnung des Strafrechts zum staatszentrierten zwingenden Recht festhalten müssen, so dass die Kasernenhofmetapher jedenfalls für den Bereich des Strafrechts gültig bleibt. Und damit kann eine Aushandlung der Rechtsfolge zwischen Staat und Bürger nicht verbunden werden.

Kontingenz zu finden glaubte, siehe Luhmann, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1983, S. 190 ff., 215 f.

79 Statt aller BVerfGE 90, 145, 172; 92, 277, 326; 96, 10, 25; 120, 224 Rn. 35; Roxin Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 2 Rn. 1; Schönemann, in: v. Hirsch/Seelmann/Wohlers (Hrsg.), *Mediating principles*, 2006, S. 18 ff.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 48 ff. Die Kontroverse um die Leistungsfähigkeit des Rechtsgutsbegriffs und um die Intensität der Bindung des Gesetzgebers (zuletzt Wohlers, GA 2012, 600) spielt für die im vorliegenden Zusammenhang allein relevante Unverbrüchlichkeit der Strafnorm keine Rolle.

80 Kant (Fn. 62), S. A 196 / B 227 (Ak.-Ausgabe S. 331).

V. Governance als Bezugsrahmen

1. Wenn ich die Absprachen in ein Rechtsparadigma einbetten will, muss ich also weitersuchen. Dass die von mir bisher aus den traditionellen Konzepten der Rechtstheorie und -soziologie abgeleiteten Schemata eine allzu weit getriebene und deshalb die Tauglichkeit als Erkenntnisinstrument stark beeinträchtigende Vereinfachung bedeuten, hat in den letzten Jahrzehnten das zunächst in der Institutionenökonomie und dann auch in der Politologie entwickelte Paradigma der *governance* gezeigt. Ganz grob gesagt geht es einerseits um «Entzauberung und Verflüssigung des Rechts» sowie «Entzauberung und Entmachtung des Staates», andererseits um die Entdeckung, dass der Markt als von einem von der Politik bestimmten Regelsystem abhängig und damit ebenfalls als eine Institution gesehen wird⁸¹. Hierarchie und Wettbewerb durchdringen sich, und die Konflikte werden durch sie nicht direkt gelöst, sondern in ihrem Schatten durch Verhandlungen ausgetragen.

2. Weil *governance* zu einem neuen Zauberwort avanciert ist, das als Gegenpol zu dem den staatszentrierten Rechtsbegriff einschließenden Konzept des *government* bald analytisch, bald ideologiekritisch, bald affirmativ-normativ verwendet wird⁸², kann ich mich mit der *governance*-Theorie schon aus Zeitgründen nicht als solcher auseinandersetzen, sondern dazu nur einige für mein Thema erhellende aperçuhafte Bemerkungen machen. Ich wähle zur Anknüpfung zwei Felder, die neben der Friedenssicherung und der Ökologie die wichtigsten Regelungs-

81 Vgl. North, *Institutions, institutional change and economic performance*, 2002; Homann/Suchanek, *Ökonomik – Eine Einführung*, 2. Aufl. 2005; Voigt, *Institutionenökonomik*, 2. Aufl. 2009.

82 Vgl. nur Schuppert, *Die Verwaltung*, 2007, 463; ders. *Governance und Rechtssetzung*, 2011; Franzius, *KJ* 2009, 25; Engi, *Der Staat* 47 (2008), 573.

gebiete der heutigen Gesellschaft überhaupt darstellen, nämlich die die Regelungsstrukturen im globalen Rahmen betreffende sog. global governance und die im Bereich der Wirtschaftsunternehmen bei uns durch einen Import aus den USA sogar zu einem Codex hypostasierte sog. Corporate Governance.

a) Indem das *governance-Paradigma* als Gegensatz zu *government* davon ausgeht, dass die Steuerung nicht hierarchisch, sondern auf anderem Wege erfolgt, nimmt es Abschied vom klassischen Souveränitätskonzept des Staates und auch von der Vorstellung eines zur Steuerung ausreichenden Rechts. Weil es keinen Weltstaat gibt und auch auf absehbare Zeit nicht geben wird, ist unabhängig von der seit *Immanuel Kants* Schrift «Zum ewigen Frieden» umstrittenen Frage, ob ein solcher wünschenswert wäre⁸³, das Konzept der global governance deshalb in analytischer Hinsicht notwendig. Freilich darf man bei der gebotenen empirischen Überprüfung nicht die Augen vor der Erkenntnis verschließen, dass die vorhandene governance zur Lösung der die Menschheit gegenwärtig bedrängenden Probleme in geradezu deprimierender Weise impotent ist. Jeder Rechtssoziologe weiß, wie fragmentarisch die Effizienz selbst einer vom Staat mit intensivem Aufwand durchgesetzten Rechtsnorm ist⁸⁴. Ausgerechnet von jenem globalen Kommunikationschaos, das als «global governance» thematisiert und analysiert wird, eine effiziente Lösung der Weltprobleme zu erwarten, ist deshalb eine an Naivität

83 Dazu Kant, *Zum ewigen Frieden*, 1795, insb. B 37f. (Ak.-Ausgabe Bd. VIII, S. 357) und zur heutigen Diskussion dazu Höffe, in: Schönrich/Kato (Hrsg.), *Kant in der Diskussion der Moderne*, 1996, S. 489 ff.; Kersting, *Kant über Recht*, 2004, S. 160 ff.; Gerhardt, *Immanuel Kants Entwurf «Zum ewigen Frieden»*, 1995, S. 103 f.; und die Aufsätze in Merkel/Wittmann (Hrsg.), *Zum ewigen Frieden*, 1996.

84 Und sogar der Strafrechtsnormen, wie die Dunkelfeldforschung gezeigt hat, s. Sack, *Dunkelfeld*, in: Kaiser usw. (Hrsg.), *Kleines kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., 1993, S. 99 ff.; Kunz, *Kriminologie*, 4. Aufl. 2004 § 29 Rn. 1 ff.; Eisenberg, *Kriminologie*, 6. Aufl., 2005, § 16 Rn. 1 ff.; Göppinger, *Kriminologie* 6. Aufl. 2008 § 23 Rn. 3 ff. Zu den legitimierungstheoretischen Implikationen Popitz, *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1968; Lüderssen, *Strafrecht und «Dunkelziffer»*, 1972; Schönemann, in: Irle u. a. (Hrsg.), *Die Durchsetzung des Rechts*, Mannheim u. a., 1984, S. 39 ff.; Greco, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Strafrecht*, 2009, S. 425 ff.

V. Governance als Bezugsrahmen

kaum zu überbietende Vorstellung⁸⁵. Dies zeigt die über verschwendete Jahrzehnte in Agonie geendete globale Klimapolitik ebenso wie die von *Hans-Werner Sinn* bezogene Position, die letzte Chance in einem so schnell wie möglich zu realisierenden Super-Kyoto zu sehen, durch das ein lückenloses Nachfragekartell für fossile Energieträger errichtet würde⁸⁶, also die Schaffung eines Rechtsinstrumentes als einzig noch bleibendem Ausweg aus der Apokalypse. In der Tat: Weil allein staatliche Macht das für die Gesellschaft insgesamt verbindliche Recht erzeugt und dessen Durchsetzung garantieren kann, kann eine zivile politische Ordnung, in der die elementaren Bedürfnisse der Menschen gesichert sind, ohne Staat und Recht nicht bestehen.

b) Das hat auch die sog. Finanzkrise ad oculos demonstriert, die womöglich zu einem erheblichen Teil aus nach und nach entgleisten verbrecherischen Einzelhandlungen entstanden ist, nämlich frivolen Spekulationsgeschäften von Bankmanagern, die wegen ihres Missverhältnisses zu den eigenen Ressourcen der Bank nach der traditionellen Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofes schlicht unter den Untreueatbestand zu subsumieren wären⁸⁷. An diesem Punkt zeigt sich denn auch besonders drastisch die Hilflosigkeit eines auf sich gestellten Corporate Governance Codexes⁸⁸, der ebenso wie die Einrichtung von Ethikkommissionen in der Medizin und der Pharmazie⁸⁹ bis hin zum

85 Exemplarisch die Beschönigung des Scheiterns globaler Governance bei der Regelung der Finanzmärkte und in der Klimapolitik bei *Becker/John/Schirm*, *Globalisierung und Global Governance*, 2007, S. 122 ff., 162 ff.

86 *Das grüne Paradoxon*, 2008, S. 417 ff.

87 Vgl. dazu Schünemann in ders. (Hrsg.), *Die sogenannte Finanzkrise – Systemversagen oder organisierte Kriminalität?*, 2010, S. 71 ff.; Kasiske in ebd. S. 22 ff.; Schröder, *Handbuch Kapitalmarktstrafrecht*, 2. Aufl. 2010, S. 425 ff.; ders., *ZStW* 123 (2011), 771 ff. Skeptisch im Hinblick auf eine Strafbarkeit aber die die Verteidiger- und Bankensicht akzentuierenden Beiträge von Samson/Brünig, *ZIP* 2009, 1089 sowie von Deiters, Lüderssen und Gillmeister in Kempff/Lüderssen/Volk (Hrsg.), *Die Finanzkrise, das Wirtschaftsstrafrecht und die Moral*, 2010, S. 132 ff., 211 ff., 280 ff.

88 Zum DCGK («Deutschen Corporate Governance Kodex») Ringleb/Kremer/Lutter, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2010; Rode, *Der Deutsche Corporate Governance Codex*, 2010; Seidel, *ZIP* 2004, 285.

89 Gesetzliche Grundlagen hierfür sind die §§ 40 Abs. 1, 42 AMG und §§ 20 Abs. 1, 22 MPG. Besonders grotesk ist die «interdisziplinär zusammen-

V. Governance als Bezugsrahmen

Nationalen Ethikrat⁹⁰ und der Ethikkommission «Sichere Energieversorgung»⁹¹ nicht daran vorbei führt, dass es sich zum größten Teil um genuine Rechtsprobleme handelt, die durch die Ausgliederung in den Bereich bloßer Moral und die Verlagerung auf arbiträr besetzte Kommissionen nicht gelöst, sondern vernebelt werden.

3. Das *governance-Konzept* kann uns deshalb aus einem doppelten Grunde zum Verständnis der Urteilsabsprachen *nicht* weiterhelfen: Als analytisches Konzept beschreibt es das überaus komplexe Zusammenwirken von hierarchischen Restelementen, Netzwerken und Verhandlungen in überaus verwickelten Interaktionen zahlreicher verschiedener Einflussträger, in denen es entweder wie bei der global governance nur höchst fragmentarisch ausgebildete oder gar keine hierarchischen Strukturen gibt oder bei denen jedenfalls die rein hierarchischen Entscheidungsmuster wegen der Komplexität der Situation und Einflussträger überfordert wären. Eine derartige Konstellation ist im Strafverfah-

gesetzte Ethikkommission» nach § 3a Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ESchG i.d.F. des PräimpG v. 21. 11. 2011 (BGBl. I 2228), ohne deren Freigabe die Präimplantationsdiagnostik bei künstlicher Befruchtung gem. Abs. 1 verboten bleibt, so dass die Kommission also eindeutig staatliche Gewalt ausübt und ggf. in menschenunwürdiger Weise die Schwangere zu einem riskanten Gentest am Embryo im Mutterleib treibt.

- 90 2001 von der rot-grünen Bundesregierung im Wege einer Kabinettsvorlage eingesetzt, seit 2008 auf der gesetzlichen Grundlage des EthRG v. 16. 7. 2007 (BGBl. I S. 1385) fortgesetzt als «Deutscher Ethikrat». Bezeichnenderweise wurde ein Jahr danach die deutsche Vorschrift des § 764 BGB, die den Differenzgeschäften unter Privatleuten als Rechtsform unbegrenzter finanzieller Spekulationen die rechtliche Wirksamkeit absprach, von der rot-grünen Koalition durch das sog. Finanzmarktförderungsgesetz (BGBl. 2002 I S. 2010) aufgehoben und damit das deutsche Bürgerliche Recht dem «Kasino-Kapitalismus» (*Hans-Werner Sinn*) angepasst, der für die o. in Fn. 87 angesprochene sog. Finanzkrise verantwortlich war, seitdem aber nicht eingedämmt worden ist.
- 91 Die vom 4. April bis zum 30. Mai 2011 einen 48-seitigen «Abschlussbericht» über die «ethisch gut begründete, gebotene und im besten Fall innerhalb von 10 Jahren realisierbare Energiewende» erarbeitete (im Internet abrufbar unter http://www.bundesregierung.de/nn_1264/Content/DE/Artikel/2011/05/2011-05-30-bericht-ethikkommission.html) – was entweder Dilettantismus oder Überfälligkeit, also entweder eine grenzenlose Selbstüberschätzung der Kommission oder eine an Skrupellosigkeit unüberbietbare vorangegangene Bundespolitik beweist.

V. Governance als Bezugsrahmen

ren eindeutig nicht gegeben, wie nicht nur durch die Jahrhunderte lang mögliche und praktizierte Erledigung im rechtlichen Strukturmodell der Strafprozessordnung bewiesen wird, sondern auch durch den ja unverändert bleibenden Gegenstand autoritärer Zwanganwendung in Gestalt einer Verurteilung zu einer Kriminalstrafe. Von der organisatorischen Seite her besteht deshalb keine Veranlassung, die Urteilsabsprachen mit Hilfe des governance-Konzepts zu erklären. Und von der inhaltlichen Seite her wäre das sogar schlechthin ausgeschlossen, weil dadurch abermals die Struktur des im Prozess durchzusetzenden Strafrechts als einer verbindlichen Normenordnung aufgegeben würde. Denn wenn auf einen Normbruch nicht durch staatliche Normanwendung, d. h. Sanktionsverhängung, sondern in einem ungewissen und von vielen Einflüssen geprägten Verfahren reagiert würde, so hätte das eine direkte Rückwirkung auf die Norm selbst, die auch in der governance-Perspektive nicht mehr unverbrüchlich wäre.

4. In denselben Widerspruch der Durchsetzungsregelung zur Struktur der durchzusetzenden Primärnorm führt es meiner Meinung nach hinein, wenn man die Entscheidung im Verhandlungswege im Sinne einer *schlichten Marktplatzmetapher* deutet. Ein reines Verhandlungsmodell ist für Austauschgeschäfte annähernd gleichberechtigter Partner passend, die auch die Freiheit besitzen, auf die Tätigkeit des Geschäfts überhaupt zu verzichten⁹². Ein derartiges Konzept würde deshalb ebenfalls auf einen nachträglichen Widerruf der unverbrüchlichen Geltung der Strafrechtsnorm hinauslaufen und scheitert an diesem Widerspruch zur Primärnorm. Noch weniger scheint mir die *Boxkampfmetapher* zu passen, die den Prozess als fairen Wettstreit zweier Gegner versteht, von denen der bessere gewinnen soll⁹³. Wenn die Rechtsfolge des Strafverfahrens darin bestünde, dass der Verlierer, also der Verteidiger, die Kosten

92 Dazu Röhl, Rechtssoziologie, 1987, S. 457; speziell zur Verhandlungsgerechtigkeit im Strafverfahren die Nachw. o. Fn. 43. Bemerkenswerterweise hat Nietzsche sogar die Entstehung des Rechts in der Übereinkunft annähernd gleich mächtiger Kontrahenten loziert, s. die Analyse bei Straube, Zum gemeinsamen Ursprung von Recht, Gerechtigkeit und Strafe in der Philosophie Friedrich Nietzsches, 2012, S. 31 ff., 82 ff.

93 Zu dieser Deutung des amerikanischen Prozessmodells Schünemann, FS f. Fezer (Fn. 49), S. 564.

V. Governance als Bezugsrahmen

des Verfahrens tragen müsste oder mit einer Zurückstufung in der Rangliste der Verteidiger belegt würde, wäre dagegen auch gar nichts einzuwenden. Es geht aber um Verhängung von Kriminalstrafe nicht gegen einen der beiden Gegner (Staatsanwalt bzw. Verteidiger), sondern gegen den Mandanten des Verteidigers, und die Tatsache, dass sein Verteidiger der schlechtere Kämpfer war, kann natürlich für die Bestrafung des Angeklagten keine ernsthafte Legitimation schaffen.

VI. Kooperation oder strukturelle Erpressung

1. Ernsthaft in Betracht gezogen werden kann deshalb nur eine quasi *institutionalisierte Marktlösung*, in der an der Unverbrüchlichkeit der Strafrechtsnorm prinzipiell festgehalten, aber eine Ausnahme für den Fall konzediert wird, dass die Nachteile eines Strafverfahrens die dadurch allenfalls zu erwartenden Vorteile überwiegen würden. Es bleibt infolge dessen zu prüfen, ob die genau diese Frage thematisierende *ökonomische Analyse des Rechts* eine Legitimation der Urteilsabsprachen liefern kann.

2. Die amerikanischen Vertreter von *law and economics*⁹⁴ haben die Institution des plea bargaining ohne jene Euphemismen und heuchlerischen Drapierungen analysiert, wie sie Teile der deutschen Diskussion kennzeichnen und im Gesetzesentwurf der Bundesregierung geradezu triumphierten⁹⁵. Es geht danach nicht um die Suche nach einem Wertkonsens⁹⁶, sondern um den Austausch von zwei Leistungen und den Versuch jeder Partei, den Preis der eigenen Leistung möglichst in die Höhe zu schrauben⁹⁷. Die Leistung des Beschuldigten besteht darin, dass er das außerordentlich aufwendige und die Ressourcen der Justiz stark

94 Vgl. Posner, *Economic Analysis of Law*, 8th. ed., 2010; ders. *The Economics of Justice*, 1983; Cooter/Ulen, *Law and Economics*, 5th ed., 2007; für eine kritische Bestandsaufnahme siehe Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 3. Aufl., 2005.

95 Vgl. BT-Dr. 16/12310 S. 13 ff. und dazu Schönemann ZRP 2009, 104, 106.

96 Diese gerne auf die Kommunikationstheorie von *Habermas* gestützte «Konsensthese» ist im apologetischen Lager beliebt (Jahn, GA 2004, S. 272, 285 ff.; ders. ZStW 118 [2006], 427, 454 ff.; Kudlich Gutachten C zum 68. DJT, 2010, C 62 ff.), verfehlt aber nicht nur die forensische Wirklichkeit, sondern ist auch theoretisch unhaltbar (ausf. Lien, GA 2006, 129, 143 ff.; Schönemann, FS f. Fezer [Fn. 49], S. 571 f.).

97 Posner, *Analysis* (Fn. 94), S. 607 f.

VI. Kooperation oder strukturelle Erpressung

absorbierende Schwurgerichtsverfahren durch sein guilty plea erübrigt und der Justiz also die Möglichkeit schafft, erhebliche Kosten zu sparen. Die Leistung der Staatsanwaltschaft besteht demgegenüber darin, dem Beschuldigten durch eine Verringerung der ihm angebotenen Strafe Lebenszeit zu schenken. Die Möglichkeit und Notwendigkeit von Verhandlungen resultiert daraus, dass die Alternative zu dem im plea bargaining angestrebten settlement (plea agreement) für beide Parteien ungewiss ist, weil keiner genau wissen kann, wie eine Hauptverhandlung vor dem Schwurgericht ausgehen würde, sei es mit einem vollständigen Freispruch, sei es mit einer strengeren Verurteilung. Die Funktion des Juryverfahrens mit seinem ungewissen Ausgang besteht also gerade darin, wie *Shavell* es formuliert hat, dass die Parteien mit der Verhandlung drohen können, um Settlements herbeizuführen⁹⁸. *Posner* sieht das Problem einer ökonomischen Analyse des plea bargaining-Systems ebenfalls nicht darin, ob dadurch unverzichtbare rechtsstaatliche Garantien preisgegeben oder Unschuldige verurteilt werden, sondern nur in einer gesellschaftlichen Gesamtbilanz der Abschreckungswirkung des Strafrechtssystems, die er durch plea bargaining nicht beeinträchtigt findet⁹⁹.

3. Aber darin sehe ich eine seit der Entwicklung der Institutionenökonomie verfehlte Engführung der ökonomischen Analyse, weil auch der Ansatz von *Shavell* und *Posner* auf die von ihnen nicht berücksichtigte Konsequenz hinausläuft, die Rechtsfolgen und damit letztlich die Strafnorm selbst in die Dispositionsmacht der Parteien zu stellen und dadurch eben doch das generalpräventive Konzept des Strafrechts zu zerstören. Ich kann deshalb darauf verzichten, als zweites Gegenargument die Grundsatzkritik der deutschen Rechtstheorie näher auszuführen, dass fundamentale Menschenrechte (wie etwa des Unschuldigen auf Freispruch) auf einem deontologischen Fundament ruhen und sich deshalb einer konsequentialistischen und überdies quantitativen Verrechnung an kollektiven Nutzenfunktionen entziehen würden¹⁰⁰. Drittens und vor allem geht die ökonomische Analyse des plea bargaining

98 *Foundations of Economic Analysis of Law*, 2004, S. 401 ff., als allg. «theory of litigation» and settlements.

99 *Posner*, *Analysis* (Fn. 94), S. 608 f.

100 *Greco* (Fn. 84), insb. S. 230 ff., 241 ff.

VI. Kooperation oder strukturelle Erpressung

für die USA davon aus, dass der Angeklagte als gleichberechtigter Verhandlungspartner mit dem Staatsanwalt fungiert, und genau diese Voraussetzung fehlt im deutschen Modell: Das ganze Ausmaß des Niederganges der deutschen Rechtskultur durch unbalancierte Einführung der Urteilsabsprachen zeigt sich daran, dass diese nicht einmal den schwachen Legitimationskriterien der ökonomischen Analyse des Rechts zu genügen vermag, weil ja schon nach der anfänglichen Justizpraxis und erst recht nach dessen Legalisierung durch das Verständigungsgesetz in § 257c StPO exakt derjenige Richter, der die Hauptverhandlung durchzuführen (also die Beweise zu erheben, sie zu würdigen, das Urteil zu sprechen und das Strafmaß festzusetzen) hat, auch die Absprachenverhandlung führt und damit die von mir schon charakterisierte Konstellation der Katze realisiert, die mit der Maus, die schon in ihren Fängen steckt, über deren weiteres Schicksal «verhandelt». Wenn man diese Situation nicht mit dem in Deutschland verbreiteten semantischen Euphemismus, sondern mit der nüchternen Redeweise eines Nordamerikaners kennzeichnet, so kann man nicht die Kategorie des bargaining, also der Aushandlung, sondern allein diejenige der structural coercion, also der *strukturellen Erpressung*¹⁰¹ benutzen, im Bild gesprochen eines Boxkampfes zwischen einem *Klitschko* und einem Liliputaner. Oder anders formuliert: Der deutsche Sonderweg bei den strafprozessualen Absprachen bedient sich des Paradigmas des Marktplatzes nur wie einer Art umgekehrter Mimikry, hinter der sich eine strukturelle Nötigungssituation und damit letztlich eine – in der Methode freilich höchst sublimen – Wiederbelebung der ehemals mit körperlicher *Folter* bewirkten Urteilserpressung verbirgt, durch deren Überwindung der rechtsstaatlich-liberale Strafprozess in Deutschland einmal erschaffen worden ist¹⁰². Und für deren Legitimation steht auch die economic analysis of law nicht zur Verfügung.

101 In der Nomenklatur des StGB geht es natürlich nicht um Erpressung (§ 253 StGB), sondern um Nötigung (§ 240 StGB). Der Text schließt sich an die plastischere umgangssprachliche Bedeutung an.

102 So bereits Schönemann, NJW 1989, 1901 f.; ders. FS f. Rieß (Fn. 49), S. 541.

VII. Minimalia des Rechtsstaats

1. Lassen Sie mich nach dieser Kritik wenigstens noch andeuten, wie ich mir eine Legitimation von Urteilsabsprachen allenfalls vorstellen könnte¹⁰³. Weil sie darauf hinauslaufen, die Hauptverhandlung zu suspendieren, muss bereits das Ermittlungsverfahren prinzipiell dazu geeignet sein, zu einem der wahren Sach- und Rechtslage entsprechenden Ergebnis zu führen und damit die Unverbrüchlichkeit der Strafrechtsnorm abzusichern. Infolgedessen müsste man die im 19. Jahrhundert in Gestalt der Hauptverhandlung entwickelten Kautelen für ein faires und zur Wahrheitsfindung führendes Verfahren bereits in das Ermittlungsverfahren vorverlagern. Dann könnte die Anrufung des Gerichts in der Hauptverhandlung als ein reines Rechtsschutzverfahren verstanden werden, auf das der Betroffene auch verzichten kann, wenn er ebenfalls akzeptiert, dass das Ermittlungsverfahren bereits die zutreffende Entscheidung ermöglicht hat. Unabweisbare Vorbedingung wäre infolgedessen eine Verstärkung der Rechte des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, um bereits hier diejenigen Garantien zu installieren, die traditionell erst in der Hauptverhandlung zum Zuge kommen. Ich nenne das das *kontradiktorische Ermittlungsverfahren* und habe hierzu in der Vergangenheit eine Reihe von Vorschlägen entwickelt¹⁰⁴. Nur unter dieser Voraussetzung ließe sich deshalb m. E. ein mit Urteilsabsprachen arbeitendes Strafverfahren legitimieren. Dass der Bundesgerichtshof eine derartige Reform nicht proklamiert hat, kann man ihm nicht vorwerfen, weil bereits die von ihm vorgenommene Rechtsfortbildung weit

103 Dazu näher Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht (Fn. 4), § 69 Rn. 9 ff.

104 Schünemann, ZStW 114 (2002), 1, 34 ff.; ders., FS f. Fezer (Fn. 49), S. 572 ff.; ders., ZIS 2009, 493 f.; ders. in AG-Strafrecht DAV (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 2009, S. 827 ff., 841 ff.

VII. Minimalia des Rechtsstaats

über die richterliche Kompetenz hinausging und es ihm erst recht verwehrt wäre, auch noch das Ermittlungsverfahren durch Richterrecht umzugestalten. Genau dies wäre Aufgabe des Gesetzgebers, und aus diesem Grunde kann man nun freilich abschließend dem auf dem Entwurf der Bundesregierung beruhenden Verständigungsgesetz den Vorwurf nicht ersparen, dass es durch die bloße Anordnung der Zulässigkeit von Absprachen viel zu kurz greift und die Notwendigkeit einer neuen Prozessstruktur als Voraussetzung für die Legitimierbarkeit von Urteilsabsprachen in fundamentaler Weise verkannt hat.¹⁰⁵

2. Abschließend möchte ich versuchen, das Ergebnis dieser tour d'horizon, die notgedrungen eine tour de force geworden ist, wieder in ein Bild zu kleiden. Das Recht unserer heutigen postmodernen Gesellschaft ist weder in einem Tempel noch auf dem Kasernenhof zu finden, man muss es scheinbar auf dem Marktplatz suchen. Freilich werden sich dadurch gerade die drängendsten und gewaltigsten Probleme der heutigen Verschwendungsgesellschaft nicht lösen lassen, so dass man sich unwillkürlich an die Worte *Loges* am Ende des «Rheingold» erinnert fühlt: «Ihrem Ende eilen sie zu, die so stark im Bestehen sich wähnen». Zwar finden die meisten Aktivitäten der Gesellschaft auf dem Marktplatz statt, aber für das *Recht* handelt es sich dabei jedenfalls dann, wenn es um zentrale Lebens- und Überlebensfragen des Einzelnen und der Gesellschaft geht, um eine *Sackgasse*, die durch die Globalisierung nicht etwa wieder geöffnet, sondern sogar noch ihres Wendeplatzes beraubt wird. Dass freilich bei diesem die Jahrtausende alten Funktionen des Rechts zum Umstürzen bringenden Erdbeben die Richterskala dieses Mal nach unten hin offen ist, zeigt das von der deutschen Justiz ursprünglich gegen das geltende Gesetz entwickelte Modell der Urteilsabsprachen, welches der Gesetzgeber erst nachträglich und überdies vordergründig legalisiert hat, ohne sich seiner Verantwortung für eine in die Kodifikation der Strafprozessordnung insgesamt hineingepasste Ausgestaltung¹⁰⁶ auch nur bewusst zu sein. Das Verständigungsgesetz

105 Diese Erkenntnisebene ist leider auch dem BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 257c StPO vom 19. 3. 2013 (NJW 2013, 1058) vollständig verschlossen geblieben.

106 Die die ja immer nur zu punktuellen Rechtsfortbildungen fähige Justiz von vornherein nicht leisten konnte.

VII. Minimalia des Rechtsstaats

steht in puncto rechtsstaatlichem Niveau deutlich unter der jüngsten Gesetzgebung lateinamerikanischer Staaten¹⁰⁷, die früher verächtlich als Bananenrepubliken bezeichnet wurden. Dass dieser Niedergang der deutschen Rechtskultur, wenn man ihn mit dem Absturz in den Orkus vor 80 Jahren vergleicht, relativ geringfügig erscheinen mag, kann den Bürger trösten, den Strafverfahrenswissenschaftler aber nicht von der Pflicht entbinden, anders als damals die Stimme des Protests zu erheben. Ob sie im lärmenden Rauschen unserer Mediengesellschaft von den Machthabern überhaupt vernommen wird, mag man füglich bezweifeln. Aber nichts desto weniger möchte ich es abschließend mit dem kantianischen Ausspruch *Florestans* in *Beethovens* Fidelio halten: «Süßer Trost in meinem Herzen – meine Pflicht hab ich getan.»

107 Wo man sich nämlich wenigstens um eine Begrenzung der Machtposition des Richters bemüht hat, siehe heute z. B. Artt. 373 ff. Código Procesal Penal (CPP) Costa Rica, Artt. 348 ff. CPP Kolumbien, Art. 20 A VII mexikanische Verfassung (Verfassungsreform von 2008), Artt. 387 ff. CPP des mexikanischen Estado de Chihuahua; Art. 431 bis Código Procesal Penal de la Nación (Argentinien, Bund); Artt. 356, 415 Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba (Argentinien); Artt. 395–403 Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires.

SITZUNGSBERICHTE

2003

978 3 7696 1622 4 Heft 1:
Warning Rainer, **Pariser Heteropien.**
*Der Zeitungsverkäufer am Luxembourg in Rilkes
Malte Laurids Brigge.* 36 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1623 1 Heft 2:
Wilcke Claus, **Early Ancient Near Eastern Law.**
*A History of its Beginnings. The Early Dynastic
and Sargonic Periods.* 160 S., brosch., (vergriffen)

978 3 7696 1624 8 Heft 3:
Hrouda Barthel, **Die Assyrer und ihre Kunst in
neuer Sicht.** 30 S., brosch., € 5,00

2004

978 3 7696 1625 5 Heft 1:
Hose Martin, **Poesie aus der Schule.** *Überlegun-
gen zur spätgriechischen Dichtung.* 37 S., brosch.,
€ 5,00

978 3 7696 1626 2 Heft 2:
Schieffer Rudolf, **Neues von der Kaiserkrönung
Karl des Großen.** 25 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1627 9 Heft 3:
Landau Peter, **Die Lex Baiuvariorum.** *Entstehungszeit,
Entstehungsort und Charakter von
Bayerns ältester Rechts- und Geschichtsquelle.*
51 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1628 6 Heft 4:
Ziegler Walter, **Hitler und Bayern.** *Beobach-
tungen zu ihrem Verhältnis.* 108 S., brosch.,
€ 11,00

978 3 7696 1629 3 Heft 5:
Willoweit Dietmar, **Standesungleiche Ehen
des regierenden hohen Adels in der neuzeit-
lichen deutschen Rechtsgeschichte.** 197 S.,
brosch., € 19,50

978 3 7696 1630 9 Heft 6:
Weipert Reinhard, **«Ein Unglück kommt selten
allein».** *Vier arabische Synonymensammlungen
zum Wortfeld dahiya.* (Beiträge zur Lexikogra-
phie des Klassischen Arabisch Nr. 16). 240 S.,
brosch., € 27,00

978 3 7696 1631 6 Heft 7:
Stotz Peter, **Alte Sprache – neues Lied.** *Formen
christlicher Rede im lateinischen Mittelalter.*
48 S., brosch., € 5,00

2005

978 3 7696 1632 3 Heft 1:
Nörr Dieter, **Römisches Recht: Geschichte
und Geschichten.** *Der Fall Arescusa et alii*
(Dig.19.1.43 sq.). 140 S., brosch., (vergriffen)

978 3 7696 1633 0 Heft 2:
Ballwieser Wolfgang, **Bilanzrecht zwischen
Wettbewerb und Regulierung.** *Eine ökonomi-
sche Analyse.* 37 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1634 7 Heft 3:
Kunitzsch Paul, **Zur Geschichte der «arabischen»
Ziffern.** 39 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1635 4 Heft 4:
Ritter Gerhard A., **Föderalismus und Parla-
mentarismus in Deutschland in Geschichte
und Gegenwart.** 66 S., brosch., € 5,00
(Vergriffen. Download)

978 3 7696 1636 1 Heft 5:
Stephens Anthony, **Die Grenzen über-
schwärmen.** *Zur Problematik der Zeit in Kleists
Penthesilea.* 36 S., brosch., € 5,00

2006

978 3 7696 1637 8 Heft 1:
Göllner Theodor, **Die psalmodische Tradition
bei Monteverdi und Schütz.** 30 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 0960 8 Heft 2:
Bollée Willem, **Gone to the dogs in ancient
India.** 135 S., brosch., € 14,00

978 3 7696 1638 5 Heft 3:
Hübner Wolfgang, **Crater Liberi.** *Himmels-
pforten und Tierkreis.* 69 S., brosch., € 8,00

978 3 7696 1639 2 Heft 4:
Maier Hans, **Die Kabinettsregierung.**
Entstehung, Wirkungsweise, aktuelle Probleme.
30 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1640 8 Heft 5:
Höfele Andreas, **Shakespeare und die Ver-
lockungen der Biographie.** 60 S., brosch., € 12,00

2007

978 3 7696 1641 5 Heft 1:
Ziegler Rolf, **The Kula Ring of Bronislaw
Malinowski.** *A Simulation of the Co-Evolution of
an Economic and Ceremonial Exchange System.*
125 S., brosch., (vergriffen, Download)

978 3 7696 1642 2 Heft 2:
Landau Peter, **Goethes verlorene juristische
Dissertation und ihre Quellen.** *Versuch einer
Rekonstruktion.* 42 S., brosch., € 7,00

978 3 7696 1643 9 Heft 3:

Hofmann Hasso, **Verfassungsgeschichte als Phänomenologie des Rechts.** 28 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1644 6 Heft 4:

Oettinger Norbert, **Gab es einen Trojanischen Krieg? Zur griechischen und anatolischen Überlieferung.** 28 S., brosch., € 5,00

2008

978 3 7696 1645 3 Heft 1:

Wenz Gunther, **Friedrich Immanuel Niethammer (1766–1848). Theologe, Religionsphilosoph, Schulreformer und Kirchenorganisator.** 114 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1646 0 Heft 2:

Moulines C. Ulises, **Die Entstehung der Wissenschaftstheorie als interdisziplinäres Fach (1885–1914).** 20 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1647 7 Heft 3:

Pfotenhauer Helmut, **Unveröffentlichtes von Jean Paul. Die Vorarbeiten zum «Leben Fibels».** 41 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1648 4 Heft 4:

Ullmann Manfred, **Lexikalische Probleme im Sinnbezirk Hyäne** (Beiträge zur Lexikographie des Klassischen Arabisch Nr. 17). 40 S., brosch., € 6,00

2009

978 3 7696 1649 1 Heft 1:

Konrad Ulrich, **Zusammenfassung des Lebens und der Kunst. Das Siegfried-Idyll von Richard Wagner.** 32 S., brosch., € 6,00

978 3 7696 1650 7 Heft 2:

Hose Martin, **Euripides als Anthropologe.** 71 S., brosch., EUR 10,00

978 3 7696 1651 4 Heft 3:

Weipert Reinhard, **Altarabischer Sprachwitz: Abu 'Alqama und die Kunst, sich kompliziert auszudrücken** (Beiträge zur Lexikographie des Klassischen Arabisch Nr. 18). 181 S., brosch., € 22,00

978 3 7696 1652 1 Heft 4:

Birus Hendrik, **Le temps présent est l'arche du Seigneur. Zum Verhältnis von Gegenwart, Geschichte und Ewigkeit beim späten Goethe.** 31 S., brosch., € 5,00

2010

978 3 7696 1653 8 Heft 1:

Manfred Ullmann, **Die Conclusio a minori ad maius im Arabischen** (Beiträge des Klassischen Arabisch Nr. 19). 31 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1654 5 Heft 2:

Detlef Liebs, **Hofjuristen der römischen Kaiser bis Justinian.** 213 S., brosch., € 23,00

978 3 7696 1655 2 Heft 3:

Peter Thiergen, **Aufrechter Gang und liegendes Sein. Zu einem deutsch-russischen Kontrastbild.** 99 S., brosch., € 11,00

2011

978 3 7696 1656 9 Heft 1:

Paul Kunitzsch, **Richard Lorch, Theodosius, De habitationibus. Arabic and Medieval Latin Translations.** 95 S., brosch., € 10,00

978 3 7696 1657 6 Heft 2:

Gunther Wenz, **Von den göttlichen Dingen und ihrer Offenbarung. Zum Streit Jacobis mit Schelling 1811/12.** 115 S., brosch., € 12,00

978 3 7696 1658 3 Heft 3:

Peter Landau, **Der Archipoeta – Deutschlands erster Dichterjurist. Neues zur Identifizierung des Politischen Poeten der Barbarossazeit.** 45 S., brosch., € 5,00

978 3 7696 1659 0 Heft 4:

Peter Schreiner, Ernst Vogt (Hrsg.), **Karl Krumbacher. Leben und Werk.** 147 S., brosch., € 17,00

2012

978 3 7696 1661 3 Heft 1:

Rainer Warning, **Ästhetisches Grenzgängertum. Marcel Proust und Thomas Mann.** 103 S., brosch., € 11,00

978 3 7696 1662 0 Heft 2:

Annegret Heitmann, **Henrik Ibsens dramatische Methode.** 40 S., brosch., € 6,00

978 3 7696 1663 7 Heft 3:

Wolfgang Ballwieser, **Unternehmensbewertung zwischen Fakten und Fiktionen.** 44 S., brosch., € 7,00

Veröffentlichungen/Backlist

ABHANDLUNGEN – Neue Folge

- 978 3 7696 0118 3 Nummer 123:
Hans Rudolf Sennhauser (Hg.), **Frühe Kirchen im östlichen Alpengebiet. Von der Spätantike bis in die ottonische Zeit.** 2 Bde. 2003. 992 S., zahlr. Abb und Tafeln, geb., € 120,00
- 978 3 7696 0119 0 Nummer 124:
Erich Lamberz, **Die Bischofslisten des VII. Ökumenischen Konzils (Nicaenum II).** 2004. 88 S., geb., € 18,00
- 978 3 7696 0120 6 Nummer 125:
Peter Diemer (Hg.), **Johann Baptist Fickler. Das Inventar der Münchner herzoglichen Kunstkammer von 1598. Editionsband. Transkription der Inventarhandschrift cgm 2133.** 2004. 319 S., 41 Abb., geb., € 90,00
- 978 3 7696 0121 3 Nummer 126:
Hermann Dannheimer (Hg.), **Frauenwörth. Archäologische Bausteine zur Geschichte des Klosters auf der Fraueninsel im Chiemsee.** 2 Bde. 2005. 387 S., zahlreiche Abb., 125 Tafeln, 30 Beilagen, geb., € 158,00
- 978 3 7696 0958 5 Nummer 127:
Sabine Heym, Willibald Sauerländer, **Herkules besiegt die Lernäische Hydra. Der Herkules-Teppich im Vortragssaal der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.** 2006. 94 S., 52. Abb., geb., € 34,00
- 978 3 7696 0965 3 Nummer 128:
Theodor Göllner, Bernhold Schmid (Hg.) Severin Putz (Mitarbeit), **Die Münchner Hofkapelle des 16. Jahrhunderts im europäischen Kontext. Bericht über das internationale Symposium der Musikhistorischen Kommission der Bayerischen Akademie der Wissenschaften in Verbindung mit der Gesellschaft für Bayerische Musikgeschichte München, 2.–4. August 2004.** 2006. 466 S., geb., € 109,00
- 978 3 7696 0964 6 Nummer 129:
Bearbeitet von D. Diemer, P. Diemer, L. Seelig, P. Volk, B. Volk-Knüttel u. a. Vorgelegt von Willibald Sauerländer, **Die Münchner Kunstkammer.** 2008. Bd. 1: Katalog Teil 1, Bd. 2: Katalog Teil 2, zus. 1062 S., Bd. 3: Aufsätze und Anhänge, VIII+569 S., geb., € 498,00
- 978 3 7696 0967 7 Nummer 130:
Martin Heckel, **Vom Religionskonflikt zur Ausgleichsordnung. Der Sonderweg des deutschen Staatskirchenrechts vom Augsburger Religionsfrieden 1555 bis zur Gegenwart.** 2007. 135 S., brosch., € 23,00
- 978 3 7696 0973 8 Nummer 131:
Volker Bierbrauer, **Ethnos und Mobilität im 5. Jahrhundert aus archäologischer Sicht: Vom Kaukasus bis nach Niederösterreich.** 2008. 129 S., 32 Tafeln, geb., € 48,00
- 978 3 7696 0977 6 Nummer 132:
Wolfgang Fikentscher, **Law and Anthropology. Outlines, Issues, and Suggestions.** 2009. 512 S., geb., € 125,00
- 978 3 7696 0951 6 Nummer 133:
Gunther Wenz (Hg.), **Friedrich Immanuel Niethammer (1766–1848). Beiträge zu Biographie und Werkgeschichte.** 2009. VIII, 123 S., brosch., € 28,00
- 978 3 7696 0122 0 Nummer 134:
Werner Beierwaltes, Erich Fuchs (Hrsg.), **Symposium Johann Gottlieb Fichte. Herkunft und Ausstrahlung seines Denkens.** 2009. VII, 98 S., brosch., € 30,00
- 978 3 7696 0123 7 Nummer 135:
Kalliopo Sarri, **Orchomenos IV. Orchemenos in der mittleren Bronzezeit.** 2010. 479 S., 8 Tabellen, 77 Tafeln, 7 Phototafeln, 51 Diagramme, 12 Pläne, geb., € 144,00
- 978 3 7696 0124 4 Nummer 136:
Cornelia Meyer-Stoll, **Die Maß- und Gewichtsreformen in Deutschland im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Rolle Carl August Steinheils und der Bayerischen Akademie der Wissenschaften.** 2010. 305 S., brosch., € 76,00
- 978 3 7696 0125 1 Nummer 137:
Gunter Wenz (Hg.), **Das Böse und sein Grund. Zur Rezeptionsgeschichte von Schellings Freiheitsschrift 1809.** 2010. 163 S., brosch., € 35,00
- 978 3 7696 0126 81 Nummer 138:
Michaela Konrad, Christian Witschel (Hrsg.), **Römische Legionslager in den Rhein- und Donauprovinsen – Nuclei spätantik-frühmittelalterlichen Lebens?** 2011. 666 S., zahlr. Abb., geb., € 224,00