

Der deutsch-chinesische Diskurs auf dem Gebiet des Strafverfahrens als Weckruf aus dem dogmatischen Schlummer

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

1. Die vorliegende, den straf(prozess-)rechtswissenschaftlichen Dialog zwischen Deutschland und der Volksrepublik China exemplarisch beleuchtende ZIS-Sonderausgabe könnte 18 Jahre nach der Regierungsvereinbarung über den deutsch-chinesischen Rechtsstaatsdialog und sieben Jahre nach einem in diesem Rahmen veranstalteten offiziellen Symposium über „Das Strafverfahrensrecht im Rechtsstaat“ auf den ersten Blick verspätet erscheinen, trifft aber nach meiner eigenen, mittlerweile 20-jährigen Erfahrung mit Gastvorlesungen, Symposien und Konferenzen sowie gemeinsamen Forschungsprojekten in und mit China sowie einer noch längeren Zeit der Betreuung chinesischer Doktoranden genau den richtigen Zeitpunkt. Denn der mittlerweile zum Gemeinplatz degenerierte Vorwurf, die professionellen Protagonisten der deutschen Strafrechtskultur würden gar keinen echten Dialog pflegen, sondern nur die deutsche Dogmatik exportieren,¹ würde in den Aufbaujahren der modernen chinesischen Strafrechtsdogmatik² vordergründig zutreffen. Auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts und seiner Reform fand dagegen von Anfang an ein intensiver Dialog statt, weil allfällige deutsche Exportgelüste hier auf eine außerordentlich rege und – im Unterschied zur heutigen BRD oder gar EU – bei den Machtzirkeln durchaus Gehör findende akademische Szene treffen, die von den due-process-Idealen der US-amerikanischen

Prozessfassade bereits stark imprägniert ist³ und in deren Vermittlung mit der autoritären Prozesstradition Chinas eine Herausforderung sieht, die durchaus mit derjenigen unserer großen Prozessualisten in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts verglichen werden kann.

2. a) An das die Grundlagen des Strafverfahrens behandelnde deutsch-chinesische Symposium an der Universität Würzburg im Dezember 2016⁴ hat sich – zur Vertiefung der bereits hier angesprochenen Fragen des fair trial und vor allem der Urteilsabsprachen – bereits im Folgejahr im September 2017 ein Symposium unter der Leitung von Professor *Chen Guangzhong* am Institut für Verfahrensrechtsforschung der Chinesischen Universität für Politische Wissenschaft und Recht („China University of Political Science and Law“, CUPL) sowie dem „Collaborative Innovation Center of Judicial Civilization“ in Peking angeschlossen, dessen allgemeiner Teil in Goldammer’s Archiv für Strafrecht 2018, Heft 4, mit Beiträgen von *Andreas Mosbacher*, *Bernd Schünemann*, *Guangzhong Chen*, *Ming Hu* und *Meijun Xu* veröffentlicht worden ist und vorliegend mit dem Beitrag von *Changyong Sun* (ZIS 2018, 148) abgeschlossen wird, an den sich die speziellen Referate zu den Absprachen und dem (chinesischen) System der Strafmilderung beim Schuldgeständnis⁵ von *Bensen Li*, *Weidong Chen*, *Weimin Zuo*, *Thomas Rönna* und *René Börner* anschließen. Wegen des großen Umfangs des Symposiums konnten leider die weiteren, nicht weniger wichtigen Beiträge von *Bianlin Jian/Shu Xie*, *Jianwei Zhang*, *Yanyou Yi* und *QiuHong Xiong*⁶ auf der chinesischen, *Manfred Nötzel*, *Ken Eckstein* und *Georg Gesk* auf der deutschen Seite in diese zweite Publikationsetappe (noch) nicht aufgenommen werden.

b) Als das vielleicht größte Hindernis für den deutsch-chinesischen Strafrechtsdiskurs hat sich auf beiden Symposien wie bei der Vorbereitung dieser Sonderausgabe das Übersetzungsproblem erwiesen, denn die lexikalischen Übertragungen, die von den GermanistikstudentInnen in China in sich mustergültig vorgenommen werden, bergen wegen des unterschiedlichen kulturellen und historischen Horizontes

¹ Während der meist im gleichen Atemzuge erhobene und sei es aus Ignoranz, sei es wider besseres Wissen auch von deutschen Autoren nachgebetete Vorwurf, sie würde priestergleich wie ein Gral gehütet, nicht nur für die jüngsten 50 Jahre mit ihrer unablässig entfalteten Streitkultur besonders deplatziert, sondern auch als Bild völlig misslungen ist, weil der Gral gerade nicht exportiert, sondern nur in Monsalvat gelegentlich enthüllt wird.

² Die im Zeichen der Auseinandersetzung zwischen den „Traditionalisten“, die an dem aus dem sowjetischen Strafrecht übernommenen, deskriptiven Vierfelder-System (Subjekt der Straftat, subjektive Seite, Objekt der Straftat, objektive Seite) festhalten, und den eine Übernahme des deutschen Systems propagierenden „Progressiven“ steht (siehe dazu *Chen Xingliang*, Straftatbestandstheorie: Eine Untersuchung der akademischen Entwicklungsgeschichte vom Vier-Elementen-System zum dreistufigen System Peking, 2010, S. 49 f. [in chinesischer Sprache]; *Schünemann*, in: Liang Genlin [Hrsg.], Forum on Contemporary Criminal Law Theory Vol. 1, 2016). Die Struktur des „Exportdialogs“ ist hier also vorgegeben, aber das bedeutet mitnichten Trivialität und Einseitigkeit: „Will ich Euch die Regeln lehren, sollt Ihr sie mir neu erklären“ (Sachs zu Walter von Stolzing in *Richard Wagners Meistersinger* von Nürnberg, 3. Aufzug, 2077 f.). Dementsprechend ist dieser Dialog bereits Gegenstand mehrerer deutsch-chinesischer Strafrechtslehrersymposien gewesen, dazu als deutsche Publikation Hilgendorf (Hrsg.), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 2013.

³ Davon habe ich mich bereits 2004 überzeugen können, als ich die damalige chinesische Strafverfahrensrechtsreformkommission bei einem einwöchigen Seminar in München von den Nachteilen des adversatorischen Modells zu überzeugen versuchte. Zu der auf den Arbeiten dieser Kommission beruhenden chinesischen Strafverfahrensreform von 2012 instruktiv *J. Herrmann*, Peking University Law Journal 1 (2013), 164 (in englischer Sprache).

⁴ Dazu Hilgendorf/Schünemann/Schuster (Hrsg.), Verwirklichung und Bewahrung des Rechtsstaats, 2018.

⁵ Dazu grdl. *Chen Weidong*, Research on the System of Leniency Based on Peccavi, China Legal Science 2016 (2).

⁶ Im Text wird bei den chinesischen Namen der Vor- vor den Familiennamen gestellt, während in den Fußnoten die chinesische, umgekehrte Reihenfolge gilt.

weit größere Missverständnisgefahren, als wir sie aus der traditionellen Rechtsvergleichung gewohnt sind. Zum Glück ist die Zahl der in Deutschland promovierenden oder promovierten chinesischen „Postgraduates“ mittlerweile so groß,⁷ dass das interkulturelle Verständnis mit ihrer Hilfe fehlerfrei gelingen kann. Das gilt auch für die chinesischen Beiträge in dieser Ausgabe, für deren korrekte Wiedergabe ich die Verantwortung trage, die ich aber nur wegen der unermüdlichen Hilfsbereitschaft meiner Doktorandin *Chang Liu* und ihres einzigartigen Verständnisses sowohl der chinesischen als auch der deutschen Strafverfahrenskultur zu übernehmen vermocht habe.

3. a) Seitdem sich China für eine Modernisierung seines Wirtschaftssystems im westlichen Sinne entschieden hat, hat es auch am Aufbau einer modernen Rechtsordnung gearbeitet und dabei seinen Blick nicht nur auf das jeweils fortschrittlichste Rechtssystem, sondern auch auf die jeweils ausgereifteste und ausgefeilteste Rechtswissenschaft gerichtet. Dass es sich hierbei im Strafrecht um die deutsche handelt, entspricht allen modischen Kritikern zum Trotz einer weitverbreiteten Einschätzung, weshalb der strafrechtswissenschaftliche Dialog zwischen Deutschland und China seit längerer Zeit blüht und gedeiht. Auf dem Gebiet des Strafverfahrensrechts ist die Situation dagegen weitaus weniger klar, weil das US-amerikanische Prozessmodell in den letzten Jahrzehnten international äußerst einflussreich geworden ist und weil darin vielfach der Idealtyp eines die Werte des demokratischen Rechtsstaats optimal realisierenden adversatorischen Verfahrens, das deutsche Verfahren dagegen als Überbleibsel des den Obrigkeitsstaat kennzeichnenden Inquisitionsprozesses gesehen und die gemischt kontradiktorische Struktur seiner reformierten Hauptverhandlung gerne übersehen wird. Nachdem diesbezügliche Missverständnisse bereits 2016 in Würzburg ausgeräumt werden konnten, ging es im allgemeinen Teil des Symposiums in Peking um die Auslotung der Anforderungen, die das auch in China unbestrittene Bekenntnis zur Etablierung eines fairen Verfahrens an dessen Ausgestaltung de lege lata et ferenda richtet, während der besondere Teil den in China derzeit nicht anders als nach wie vor bei uns im Zentrum der Auseinandersetzung stehenden Urteilsabreden gewidmet wurde.

b) Wie die ökonomische Entwicklung des heutigen China kann auch diejenige seines Strafprozessrechts als ein extrem verdichteter Nachvollzug der europäischen Entwicklung begriffen werden. Wie die allgemeinen chinesischen Beiträge in GA 2018 Heft 4 und der nachfolgend publizierte Beitrag von *Changyong Sun* zeigen, besteht die eine dominierende Entwicklungsrichtung darin, den traditionellen, weitgehend von der Polizei dominierten Strafprozess in den in Deutsch-

land im 19. Jahrhundert etablierten reformierten Strafprozess zu verwandeln, dessen Kernstück in der von den Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit beherrschten Hauptverhandlung besteht. Gleichzeitig soll für die große Mehrheit der Verfahren ein deutlich an das amerikanische plea bargaining angelehntes Abspracheverfahren eingeführt werden, das bei einer traditionellen Geständnisquote von 85 % vor allem eine Formalisierung der bisherigen Praxis und einen verstärkten Zugriff der Justiz bringen soll. Besonderes Augenmerk wird dabei auf die Prüfung der Freiwilligkeit der Unterwerfungserklärung des Angeklagten gelegt, deren dogmatische Qualifikation allerdings, wie die hier abgedruckten Beiträge zeigen, den chinesischen Prozessualisten erhebliches Kopfzerbrechen bereitet und letztlich nur durch einen windigen Formelkompromiss (scheinbar) bewältigt werden kann. In dieser Hinsicht wäre aber deutscher Hochmut wahrlich fehl am Platze. Denn die außerhalb archaisch-akephaler Gesellschaften analytisch zwingende Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, Zivilprozess und Strafprozess schließt im Strafverfahren die nur unter Geltung der Privatautonomie konstruierbare Verfügung über den Prozessgegenstand durch ein „guilty plea“ aus, während ein im Rahmen einer „Verständigung“ abgesprochenes Geständnis als Beweismittel für sich allein wertlos ist und deshalb in einem die Ermittlung der materiellen Wahrheit durch den Richter fordernden inquisitorischen Prozess nur unter Zuhilfenahme des gesamten Akteninhalts zu tragen vermöchte, was nun aber wiederum nur nach dem traditionellen chinesischen Prozessmodell, nicht aber nach der deutschen Strafprozessordnung in Betracht käme.⁸ Der Dialog mit China löst deshalb zwangsläufig einen Weckruf in dem dogmatischen Schlummer aus, der der deutschen Absprachendiskussion nach der Entscheidung BVerfGE 133, 168 seit fünf Jahren genahnt zu sein scheint und dem sich, bevor er die Beiträge von *Thomas Rönnau* und *René Börner* gesehen, kein redlicher Diskussionssteilnehmer erneut hingeben kann.

4. a) Ob das chinesische „Pilotprogramm für die Reform der Strafmilderung beim Schuldgeständnis“, das in den nachfolgenden Beiträgen ausführlich geschildert wird, einen Ausweg aus diesem Dilemma weisen wird, muss deshalb bezweifelt werden. Denn die darin im Zentrum stehende Prüfung der Freiwilligkeit der Unterwerfung des Angeklagten übersieht ja das strukturelle Problem, dass das Angebot der Strafmilderung die Inaussichtstellung einer weit schärferen Strafe für den Fall eines in der Hauptverhandlung zu erbringenden Schuldnachweises, also bei Wahrnehmung der dem Angeklagten verbürgten Rechte, zur Kehrseite hat, so dass

⁷ Mit den beiden herausragenden „Quellbezirken“ der CUPL in Peking und der „Nanjing Universität“, wo es jeweils deutsch-chinesische Institute für Recht(-swissenschaft) gibt, aber auch vielen weiteren, z.B. an der Peking-Universität mit ihrem Deutschland-Center, der Tongji-Universität in Shanghai und der Renmin-Universität von China, die gemeinsam mit der LMU München den ersten Doppelpromotionsstudiengang für chinesisches und deutsches Recht eingerichtet hat.

⁸ Dies zeigt sich besonders deutlich an der dadurch bewirkten vollständigen Marginalisierung der Schöffen im deutschen Verständigungsverfahren, die anders als die Berufsrichter nicht nur de jure, sondern auch de facto die in Wahrheit das abgesprochene Urteil allein tragende Krücke der Verfahrensakten nicht zur Verfügung haben (siehe *Rönnau*, ZIS 2018, 167, und bereits *Schünemann*, in: Zöllner/Hilger/Küper/Roxin [Hrsg.], Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, 2013, S. 1107 [1123 f.]).

sämtliche Absprachenmodelle, nenne man sie offen plea bargaining wie in den USA oder euphemistisch Verständigung wie in § 257c StPO, auf eine strukturelle Geständniserschließung hinauslaufen. Das BVerfG hat die Tolerierbarkeit der Absprachen dadurch sicherzustellen versucht, dass es in seiner Grundsatzentscheidung vom 19.3.2013 hohe Hürden für die angebliche „Transparenz“ des Abspracheverfahrens errichtet und beispielsweise verlangt hat, dass der Hergang der Vorgespräche über die Urteilsabsprache in den Akten oder im Hauptverhandlungsprotokoll verzeichnet werden muss, was mittlerweile vom BGH in äußerst rigoroser Weise praktiziert wird.⁹ Diese Transparenzforderung ist aber nicht nur kein geeignetes Heilmittel, sondern privilegiert geradezu eine arglistige Verteidigung. Denn wenn die Verteidigung institutionell zu schwach ist, um die inhaltliche Richtigkeit der Ermittlungsergebnisse zuverlässig zu überprüfen, nützt ihr die Transparenz bei der letztlich auf eine Geständnisabnötigung hinauslaufenden Abspracheverhandlung überhaupt nichts, sondern erzwingt nur eine euphemistische Camouflage, quasi einen rituellen Jargon der Dealverhandlung, in dem sich die harte Alternative „Geständnis oder strengere Strafe“ als Subtext verbirgt. Obwohl die Verteidigung durch formelle Fehler bei der Transparenz in Wahrheit gar nicht betroffen ist (sie hat ja den Hergang direkt miterlebt, während die Öffentlichkeit durch die Gestattung heimlicher „Vorgespräche“ von der effektiven Entscheidungsfindung ebenso ausgesperrt wird wie der daran nicht beteiligte Angeklagte, so dass die nachträgliche Ablaufschilderung nur eine Scheinkautel bildet), bekommt sie vom BGH die unverdiente Chance, nach einer die formellen Fallstricke ausnutzenden Revision mit dem Verbot der *reformatio in peius* (§ 358 Abs. 2 StPO) im Rücken die ausgehandelte Strafmilderung in der neuen Hauptverhandlung nochmals zu steigern. *Difficile est, satiram non scribere*.

b) Auch wenn also die Tauglichkeit des chinesischen „Pilotprogramms“ auf Bedenken stößt und auch wenn abzuwarten bleibt, ob eine vom Zentralkomitee der Kommunistischen Partei beschlossene Erprobung zu einem negativen Ergebnis führen kann, verdienen der Reformwille und die Erprobungsbereitschaft der in die Pläne und Arbeiten eingebundenen chinesischen Staatsorgane ebenso hohen Respekt wie das Engagement und die Kritikfähigkeit der chinesischen Strafprozessualisten, im Unterschied zu einer deutschen Reformpolitik, die sich seit geraumer Zeit außerhalb zunehmender Verpolizeilichung durch Saumseligkeit und Konzeptionslosigkeit „auszeichnete“¹⁰ und zuletzt weitgehend in populistischen Twiternachrichten erschöpfte.

⁹ BVerfGE 133, 168 (214 ff.); BGH StV 2018, 1, 3, 5, 6, 11, 13.

¹⁰ Woran auch die Vorschläge der vom Justizministerium eingesetzten Expertenkommission nichts änderten, siehe *Schünemann*, *StraFo* 2016, 45.