

Der Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess*

Von Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Kiel

I. Die Entwicklung zum Verständigungsgesetz

Im Strafverteidiger erschien in der November-Ausgabe des Jahres 1982 – vor 30 Jahren also – ein Beitrag „Der strafprozessuale Vergleich“. Als Verfasser zeichnete ein Rechtsanwalt *Detlef Deal* aus Mauschelhausen verantwortlich. Hinter diesem Pseudonym verbarg sich das Redaktionsmitglied *Hans-Joachim Weider*, ein bekannter Strafverteidiger. Zu dem mit strafprozessualer Vergleich umschriebenen Deal schrieb *Weider* damals: „Fast jeder kennt ihn, fast jeder praktiziert ihn, nur keiner spricht darüber.“ Nach *Detlef Deal* aus Mauschelhausen spielen die Prozessbeteiligten „Hauptverhandlung in einem zum Schmierentheater degenerierten Strafprozess“. Vornehmer, aber nicht weniger deutlich hat die Situation der 3. Strafsenat des BGH in einem Vorlagebeschluss zum *Großen Strafsenat* im Jahr 2004¹ formuliert: „Der Senat ist weiterhin der Auffassung, dass die gerichtliche Praxis zunehmend Anlass zu der Besorgnis gibt, die Grundprinzipien des Strafprozesses seien gefährdet. Zwar gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Grenzen zulässiger Verständigung in der täglichen Praxis der Strafgerichte regelmäßig überschritten werden. Indes ist [...] der Bereich bedauerlicher Einzelfälle – quasi sporadischer ‚Ausreißer‘ – deutlich überschritten. Dabei kommt es auf eine genaue Quantifizierung ebenso wenig an wie auf eine Festlegung, ob die kritischen Fälle eher dadurch zu charakterisieren sind, dass zur Vermeidung eines längeren Prozesses für ein Geständnis des Angeklagten vom Gericht eine Strafe an oder unterhalb der Grenze des Schuldangemessenen angeboten wird, oder dass durch die Inaussichtstellung einer gravierenden Sanktion für den Fall des Bestreitens ein Geständnis des Angeklagten erlangt wird. Die Verstöße sind gleichermaßen geeignet, das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung und deren Vertrauen in die Strafgerichtsbarkeit zu zerstören. Aufgabe der obergerichtlichen Rechtsprechung muss es sein, dieses Vertrauen zu erhalten und gleichzeitig den Tatrichtern die Möglichkeit zu belassen, in offener Verhandlungsführung mit den Beteiligten über die Aussichten des Verfahrens zu sprechen. Der Einschätzung von *Rieß*, dass dies nur gelingen könne, ‚wenn der Unsitte, den Inhalt der Urteilsabsprache durch Verichtsvereinbarungen einer Rechtsmittelkontrolle zu entziehen, nachdrücklich und wirksam begegnet wird‘, kann der Senat dem Inhalt nach nur beitreten.“

Der *Große Strafsenat* hat in seiner Entscheidung im Hinblick auf den Vorlagebeschluss im Jahr 2005² wie folgt entschieden:

„Die Urteilsabsprache bewegt sich [...] in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten. Die Strafprozessordnung in ihrer geltenden Form ist jedoch am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert, die vom Gericht in der Hauptver-

handlung von Amts wegen zu ermitteln und der Disposition der Verfahrensbeteiligten weitgehend entzogen ist. Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, Urteilsabsprachen, wie sie in der Praxis inzwischen in großem Umfang üblich sind, im Wege systemimmanenter Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder – wie die vorstehende Lösung zeigt – unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, können daher nur unvollkommen gelingen und führen stets von neuem an die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm – auch von Verfassungen wegen – ein beachtlicher Spielraum zu.“

Der Gesetzgeber hat versucht, den Vorgaben der höchstgerichtlichen Rechtsprechung entsprechend einen Kompromiss zwischen den offensichtlichen Praxisbelangen und den traditionellen Verfahrensprinzipien zu erzielen. Dies ist mit dem Verständigungsgesetz vom 4.8.2009³ in den §§ 257b, 257c StPO geschehen, wobei – wichtig – § 302 Abs. 1 S. 2 StPO hinzukommt. Die Eckpunkte dieser gesetzlichen Regelung sind folgende:

- Der kontradiktorische Prozess mit den Grundsätzen der Amtsaufklärungspflicht und der schuldangemessenen Sanktionierung soll im Unterschied zu einem konsensualen Verfahren grundsätzlich beibehalten werden.
- Eine Verständigung ist „in geeigneten Fällen“ zulässig über die Rechtsfolgen mit Ausnahme der Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie über verfahrensbezogene Maßnahmen wie z.B. U-Haft sowie über das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten, z.B. Stellung von Beweisansprüchen (§ 257c Abs. 2 S. 1, 3 StPO).
- Eine Verständigung über den Schuldspruch ist nicht erlaubt (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO).
- Grundlage soll ein Geständnis sein (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO).
- Publizität und Transparenz sollen hergestellt werden (§§ 160b S. 2, 202a S. 2, 243 Abs. 4, 267 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2, 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO).
- Bei rechtlichen und tatsächlichen Abweichungen von den Verständigungsgrundlagen besteht keine Bindungswirkung (§ 257c Abs. 4 StPO); hierauf ist der Angeklagte hinzuweisen (257c Abs. 5 StPO).
- Ein Rechtsmittelverzicht ist ausgeschlossen (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO).

Im Jahr 2010 hat sich der 68. Deutsche Juristentag in seiner strafrechtlichen Abteilung dieses Themas angenommen und eine erste Bewertung des Verständigungsgesetzes vorgenom-

* Modifizierte Fassung der am 14.2.2013 gehaltenen Abschlussvorlesung.

¹ BGH NJW 2004, 2536.

² BGH NJW 2005, 1440.

³ BGBI. I 2009, S. 2353.

men: „grundsätzlich akzeptabel“, aber im Detail korrekturbedürftig. So wurden ein qualifiziertes Geständnis als Voraussetzung für eine Verständigung sowie das Verbot der Rücknahme eines eingelegten Rechtsmittels innerhalb der Rechtsmittelfrist gefordert.⁴ Das Bundesverfassungsgericht hat zwischenzeitlich mit dem Urteil vom 19.3.2013 die Abspracheregelung grundsätzlich gebilligt.⁵

Zur Bewertung später mehr. Bereits an dieser Stelle sei angemerkt, dass die Herausnahme der Maßregeln der Besserung und Sicherung aus einer Verständigung schwer nachvollziehbar ist: Die Maßregeln werden gerade nicht durch den Schuldgrundsatz (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) bestimmt, sondern durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip (§ 62 StGB), d.h. hier erscheint ein Handel von Tatzurechnung und Prävention am ehesten erlaubt.

II. Die Ziele des klassischen Strafprozesses

Der klassische Strafprozess ist, wie es in der Entscheidung des *Großen Strafsenats* heißt, am Leitbild der materiellen Wahrheit orientiert. Diese soll ausgehend von der Unschuldsvermutung des Angeklagten in einem kontradiktorischen Verfahren, in der Auseinandersetzung von Anklage und Verteidigung, in der Abwägung der gegen den Angeklagten und für ihn sprechenden Tatsachen sowie Indizien gefunden werden. Für diese Wahrheitsfindung gilt unabhängig vom Vortrag und Beweisanträgen von Seiten der Staatsanwaltschaft sowie der Verteidigung der Amtsermittlungsgrundsatz des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO).

Die Ziele des Strafverfahrens sind nochmals schematisch in *Abbildung 1* (S. 179) dargestellt.

Es geht zunächst um die Beantwortung der Schuldfrage: Hat der Angeklagte die ihm in der Anklageschrift entsprechend dem Eröffnungsbeschluss vorgeworfenen Straftaten begangen? Sodann geht es um die Beantwortung der Straffrage, um die Festsetzung der Strafen mit Einschluss der Maßregeln der Besserung und Sicherung: Wenn der Angeklagte schuldig ist, welche Strafe soll er erhalten. Hierbei geht es entsprechend den Strafzielen um Schuldausgleich, Vergeltung, Individual- und Generalprävention, es geht um Gerechtigkeitsverwirklichung.

Das BVerfG hat dies so formuliert: „Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die – allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten – versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungen wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des

Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldausgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet.“⁶

Diese Formulierung einer Vereinigungstheorie erscheint auf den ersten Blick salomonisch, auf den zweiten Blick aber wenig hilfreich, da zu unbestimmt. Die Strafzwecke werden nicht gewichtet, sondern nur addiert (additive Vereinigungstheorie). Damit wird jedem Rechtsanwender ermöglicht, *seine* Strafzwecke durchzusetzen (die dialektische Vereinigungstheorie versucht, dem entgegenzusteuern). Die Offenheit der Strafzwecke setzt sich fort in der „Spielraumtheorie“ bei der Strafzumessung.

Nur im Jugendstrafrecht ist die Zielsetzung eindeutig(er) mit § 2 Abs. 1 JGG definiert.

Das dritte Strafziel des Strafprozesses ist neben der vorrangigen Wahrheitsermittlung und Gerechtigkeitsverwirklichung die positive Generalprävention, d.h. die Bestätigung der Rechtsordnung, letztlich geht es hier um den Rechtsfrieden.

Auch der rechtstreue Bürger, der nicht unmittelbar durch die Straftat betroffen ist, nicht unmittelbar Verletzungen oder Schäden erleidet, wird durch eine Straftat tangiert. Sein Vertrauen in die Rechtsordnung kann beeinträchtigt werden. Er selbst bemüht sich, rechtstreu zu sein, sieht aber, dass andere sich rechtsuntreu verhalten, sieht, dass andere Vorteile aus illegalem Verhalten ziehen. Wer „brav“ seine Steuern zahlt, aber aus den Medien von massenhaften Steuerhinterziehungen erfährt, gerät in die Versuchung der Nachahmung. Die Erwartungen des Bürgers werden durch Straftaten anderer enttäuscht. Das gilt erst recht für die Opfer von Straftaten. Das Verfahren, das aufgrund dieser Enttäuschung einsetzt, das korrigierende Strafverfahren, dient der Kompensation dieser Enttäuschungen. Das Verfahren hat so eine friedensstiftende Funktion.

Es geht im klassischen Strafprozess also um Wahrheit und Gerechtigkeit und indirekt um Rechtsfrieden. Diese hehren Ziele müssen hinterfragt werden. Wenn die Bürger wüssten, wie viele Straftaten den Strafverfolgungsbehörden gar nicht bekannt werden, weil sie nicht angezeigt, nicht ermittelt werden, wäre die Herstellung des Rechtsfriedens durch Strafverfahren in den bekannt gewordenen Fällen von Straftaten ein fast unmögliches Unternehmen. Wenn sie zusätzlich wüssten, dass von den bekannt gewordenen Straftaten ca. 45 % eingestellt werden müssen, weil kein Tatverdächtiger ermittelt wurde oder weil die Beweise für eine Anklageerhebung nicht ausreichen, würden die Bürger erst recht am Rechtsstaat verzweifeln. Der Sozialwissenschaftler *Popitz* spricht deshalb von der Präventivwirkung des Nichtwissens: „Die Strafe kann ihre soziale Wirksamkeit nur bewahren, solange die Mehrheit nicht bekommt, was sie verdient.“⁷ Darüber hinaus gibt es Grenzen der Wahrheitserforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung. Die Wahrheitsforschung ist nicht absolut angelegt.

⁴ Im Internet abrufbar unter

http://www.djt.de/fileadmin/downloads/68/68_djt_beschluess_e.pdf (3.4.2013); veröffentlicht auch in StV 2011, 55 (56); s.a. die Ergebnisse des 35. Strafverteidigertages = StV 2011, 321.

⁵ S. hierzu Fn. 24.

⁶ BVerfGE 45, 187 (253).

⁷ *Popitz*, Über die Präventivwirkung des Nichtwissens, Dunkelziffer, Norm und Strafe, 1968, S. 20.

III. Grenzen der Wahrheitsforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung⁸

1. Entscheidungszwang in der Praxis

Die erste Einengung des Wahrheitsstrebens erfolgt durch die Vorgabe der Notwendigkeit einer Entscheidung. Nicht allgemein Gerechtigkeit, sondern die gerechte Entscheidung ist das Ziel. Nicht ohne Grund bilden Entschlusskraft und Entscheidungsfreudigkeit wesentliche Beurteilungskriterien für Richter und Staatsanwälte. In der Praxis wird verlangt, dass eine Konfliktsituation, die nicht selten in einem jahrelangen Prozess entstanden ist, von wenigen Personen in einer limitierten Zeit erfasst und verstanden wird. Soweit dies überhaupt möglich ist, werden die Verfahrensziele zusätzlich durch Arbeitsüberlastung und Zeitbedrängnis eingeschränkt. Praktikabilitätsgründe, wozu auch Kostengesichtspunkte zählen, bereiten oftmals dem Suchen nach Wahrheit und Gerechtigkeit vorzeitig ein Ende.

2. Rechtsstaatliche Grenzen

Rechtsstaatliche Grenzen stehen als zweites einer unbegrenzten Wahrheitsforschung entgegen. Hierzu sind die verbotenen Vernehmungsmethoden des § 136a StPO zu rechnen, die sich auf die Unantastbarkeit der Menschenwürde und den Schutz der Persönlichkeit (Art. 1 und 2 GG) stützen. Die Unschuldsvermutung für den Beschuldigten, festgeschrieben in Art. 6 Abs. 2 EMRK, führt nicht nur dazu, dass bei nicht aufklärbaren Zweifeln der für den Beschuldigten günstigere Sachverhalt als wahr angenommen wird, sondern dieses Prinzip bestimmt auch den Weg der Ermittlungstätigkeit. Diese muss immer in der Art und Weise erfolgen, dass sich als mögliches Ergebnis die Unschuld des Beschuldigten zeigt. Die Wahrheitssuche wird weiterhin eingeengt durch das Prinzip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung, durch die begrenzte Zahl der Beweismittel. Der Revisionsrichter muss eine fiktive Wahrheit unterstellen, auch wenn er die Unrichtigkeit erkennt. Da auch diese prozessualen Regelungen ein Ausfluss des Gerechtigkeitsprinzips sind, zeigt sich ein Zielkonflikt zwischen Wahrheitserforschung und Gerechtigkeitsverwirklichung. Dieser ist allgemein zugunsten des Gerechtigkeitsprinzips entschieden, so dass die Zieldefinition lautet: die gerechte, nach rechtsstaatlichen Grundsätzen beweisbare Entscheidung. Es geht also nicht um die „reine“ Wahrheit, sondern um eine prozessuale Wahrheit. Auch für den zweiten Bereich strafrichterlicher Tätigkeit, die Strafzumessung oder Sanktionsanordnung, gibt es rechtsstaatliche Grenzen. So muss die Persönlichkeitserforschung z.B. mithilfe von Gutachtern für die Prognoseentscheidung immer im Verhältnis zur Tat und der damit indizierten Gefährlichkeit des Täters stehen.

3. Tatsächliche Grenzen

Ein z.T. sehr lang zurückliegendes Ereignis soll in der Hauptverhandlung realitätsgetreu abgebildet werden. Schon die ursprüngliche Wahrnehmung des Tatereignisses durch Zeugen entspricht nicht immer der Realität. Wahrnehmungstäuschun-

gen und schlussfolgernde Rekonstruktionen eines tödlich verlaufenen Verkehrsunfalls sind keine Seltenheit. Dies gilt insbesondere für Personen, die an der Tat beteiligt sind. Es folgt die Zeit der Bewahrung des Tatereignisses im Gedächtnis, realistischer ausgedrückt des Vergessens des Tatereignisses. Hinzu treten Verzerrungen durch Verarbeitung von Tatfolgen. Hierzu tragen bei

- die Kommunikation über Tat und Täter mit Partnern, Familienangehörigen, Freunden und anderen Tatbetroffenen,
- Hilfe und Therapie durch Ärzte, Seelsorger, Therapeuten,
- die Berichterstattung und Kommentierung in den Medien.

Schließlich muss das noch realitätsbezogen im Gedächtnis Bewahrte im Prozess so eingebracht werden, dass es von den juristischen Verfahrensbeteiligten verstanden wird. Ausdrucksschwierigkeiten, psychische Hemmungen gegenüber den „Robenträgern“ und die juristische Fachsprache können die richtige Darstellung bzw. Wahrnehmung beeinträchtigen bzw. verhindern. Bei streitigen Kausalketten sind auch die Sachverständigen nicht immer in der Lage, eindeutige Beweise zu liefern. Der Gesetzgeber hat diese Unsicherheiten erkannt und reduziert die Beweiswürdigung letztlich auf die subjektive Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO).

4. Strafrechtsdogmatische Verkürzungen bzw. Verallgemeinerungen

Die Einteilung von Angeklagten in normale Schuldfähige, verminderte Schuldfähige und Schuldunfähige auf der Grundlage eines veralteten psychologisch-psychiatrischen Verständnisses („schwere seelische Abartigkeit“ – § 20 StGB) reduziert die geistig-psychische Situation von Menschen. Gutachter tun sich immer wieder schwer, diese normative Reduktion von menschlicher Komplexität nachzuvollziehen. Ebenso wird die geistig-psychische Einstellung zur Tat mit den Schablonen von Vorsatz und Fahrlässigkeit verkürzt, auch wenn hier weitere Differenzierungen in *dolus directus* 1. und 2. Grades, in *Eventualvorsatz* sowie in bewusste und unbewusste Fahrlässigkeit erfolgen. Hinzu kommt, dass auf innere Einstellungen häufig nur indiziell geschlossen werden kann. Welcher Beschuldigte räumt schon ein, dass er den Erfolg billigend in Kauf genommen hat? Tatbestandsvoraussetzungen wie Gewalt in § 240 Abs. 1 StGB sowie öffentlicher Friede in § 130 StGB können nur mit großen juristischen Anstrengungen so für eine Subsumtion konkretisiert werden, dass sie noch dem Bestimmtheitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG genügen.

5. Prognostische Probleme

Zur Beantwortung der Straffrage sind im Rahmen der so genannten Straftheorien für die Spezial- und Generalprävention Prognosen anzustellen: Gefährlichkeitsprognose für den Straftäter, Sanktionsprognose hinsichtlich der Wirkung der Sanktion zur Behebung der angezeigten Gefährlichkeit, Wirkungsprognose hinsichtlich von generalpräventiver Abschreckung und Normbestätigung. Abgesehen davon, dass derartige Prognosen, weil in die Zukunft gerichtet, immer mit Unsicherheitsfaktoren verknüpft sind, fehlen vielfach die tatsächlichen

⁸ S. bereits Ostendorf, Strafprozessrecht, 2012, Rn. 14 ff.

Grundlagen für die Erstellung einer solchen Prognose. Dies gilt insbesondere für die Feststellung negativ-generalpräventiver Wirkungen von Straftaten und der Notwendigkeit positiv-general-präventiver Sanktionen. Vor allem sind die juristischen Entscheider für derartige Prognosen in der Regel fachlich nicht ausgebildet, infolgedessen sie vielfach wiederum Zuflucht zu den absoluten Straftheorien nehmen.

Der Wahrheits- und Gerechtigkeitsanspruch im Strafprozess muss somit erheblich relativiert werden. Der hehre Anspruch der Verfahrensziele ist damit in die Alltagswirklichkeit zurückgeholt. Dem klassischen Wahrheitsbegriff in der Formulierung des *Aristoteles*: *adaequatio rei et intellectus* (Gleichheit von Sache und Geist) steht der juristische, systemfunktionale Wahrheitsbegriff mit einem begrenzten Gerechtigkeitsziel gegenüber.

IV. Strafprozessökonomie in der Praxis

Diese faktischen und rechtlichen Grenzen spiegeln sich in verschiedenen Erledigungsformen des Strafprozesses wider.

Die Staatsanwaltschaft kann zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens folgende Entscheidungen treffen:

1. Abschluss des Ermittlungsverfahrens

- Anklageerhebung (§ 170 Abs. 1 StPO)
- Einstellung aus zwingenden Gründen (§ 170 Abs. 2 S. 1 StPO)
- Einstellung aus Opportunitätsgründen (§§ 153 ff. StPO, § 45 JGG)
- Verweisung auf die Privatklage (§ 376 StPO)

2. Anklageerhebung

- Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung (§ 199 Abs. 2 StPO)
- Strafbefehlsantrag (§§ 407 ff. StPO)
- Antrag im beschleunigten Verfahren (§§ 417 ff. StPO) bzw. im vereinfachten Jugendverfahren (§§ 76-78 JGG).

In der Praxis sieht dies wie in *Abbildung 2* (S. 179) und *Abbildung 3* (S. 180) dargestellt aus.

Die 3 %-Erledigungen in *Abbildung 3* durch Strafbefehl sind nicht die Erledigungen des Ermittlungsverfahrens nach Beantragung eines Strafbefehls durch die Staatsanwaltschaft, sondern Strafbefehlserledigungen nach „normaler“ Anklageerhebung und Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn der Angeklagte nicht zur Hauptverhandlung erscheint (§ 408a StPO). Hierbei werden Opportunitätsentscheidungen gem. § 153a StPO keineswegs allein in Bagatellfällen getroffen. So wurde das Verfahren im sog. Mannesmann-Prozess gegen Ackermann und fünf Mitangeklagte gegen Zahlung von insgesamt 5,8 Mio. Euro gem. § 153a Abs. 2 StPO eingestellt.⁹ Dies kann man positiv als „prozessrechtliche Entkriminalisierung“ bewerten oder als „rechtsstaatliche Willkür“ kritisieren oder auch als „prozessökonomische Notwendigkeit“ hinnehmen. In jedem Fall wissen die Strafverfolgungsbehörden die Möglichkeiten der Prozessökonomie zu nutzen. Die Finanzminister

⁹ S. Kieler Nachrichten v. 30.11.2006.

und die gemeinnützigen Organisationen freuen sich über die Geldbußenzuweisungen.

Der Wandel vom klassischen Strafprozess ist somit nicht erst mit dem Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren eingetreten, er hat schon lange vorher eingesetzt:

- 1924 mit der Einführung des heutigen § 153 StPO sowie mit der Ausdehnung des § 154 StPO¹⁰
- 1964 mit der Einführung des § 154a StPO¹¹
- 1974 mit der Einführung des § 153a StPO¹²

Auch in dem bereits angesprochenen Strafbefehlsverfahren wird weitgehend auf die Wahrheitserforschung verzichtet.

Die Begründungen für dieses Verfahren lauten:

- 1. Wir tun dem Beschuldigten nur Gutes, indem wir darauf verzichten, ihn in einem öffentlichen Prozess bloßzustellen.
- 2. Er kann sich ja wehren, er kann Einspruch einlegen.
- 3. Aus prozessökonomischen Gründen sind wir gezwungen, diese Verfahrenserledigung zu wählen.

Dementsprechend werden von den Staatsanwaltschaften mehr Anträge auf Erlass eines Strafbefehls als Anklagen zu einer mündlichen Hauptverhandlung erhoben. Im Rahmen dieses Verfahrens sehen in der Regel weder ein Staatsanwalt noch ein Richter den Beschuldigten noch sprechen sie mit ihm. Bezeichnend sieht der Gesetzgeber in dem Strafbefehlsverfahren „eines der wichtigsten Institute der Strafprozessordnung zur ökonomischen Verfahrenserledigung“.¹³

Bevor ich zur abschließenden Bewertung der Verständigung im Strafverfahren komme, sozusagen dem Endpunkt, dem bisherigen Endpunkt in dem Wandel vom klassischen zum ökonomischen Strafprozess, ein Wort zur Kronzeugenregelung.

Die mit § 46b StGB animierte Ermittlungshilfe mit der Folge des Absehens von Strafe bzw. der Strafmilderung wird auch als „große“ Kronzeugenregelung bezeichnet: Der Täter als Zeuge der „Krone“, d.h. des Staates zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten. Diese Kronzeugenregelung wurde durch das 43. Strafrechtsänderungsgesetz vom 29.7.2009 eingefügt. Daneben gibt es „kleine“ Kronzeugenregelungen gem. §§ 129 Abs. 6 Nr. 2, 129a Abs. 7 StGB und § 31 BtMG. Die Regelung für die Geldwäsche in § 261 Abs. 10 StGB ging im Anwendungsbereich der neuen Kronzeugenregelung auf und wurde daher gestrichen. Diese Sanktionsbestimmungen gewinnen strafprozessual unmittelbar über § 153b StPO Bedeutung, da eine solche Ermittlungshilfe

¹⁰ Gem. Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege v. 4.1.1924 („Emminger Verordnung“) = RGBl. I 1924, S. 15.

¹¹ Gem. Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG v. 19.12.1964 = BGBl. I 1964, S. 1067.

¹² Gem. Einführungsgesetz zum StGB v. 2.3.1974 = BGBl. I 1974, S. 469.

¹³ So die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Rechtspflege“ v. 27.9.1991 = BT-Drs. 12/1217, S. 42.

bereits zur Einstellung des Verfahrens führen kann. Im Hinblick auf die Wahrheitsermittlung ist die Kronzeugenregelung nicht unproblematisch, da naturgemäß ein Täter, der in den „Genuss“ einer Strafmilderung oder eines Strafverzichts kommen kann, geneigt ist, Tatverantwortlichkeiten auf andere Tatbeteiligte abzuschieben. Hinzu tritt das Problem einer unvoreingenommenen Beweiswürdigung bei einem späteren Verfahren gegen die vom Kronzeugen belasteten Angeklagten, wenn ein Gericht, eventuell dasselbe Gericht, seinen Ausführungen bereits rechtskräftig Glauben geschenkt hat.

Zusätzlich zu den gesetzgeberischen Einschränkungen bei der Wahrheitssuche und Gerechtigkeitsverwirklichung hat der BGH¹⁴, bestätigt durch das BVerfG¹⁵, d.h. die Justiz als dritte Gewalt im Staate, diese Verfahrensziele hintangestellt, so bei der Entwicklung der sog. Fristenlösung, um mit einer Fristsetzung für die Stellung von Beweisanträgen die Ablehnung späterer Beweisanträge wegen Prozessverschleppung gem. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO zu erleichtern. Ob die Justiz hierzu legitimiert ist, ist in der Rechtswissenschaft höchst umstritten.¹⁶ Umgekehrt hat der BGH,¹⁷ ebenfalls bestätigt durch das BVerfG,¹⁸ die Protokollberichtigung mit der so genannten Rügeverkümmern bei einer Verfahrensrüge in der Revision – was für ein Unwort „Rügeverkümmern“ – im Interesse der materiellen Wahrheit gerechtfertigt. In Wahrheit geht es auch hier um die Interessen der Verfahrensökonomie, weil ohne Protokollberichtigung das Urteil in der Revision aufgehoben und erneut verhandelt werden müsste.

V. Das Verständigungsgesetz – eine Mogelpackung

Nun aber zur Bewertung der gesetzlichen Neuregelung zur Verständigung im Strafverfahren.

Urteilsabsprachen bringen in der Regel für den Angeklagten Vorteile: geringere Sanktionierung, Vermeidung einer längeren Hauptverhandlung mit entsprechenden Bloßstellungen und Abwertungen in der Öffentlichkeit, Abkürzung einer eventuellen U-Haft. Vorteile hat auch die Strafjustiz, die so die Arbeitsbelastung besser bewältigen kann. Es können aber auch Nachteile für den Angeklagten entstehen, wenn von Seiten der Staatsanwaltschaft und des Gerichts zunächst eine überhöhte Sanktionierung in den Raum gestellt wird, wodurch sich der Angeklagte „genötigt“ sieht, diese mit einem Geständnis und einer Urteilsabsprache abzuwehren. Es wird also mit einer überzogenen Strafandrohung, mit der Fortsetzung der Untersuchungshaft zunächst Druck auf den Angeklagten ausgeübt. Nach einer Befragung von 330 Richtern, Staatsanwälten und Verteidigern aus Nordrhein-Westfalen durch *Altenhain* ist mehr als die Hälfte der Verteidiger davon überzeugt, dass ihre Mandanten aufgrund der angedrohten höheren Strafe ein teilweises Falschgeständnis abgeben. Und die Richter gaben an, dass sie Geständnisse, wenn überhaupt, nur oberflächlich nach Aktenlage überprüfen.¹⁹ Unabhängig davon kann in der

Drucksituation ein voreiliges Einverständnis abgegeben, später aber nach Ablauf der Rechtsmittelfrist erst das Gewicht der Sanktionierung deutlich werden. Nachteile müssen hinsichtlich der Aufklärung der Tatvorwürfe („Wahrheitsermittlung“) und einer gerechten Sanktionierung befürchtet werden. Die Amtsaufklärungsmaxime (§ 244 Abs. 2 StPO) wird trotz formaler Weitergeltung (§ 257c Abs. 1 S. 2 StPO) aufgegeben, wenn nur noch das nicht überprüfbare bzw. überprüfte Geständnis Grundlage des Urteils ist. Dementsprechend kritisch bzw. zurückweisend sind vielfache Stimmen in der Rechtslehre. *Schünemann* sieht in dem Verständigungsgesetz „ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats“²⁰. Hinzu kommen Ungleichbehandlungen anderer Angeklagter sowie der Verdacht, dass gerade gut verteidigte Angeklagte, d.h. in der Praxis auch häufig finanziell gut betuchte Angeklagte vor Gericht „besser davorkommen“. Der Verdacht wird zusätzlich dadurch genährt, dass Urteilsabsprachen in Zwiegesprächen zwischen den Hauptbeteiligten angebahnt werden, häufig unter Ausschluss von Schöffen und regelmäßig unter Ausschluss des Verletzten, auch von Nebenklägern. Schließlich ist zu befürchten, dass der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts faktisch unterlaufen wird, indem die Beendigung der Rechtsmittelfrist einvernehmlich abgewartet wird. Ein Rechtsmittelverzicht kann auch wie folgt hergestellt werden: In der Entscheidung des *1. Strafsenats* des BGH vom 14.4.2010²¹ war die Angeklagte nach einer Verständigung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren ohne Bewährung verurteilt worden. Wie mit der Staatsanwaltschaft zuvor abgestimmt, legte der Pflichtverteidiger noch am Tag der Urteilsverkündung Revision gegen das Urteil ein, um diese anschließend keine Stunde später wieder zurückzunehmen. Innerhalb der Rechtsmittelfrist legitimierte sich dann ein neuer Wahlverteidiger und legte auf ausdrücklichen Wunsch der Angeklagten erneut Revision ein. Diese Revision wurde vom *Senat* als unzulässig verworfen, weil die erste Revision durch den Pflichtverteidiger wirksam zurückgenommen wurde. Die Unzulässigkeit gründet sich auf der ständigen Rechtsprechung des BGH, dass die Zurücknahme der Revision zum Verlust des Rechtsmittels führt.²²

Fazit: Das Verständigungsgesetz ist „ein fauler Kompromiss“ von Praxisbedürfnissen und Verfahrensprinzipien, der aus dogmatischer Sicht nicht befriedigen kann. Es ist eine „Mogelpackung“,²³ weil auf der einen Seite der Schuldpruch und damit die Wahrheitssuche nicht Gegenstand der Verständigung sein darf, auf der anderen Seite ein formales Geständnis, abgegeben mit dem Ziel einer milden Bestrafung, für die Verurteilung ausreichend ist. Auch bleibt abzuwarten, ob damit einer ausufernden Praxis Grenzen gesetzt werden. Die

¹⁴ BGH StV 2006, 113; BGH StV 2011, 646.

¹⁵ BVerfG StV 2010, 113; BVerfG NJW 2010, 1036.

¹⁶ S. die Nachweise bei *Ostendorf* (Fn. 8), Rn. 366.

¹⁷ BGHSt 51, 298 (310 f.).

¹⁸ BGH NJW 2009, 1469.

¹⁹ S. *Süddeutsche Zeitung* v. 2.11.2012.

²⁰ *Schünemann*, ZRP 2009, 104.

²¹ BGHSt 55, 82.

²² *Fischer* (ZRP 2010, 249 [250]) hat dieses Verfahren als einen „von Bauernschläue geprägten Trick“ geißelt.

²³ So *Heller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, No big deal?, 2012, S. 328.

das Gesetz vernichtende Kritik („So nicht“) muss sich allerdings fragen lassen: „Wie denn?“²⁴

VI. Auswirkungen von Entformalisierung für die Beantwortung der Straffrage

Hierbei sind auch die Auswirkungen auf das materielle Strafrecht für die Beantwortung der Straffrage zu bedenken.

Je mehr auf die Wahrheitsermittlung, d.h. auf die Schuld festgestellt wird, umso weniger kann die absolute Straftheorie des Schuldausgleichs verwirklicht werden.

Auch die negative Generalprävention, potenzielle andere Straftäter durch in öffentlichen Verhandlungen ausgeurteilte Strafen abzuschrecken, muss in einem ökonomischen Strafprozess mit Opportunitätseinstellungen, schriftlichen Verurteilungen (Strafbefehlen) und ausgehandelten Strafmilderungen leiden, wenn sie denn überhaupt funktioniert.

Die Individualprävention kann umgekehrt an Gewicht zunehmen, wenn Stigmatisierungseffekte vermieden und im Wege einer kooperativen Sanktionierung Schuldeinsicht und Strafakzeptanz vermittelt werden.

Für die positive Generalprävention, für die Bewährung der Rechtstreue, bleibt unverzichtbar, dass ein faires Verfahren – auch durch die Gewährung von Rechtsmitteln – durchgeführt wird und die Strafjustiz ihre „ökonomischen“ Entscheidungen der Öffentlichkeit gegenüber begründet. Wenn damit gleichzeitig medial angestachelte Strafbedürfnisse domestiziert werden, kann auch der ökonomische Strafprozess zur Wahrung der Strafkultur beitragen.

Hier werden denn auch weitere Begründungen für den Wandel in den strafprozessualen Entscheidungen zur Entformalisierung deutlich: Vermeidung von Stigmatisierung und ein Mehr an Prävention i.S.v. Individual- oder Spezialprävention. Im Jugendstrafrecht sind Vermeidung von Stigmatisierung und Förderung von Individualprävention sogar die tragenden Begründungen für die sog. Diversion gem. den §§ 45, 47 JGG.²⁵ Der Schuldgrundsatz bildet dann nur noch die Voraussetzung für eine Bestrafung und limitiert die Höhe der Bestra-

fung.²⁶ Die inhaltliche Ausfüllung der Sanktionierung erfolgt nach den Grundsätzen von Notwendigkeit, Geeignetheit und Angemessenheit, was zu einer „Wiedervereinigung“ von Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung, zu der Abkehr vom sog. zweispurigen Sanktionensystem und hin zu einem einheitlichen Sanktionensystem führt²⁷ – was in der Justizpraxis ohnehin weitgehend so gehandhabt und mit dem Vikariierungssystem (§ 67 StGB) und im Jugendstrafrecht noch weitgehend mit § 5 Abs. 3 JGG für freiheitsentziehende Sanktionen auch theoretisch angelegt ist.

VII. Stattdessen: Schuldinterlokut und kooperative Sanktionierung

Eindeutige Feststellung von Tatschuld als Voraussetzung und Limitierung von Sanktionierung bzw. eindeutiger schuldunabhängiger Tatnachweis unabhängig von inhaltlicher Konkretisierung der Sanktionen (Strafen und Maßregeln) lässt sich mit dem „Schuldinterlokut“ praktizieren. Und dann kann anschließend im zweiten Teil der Hauptverhandlung auch eine kooperative Sanktionierung angesteuert werden.

Kooperative Sanktionierung ist etwas anderes als die Verständigung im Strafprozess gem. § 257c StPO, wo es primär um die Abkürzung des Verfahrens, um die Verfahrensökonomie geht.²⁸

Kooperative Sanktionierung will den Beschuldigten/Angeklagten einbinden in die Sanktionierung, will Unrechtseinsicht und Sanktionsakzeptanz vermitteln und fördern, insbes. im Jugendstrafrecht bei helfenden/betreuenden Sanktionen wie bei der Betreuungsweisung, dem sozialen Trainingskurs und dem Täter-Opfer-Ausgleich – ich nenne das „emanzipative Resozialisierung“.²⁹ Die Subjekttrolle des Angeklagten im Strafprozess bedeutet auch, ihn im Rahmen der Sanktionierung ernst zu nehmen, als Subjekt einzubeziehen.

Der Täter-Opfer-Ausgleich ist auch Ziel im Erwachsenenstrafrecht. Gem. § 155a StPO sollen Staatsanwaltschaft und Gericht in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeiten prüfen, einen Ausgleich zwischen Beschuldigten und Verletzten zu erreichen. In geeigneten Fällen sollen sie darauf hinweisen. Gem. § 46a StGB kann nach Durchführung des Täter-Opfer-Ausgleichs die Strafe gemildert oder sogar auf Strafe verzichtet werden. Bei Weisungen und Auflagen in der Bewährung hat der Gesetzgeber sowohl im Erwachsenen- wie im Jugendstrafrecht dem aktiven Anerbieten, d.h. Zusagen des Verurteilten einen Vorrang eingeräumt (§§ 56b Abs. 3, 56c Abs. 4 StGB, § 23 Abs. 2 JGG). Für die kooperative Sanktionierung ist das sog. Schuldinterlokut, ein vorläufiges Zwischenfazit nach der Beweiserhebung über die Schuld, über die Straftaten, mit entsprechender rechtlicher Bewertung hilfreich. Auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Regelung

²⁴ Mittlerweile hat das BVerfG (Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10; s. dazu *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 [in dieser Ausgabe]) die gesetzliche Abspracheregulation aus verfassungsrechtlicher Sicht gebilligt („noch nicht verfassungswidrig“). Angesichts der im Verfahren festgestellten Überschreitungen der gesetzlichen Regeln („der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes“) hat es aber gefordert:

- Zur Einhaltung des Schuldprinzips darf sich das Gericht nicht mit einem formalen Geständnis zufriedengeben. Es muss ein Geständnis ernsthaft auf seine Glaubhaftigkeit überprüfen.
- Zur Einhaltung des Rechtsstaatsprinzips muss das gesetzliche Transparenzgebot eingehalten werden, um geheime Absprachen zu verhindern. Zu diesem Zweck ist der Ablauf der Verständigungsabsprache im Protokoll der Hauptverhandlung zu dokumentieren – zur Vermeidung einer Falschbeurkundung im Amt.

²⁵ S. *Ostendorf*, Jugendstrafrecht, 7. Aufl. 2013, Rn. 96.

²⁶ S. *Ostendorf*, Jugendgerichtsgesetz, Kommentar, 9. Aufl. 2013, § 5 Rn. 2 ff.

²⁷ S. *Ostendorf* (Fn. 25), Rn. 51.

²⁸ S. bereits *Ostendorf* (Fn. 25), Rn. 52.

²⁹ S. *Ostendorf*, in: Beulke/Lüderssen/Popp/Wittig (Hrsg.), Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, Symposium für Bernhard Haffke zum 65. Geburtstag, 28./29. März 2009, Universität Passau, 2009, S. 70.

kann dies nach entsprechender Information der Verfahrensbe- teiligten von den Gerichten praktiziert werden. Dass dies bei unbedingten Freiheitsstrafen nur sehr begrenzt möglich ist, ist allerdings selbstverständlich, weil insoweit eine Kooperation des Angeklagten nicht zu erwarten ist. Aber Freiheitsstrafen ohne Bewährung werden im Erwachsenenstrafrecht, wenn es zur Verurteilung kommt nur in ca. 6 % der Verurteilten, im Jugendstrafrecht zu ca. 4,5 % der Verurteilten ausgesprochen. Eine kooperative Sanktionierung kann auch der Prozessöko- nomie dienen, weil damit die Neigung, Rechtsmittel einzulegen, deutlich gedämmt wird. Dies zeigt nochmals das Gewicht der Verfahrensökonomie im Strafprozess auf: Verfahrensöko- nomie ist nicht vom Teufel, ist vielmehr ein legitimer Ge- sichtspunkt, Verfahrensökonomie darf aber nicht die vorran- gigen Prozessziele „Wahrheitsermittlung“, „Gerechtigkeitsver- wirklichung“ und „Herstellung von Rechtsfrieden“ dominie- ren. Verfahrensökonomie darf nur die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“³⁰ sichern.

³⁰ Bei aller Kritik ansonsten an diesem vom BVerfG herange- zogenen Argumentationstopos, s. *Hassemer*, StV 1982, 275.

Abbildung 1: Ziele des Strafverfahrens

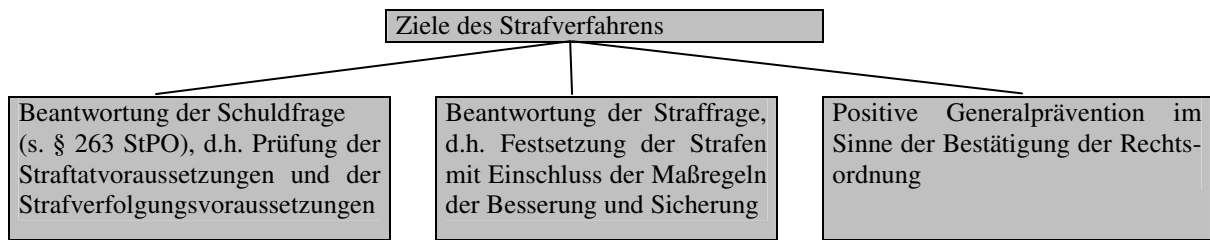
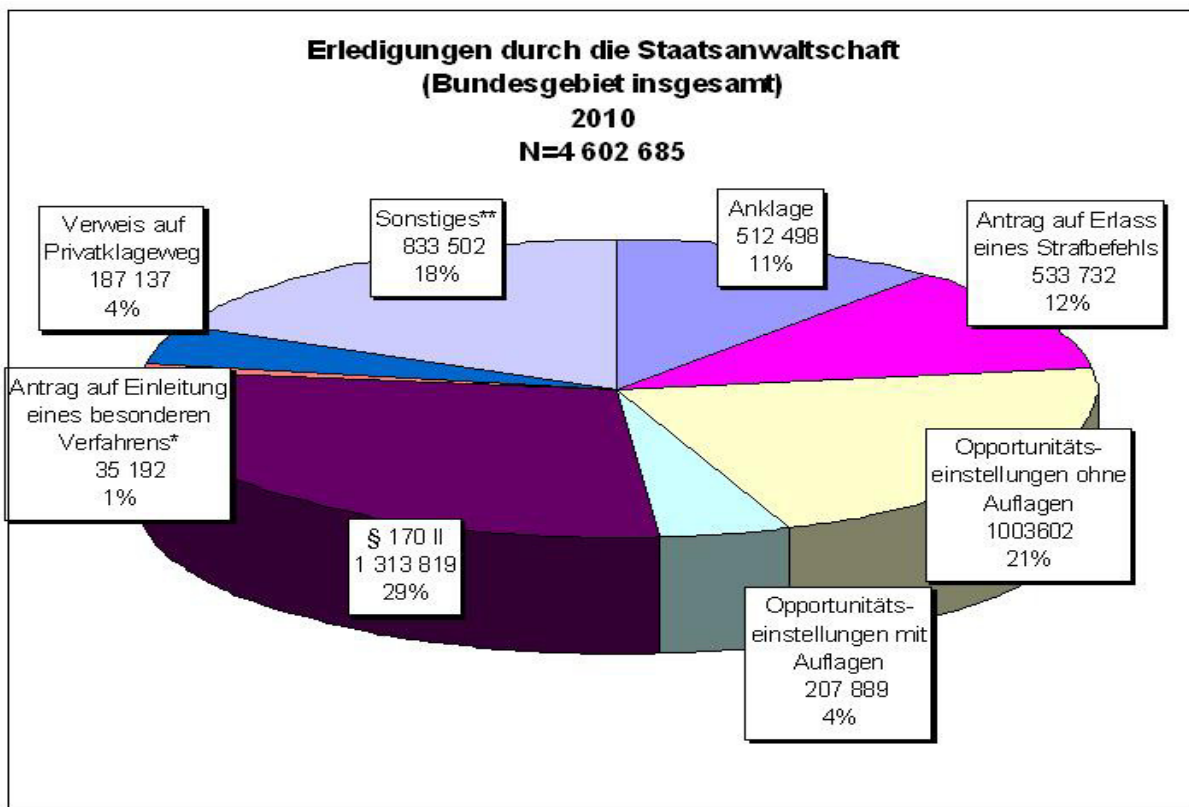


Abbildung 2: Erledigungen durch die Staatsanwaltschaft



* = Sicherungsverfahren, beschleunigtes Verfahren, objektives Verfahren, vereinfachtes Jugendverfahren.

**= Abgabe an die Verwaltungsbehörde als Ordnungswidrigkeit (§§ 41 Abs. 2, 43 OWiG), Abgabe an eine andere Staatsanwaltschaft, vorläufige Einstellung, Verbindung mit einer anderen Sache, anderweitige Erledigung.

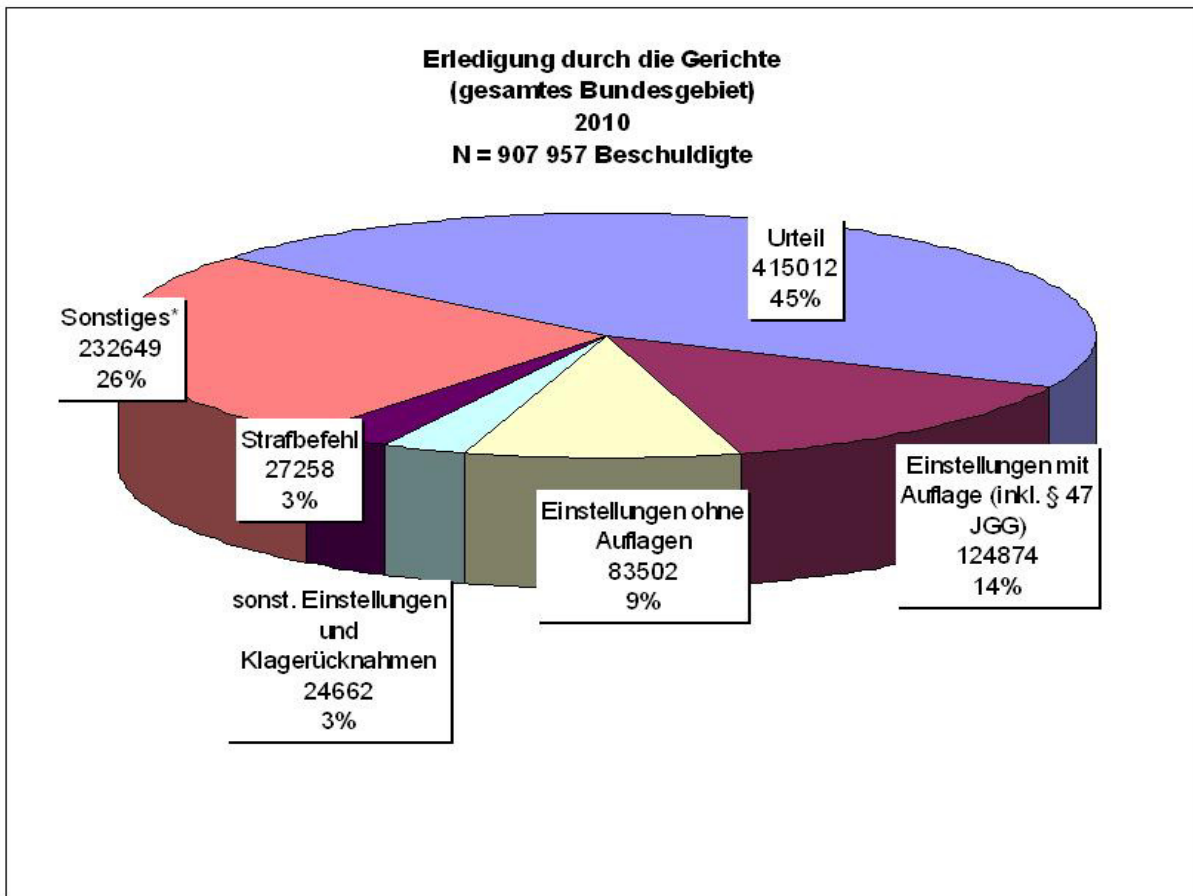
Datenquelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.6 Staatsanwaltschaften, 2010.

Anklage wird zusammengerechnet in 23 % der Verfahren erhoben, aus Opportunitätsgründen werden 25 % der Verfahren eingestellt, aus zwingenden Gründen 29 %. Die Staatsanwaltschaft ist somit quantitativ primär *Einstellungsbehörde* und sekundär Anklagebehörde, wobei qualitativ die Anklagetätigkeit mehr Arbeit beansprucht.³¹

Zusätzlich werden auch von den Gerichten nach Erhebung der Anklage Opportunitätsentscheidungen getroffen, zusammengerechnet 23 %:

³¹ S.a. den Titel der Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Staatsanwaltschaft Schleswig-Holstein „Strafverfolgung und Strafverzicht“, Ostendorf (Hrsg.), 1992.

Abbildung 3: Erledigung durch die Gerichte



*= Erledigung ausschließlich wegen Ordnungswidrigkeit, Ablehnung der Eröffnung des Hauptverfahrens, Ablehnung der Entscheidung im beschleunigten Verfahren/Entscheidung im vereinfachten Jugendverfahren/Zurückweisung der Privatklage, Vergleich in der Privatklagesache, Zurücknahme der Anklage/des Antrags der Privatklage, Zurücknahme des Einspruchs, Verbindung mit einer anderen Sache, Aussetzung des Verfahrens zusammen, sonstige Erledigungsart.

Datenquelle: Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 10, Reihe 2.3 Strafgerichte, 2010.