

Grundlagen der Hauptverhandlung: Absprachepraxis

I. Einleitung

Obgleich die systematische Stellung der Verständigung im Gesetz – wie schon vielfach in der Literatur vermerkt wurde – dies nicht unmittelbar preisgibt, ist ihre Grundidee doch, eine Absprache über Gang, Inhalt und Ergebnis der Hauptverhandlung zu ermöglichen. Die Neuregelung in § 257c StPO lässt unmissverständlich verlauten, dass sowohl Rechtsfolgen als auch Prozessverhalten der Beteiligten Gegenstand einer Verständigung sein dürfen. Eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten kann damit sogar zum Drehbuch für die Hauptverhandlung werden – wenn da nicht Abs. 1 S. 2 wäre. Was einige Stimmen zunächst wegen des offenkundig unüberbrückbaren Widerspruchs zwischen Verständigung und Amtsaufklärungspflicht als bloßes Lippenbekenntnis abgetan haben,¹ hat sich mittlerweile als das zentrale Hindernis dafür entpuppt, § 257c StPO tatsächlich und dogmatisch als eine eigenständige Verfahrensart zu behandeln. Abs. 1 S. 2 ist der Totengräber der Verständigung. Doch er kommt nicht allein. Er wird von einigen Sargträgern begleitet, denn mit der Neuregelung der Verständigung hat ein bislang präzedenzloser Dokumentations- und Mitteilungsfetischismus Einzug gehalten. In der Konsequenz kann eine Verständigung nur äußerst begrenzt einen alternativen Weg zur Abkürzung oder Beendigung des Verfahrens ebnen. Und selbst die Nutzung der engen Spielräume ist erheblich erschwert worden.

Vor diesem Hintergrund soll es vorliegend um drei Fragestellungen gehen: In welchem Umfang lässt das geltende Recht überhaupt noch Absprachen zu, die Gang, Inhalt und Ausgang der Hauptverhandlung bestimmen (II.)? Wie wirken sich diese Vorgaben auf die Praxis der Gerichte aus (III.), und welche Reformfordernisse leiten sich daraus ab (IV.)? Den Hauptteil dieses Beitrags werden hierzu denkbare – oder undenkbbare – Gestaltungsoptionen ausmachen. Im Zuge dieser Überlegungen wird auch auf die aktuelle und potenzielle Rolle des Zwischenverfahrens einzugehen sein.

¹ *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* NStZ 2007, 71 (76); *Weßlau* FS Müller, 2008, S. 779 (792).

II. Die Grenzen des Zulässigen

Das Verständnis der gesetzlichen Verständigungsregeln im Kontext der Hauptverhandlung ist durch die Leitentscheidung BVerfGE 133, 168 und ihr nachfolgende Konkretisierungen in vielerlei Hinsicht geschärft worden. Dieser zufolge sei mit der Verständigung kein neues konsensuales Verfahrensmodell mit Dispositionsmaxime eingeführt worden²; das Verfahren nach §§ 244 ff. StPO sei nicht disponibel. § 257 c StPO stehe weder neben noch in einem Spannungsverhältnis zu § 244 Abs. 2 StPO, sondern sei von der Warte des normsystematisch höherrangigen § 244 Abs. 2 StPO aus zu interpretieren und anzuwenden.³ Eine Vereinbarung über den Schuldspruch sei gänzlich ausgeschlossen, wozu das BVerfG (wegen ihres Unrechtsbezugs) auch die Annahme oder Nichtannahme eines minderschweren Falles zählt. Das Gericht bleibe zu einer umfassenden Suche nach der materiellen Wahrheit in der Hauptverhandlung verpflichtet. Die praktischen Konsequenzen zeigen sich insbesondere bei der Reichweite der (noch) erforderlichen Sachaufklärung und der Bewertung eines im Rahmen der Verständigung abgegebenen Geständnisses. Ein Verzicht auf notwendige Beweiserhebungen sei unzulässig. Ferner genüge ein anklagebestätigendes Formalgeständnis nicht;⁴ es müsse substantiiert sein und kritisch überprüft werden. Ein bloßer Abgleich mit der Aktenlage (die oft ohnehin nur eine Ermittlungshypothese der Staatsanwaltschaft ist) reiche dafür nicht. Das Beweismaterial müsse vollständig ausgeschöpft werden. Inhaltlich dürfe keine Vereinbarung einer bestimmten Strafe erfolgen. Sog. Package Deals seien ausgeschlossen.⁵

Das BVerfG stärkt zudem Mechanismen, die informellem Vorgehen entgegenwirken sollen: Transparenz- und Dokumentationspflichten sollen eine Sogwirkung zur Befolgung der Verständigungsregeln entfalten.⁶ Das Gericht betont, dass es sich nicht um bloße Ordnungsvorschriften handelt, sondern ihnen ein besonderer verfassungsrechtlicher Stellenwert zukommt. Es verknüpft damit die Belehrungspflichten und Mitteilungspflichten mit der Selbstbelastungsfreiheit in einer Verständigungssituation und letztlich mit der Autonomie des Angeklagten. Zuletzt weitete das BVerfG den Schutzzweck noch auf die Öffentlichkeit aus: Die Pflicht des Vorsitzenden, in der Hauptverhandlung den wesentlichen Inhalt der Gespräche über eine Verständigung mitzuteilen, diene in erster Linie der Kontrolle durch die Öffentlichkeit.⁷

2 BVerfGE 133, 168, 204; *Landau* NStZ 2014, 425 (426 f.).

3 BVerfGE 133, 168 (207 f.).

4 BVerfGE 133, 168 (209).

5 BVerfGE 133, 168 (214).

6 BVerfGE 133, 168 (215 ff.).

7 BVerfG v. 15.01.2015 – 2 BvR 878/14; 2 BvR 2055/14; dazu jüngst *Walther* NStZ 2015, 383.

Das BVerfG nimmt in diesem Zusammenhang einige tiefe Eingriffe in das Revisionsrecht vor.⁸ Ein Verstoß gegen Transparenz- und Dokumentationspflichten führe grundsätzlich zur Rechtswidrigkeit der Verständigung. Halte sich das Gericht an diese Verständigung, sei regelmäßig nicht auszuschließen, dass das Urteil auf einem Gesetzesverstoß beruht. Dies soll auch für das Fehlen eines Negativattests gelten, wenn es tatsächlich zu Abreden kommt.⁹ Bei Verstößen gegen die Belehrungspflicht des § 257c Abs. 5 StPO soll ebenfalls regelmäßig davon auszugehen sein, dass das Geständnis und damit das Urteil auf dem Verstoß beruht.¹⁰ Schließlich sei ein Rechtsmittelverzicht stets unwirksam, wenn ihm eine Absprache voranging.¹¹

III. Reaktionen der Praxis

Angesichts der enormen Kluft zwischen diesen Vorgaben und der Verfahrenswirklichkeit im Zeitpunkt der Entscheidung fragten sich nicht wenige Kommentatoren, wie die Praxis wohl auf das Diktat aus Karlsruhe reagieren würde. Ohne eine neuerliche, breit angelegte empirische Studie lässt sich dazu wenig methodisch Belastbares sagen. Doppelt interessant ist daher die Praxis der Revisionsgerichte, da sie einerseits selbst öffentlich wahrnehmbarer Betrachtungsgegenstand ist und andererseits Einblicke in die tatgerichtliche Praxis erlaubt. Als weitere Quellen kommen dann nur noch Anekdotisches und eigene laienhafte und natürlich nicht repräsentative Fishing Expeditions bei Praktikern zum Zug.

1. Revisionsrechtsprechung

In der Revision ist – abgesehen von der auffälligen allgemeinen Zunahme verständigungsbezogener Fälle – eine starke Konzentration bei den Dokumentations-, Mitteilungs- und Belehrungspflichten wahrnehmbar.¹² Damit scheint sich eine Befürchtung der Justiz zu bewahrheiten, wonach das neue Regelungskonzept eine Fülle neuer und (aufgrund der Rückendeckung durch das BVerfG) erfolgsträchtiger Rügeoptionen geschaffen hat. Die Entscheidungen des BGH legen Zeugnis davon ab, dass noch erhebliche Schwierigkeiten im Umgang mit den neuen Pflichten bestehen. Der Gerichtshof

8 BVerfGE 133, 168 (221 ff.).

9 BVerfG v. 26.08.2014 – 2 BvR 2172/13; 2BvR 2400/13.

10 BVerfG NStZ-RR 2013, 315.

11 BVerfGE 133, 168 (213).

12 Im Überblick *Schneider* NStZ 2014, 192 (252 ff.); *Heger/Pest* ZStW 126 (2014), 446 (471 ff.).

bemüht sich daher um die Konturierung der notwendigen Mitteilungsinhalte und Dokumentationspflichten.¹³ Wenig überraschend befassen sich die Entscheidungen auch intensiv mit der Frage des Beruhens, wobei klar erkennbar ist, dass die Rügen infolge der zwischenzeitlichen normativen und funktionellen Aufladung durch das BVerfG häufiger durchgreifen. Verstöße gegen die Belehrungspflicht gem. § 257c Abs. 5 StPO, die früher weitgehend folgenlos blieben, führen heute in der Regel zur Aufhebung, da eine Einstufung als bloße Ordnungsvorschrift nicht mehr zulässig ist.¹⁴ Verstöße gegen Dokumentationspflichten führen grundsätzlich zur Aufhebung des Urteils. Auch das Fehlen eines Negativattests kann zur Aufhebung führen, wenn sich aus dem Rügevorbringen ergibt, dass Verständigungsgespräche stattgefunden haben.¹⁵ Weitere Anpassungen wird es bei der Mitteilungspflicht gem. § 243 Abs. 4 S. 1 StPO geben müssen, weil das BVerfG mittlerweile entschieden hat, dass diese auch dem Schutz der Öffentlichkeit diene. Bisher lag das Hauptaugenmerk allein darauf, ob der Informationsgleichstand sämtlicher Beteiligten gesichert ist.¹⁶ Auch informelle Absprachen bildeten den Gegenstand von Revisionsentscheidungen.¹⁷ Dabei wurde u.a. geklärt, dass ein Rechtsmittelverzicht auch bei informeller Absprache unzulässig wäre.¹⁸ Weitere Revisionen betrafen Fehler bei der Strafzumessung.¹⁹

Verletzungen der Aufklärungspflicht, um die sich das BVerfG besonders besorgt gezeigt hat, finden sich dagegen kaum.²⁰ Defizite bei der richterlichen Überzeugungsbildung, die auf eine nicht vollständige Ausschöpfung des Beweismaterials oder das Unterbleiben notwendiger Abklärungen und

13 Vgl. *Schneider* NStZ 2014, 192 (201); BGH v. 15.01.2015 – 1 StR 315/14.

14 BGH StV 2013, 682; zuvor noch anders BGH StV 2010, 452; die Fortführung der früheren großzügigen Linie wäre nicht mehr verfassungskonform und auch bzgl. der vom 5. Senat reklamierten Möglichkeit, ein Beruhen unter den besonderen Umständen des Falles abzulehnen, ist Zurückhaltung geboten; vgl. auch *Eisenberg* StV 2014, 69 (70). Von vornherein anders liegen die Dinge, wenn es nur um die fehlende Protokollierung der Belehrung geht, BGH NJW 2014, 154.

15 *Schneider* NStZ 2014, 192 (199); jedoch nicht, wenn sich bereits aus dem Rügevorbringen ergibt, dass Verständigungsgespräche zu keinem Zeitpunkt stattgefunden haben, BGH v. 22.05.2013 – 4 StR 121/13; KG v. 11.03.2014 – (4) 161 Ss 21/14 (61/14). Als Verständigungsgespräche zählen nur solche, an denen Verteidigung, Staatsanwaltschaft und Gericht beteiligt waren.

16 Zum Beruhen wird aber wohl zumindest erforderlich sein, dass auch tatsächlich Vertreter der Öffentlichkeit anwesend waren, welche die fehlerhafte Mitteilung und damit verbunden auch ihre abstrakte Kontrollfunktion hätten wahrnehmen können, *Walther* NStZ 2015, 282 (385 f.).

17 BGH v. 10.09.2014 – 5 StR 351/14; jedoch seltener als angesichts der Erfolgsaussichten zu erwarten gewesen wäre, *Eschelbach* FS Paeffgen, 2015, S. 637 (644).

18 BGH NJW 2014, 872; OLG Köln, NStZ 2015, 53; *Schneider*, NStZ 2014, 252, 260.

19 BGH StV 2014, 72.

20 Z.B. BGH StV 2011, 647; BGH NJW 2013, 1316; BGH, NStZ 2014, 170 m. Anm. *Jahn*: keine Beantwortung weitergehender Nachfragen, obgleich noch Aufklärungsbedarf zu wesentlichen Aspekten des Tatgeschehens (Tatbeteiligte und Tatmodalitäten) bestand.

Beweiserhebungen zurückgehen, sind in der Revision durch Aufklärungs- oder Inbegriffsrüge wohl auch nur schwer zu fassen.^{|21} Greifbarer sind die flankierenden Maßnahmen, deren effektive Durchsetzung sich mit der Hoffnung verbindet, dass hierüber annäherungsweise rechtskonformes Verhandeln abgesichert werden kann.

2. Anekdotisches

Es dürfte wenig überraschen, dass allenthalben Ungewissheit über die konkrete Reichweite der unterschiedlichen Pflichten herrscht.^{|22} Das immer wieder vorgebrachte Strafbarkeitsrisiko trägt bei Richtern offenbar zur weiteren Verunsicherung bei. Diese schlägt sich ausweislich der zugegebenermaßen dünnen Informationen in einer größeren Zurückhaltung zumindest bei Landgerichten nieder. Offensive Anfragen der Vorsitzenden scheinen zurückgegangen zu sein. Man scheint auf allgemeine Hinweise zur Sach- und Rechtslage oder § 257b StPO auszuweichen. Die Wahrung des nötigen Abstands zu Verteidigungen kann sich bei der Führung von Rechtsgesprächen knifflig gestalten, weshalb viele Gerichte zurückhaltender, formaler und teils abblockend gegenüber Andeutungen und Anspielungen auf Absprachemöglichkeiten verfahren. Auch bei Belehrungen sei bisweilen eine solche Formalisierung und Distanzierung spürbar. Man kommuniziert indirekt im langen Schatten einer von den Beteiligten stillschweigend als möglich gedachten bzw. erhofften, aber niemals wirklich zustande kommenden Absprache.^{|23} Darunter leiden Transparenz und Stringenz der Verfahrensführung und für den Angeklagten lebt das Vorleistungsrisiko wieder auf. Die strengen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten erweisen sich damit ironischerweise als kontraproduktiv und schwächen geradezu die kommunikative Verfahrensführung und Autonomie des Angeklagten.

Erfolgt eine Verständigung, dann werden Mitteilungen und Protokollierung als lästige Pflicht abgewickelt. Als besonders störend wird dabei die Negativklärung empfunden. Die Tatrichter echauffieren sich insoweit vor allem über das krasse Misstrauen, das ihnen vom BVerfG entgegenschlägt. Es sei aber gleichwohl eher selten, dass Verständigungen von A bis Z *lege artis* erfolgen. Der Einklang mit § 244 II StPO sei vordergründig zumindest am

21 *Schneider*, NStZ 2014, 252, 262 f; zu Bedeutung und Schwierigkeiten der Aufklärungsrüge, KK/StPO-Moldenhauer/Wenske, § 257c Rn. 64, 80.

22 So auch jüngst *Eschelbach* FS Paeffgen, 2015, S. 637 (640).

23 *Norouzi* beobachtet das Aufkommen einer »Verständigungspantomime«, bei der Verteidigung und Staatsanwaltschaft Abreden treffen und das Gericht sich in »teilnehmender Beobachtung« übe und lediglich zur Kenntnis nehme, der Abrede dann aber folge, NJW 2014, 874.

Landgericht leichter herzustellen, weil dort meist ohnehin genügend potenziell komplementierendes Beweismaterial vorliegt und zudem ja auch kein Wortprotokoll geführt wird. Dies erweist sich für die Abklärung, ob ein Geständnis hinreichend qualifiziert war, als segensreich. Auf Rechtsfolgenrechte werde in der Regel eine Strafobergrenze genannt. Hierzu ergänzten befragte Richter, dass die verhängte Strafe eigentlich immer zu milde sei und sich nur durch massive Dehnung der Strafmilderungsgründe (Verfahrensdauer etc.) rechtfertigen lasse. Aufgrund des Ausschlusses des »minder schweren Falles« aus den zulässigen Verständigungsinhalten könne es aber gelegentlich schon schwierig sein, überhaupt einen vernünftigen Verständigungsstrafrahmen aufzuspannen. Sehr selten wurde demgegenüber vom Einsatz der gefürchteten Sanktionsschere berichtet.

Zum Abschluss sei notiert, dass bei aller Wertschätzung für die Motive und hehren Prinzipien des BVerfG von vielen Gesprächspartnern die rechtspraktische Sinnlosigkeit der BVerfG-Rechtsprechung beklagt wurde. Man *müsse* dealen, um das verordnete Pensum zu schaffen. Die Vorgaben aus Karlsruhe erschwerten die Arbeit massiv. Ihre Realisierbarkeit wurde insbesondere im Massengeschäft der Amtsgerichte bezweifelt. Was die gegenwärtige gesetzliche Regelung als solche betrifft, wird vornehmlich der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts als fehlgeleitet angesehen. Ein solcher Verzicht sei als notwendiger und quasi denklogisch vorgegebener Bestandteil mit jedweder abschließenden Verständigung über Gang und Ergebnis des Verfahrens verbunden.

Insgesamt bleibt freilich zu konstatieren, dass verlässliche und repräsentative Informationen über die aktuelle Praxis fehlen. Über das Ausmaß der fortgesetzten Missachtung und die Mehrbelastungen in der Praxis lässt sich daher keine abschließende Aussage treffen. Diese Diagnose hilft für die Suche nach der richtigen Medizin freilich nicht weiter. Die Ansichten darüber, mit welcher Zielrichtung eine Reform verfolgt werden sollte, gehen daher – wenig überraschend – weiterhin stark auseinander. Auch den offiziellen Verlautbarungen des Bundesjustizministeriums zur laufenden StPO-Reform ist eine klare Richtungsentscheidung nicht zu entnehmen. Man will zwar irgendetwas Grundsätzliches machen, hat aber wohl noch keine genaue Vorstellung davon, was das sein könnte. Bedenkt man den Zeitdruck unter dem dies geschehen soll, schwant einem nichts Gutes; schließlich diskutieren wir hier und heute eine ganz besondere Glanzleistung des Gesetzgebers.

IV. Lösungsoptionen – eine Skizze

Eingedenk dieser Unwägbarkeiten sollen im Folgenden drei Optionen genauer in den Blick genommen werden:

- Eine kleine Lösung, die versucht, die größten Schwächen des jetzigen Regelungsmodells zu beheben.
- Eine mittlere Lösung, welche die Gesamtstruktur des Strafverfahrens in den Blick nimmt und besonders künftige Funktionen und Strukturen des Zwischenverfahrens einbeziehen wird.
- Eine größere Lösung, welche vor allem echte alternative Verfahrensarten erwägt, die an die Stelle eines Hauptverfahrens treten könnten.

1. Methodologische Vorbemerkung

Die Skizzierung der Lösungsoptionen wird sich primär auf Strafprozessrechtsdogmatik, Grundrechtsdogmatik sowie Rechtsvergleichung stützen. Auf dem Strafverteidigertag sollen jedoch auch alternative methodische Ansätze erwogen werden. Es geht dabei um Lehren aus dem Grenzbereich von Verhaltenspsychologie und Ökonomik (behavioral economics), die sich unter dem Topos »Choice Architecture« in vielen Rechtsbereichen zunehmender Beliebtheit erfreuen.²⁴ Banal ausgedrückt sollen Entscheidungsanreize und -strukturen geschaffen werden, die dem Individuum rationale Entscheidungen ermöglichen.

Der Regulierungsansatz der Choice Architecture soll die eingeschränkte Rationalität (bounded rationality) der Entscheidungsträger kompensieren; und zwar durch sog. *nudges*, (Schubser) also positive Bestärkung und indirekt wirkende Anregungen (wie z.B. *defaults* oder Anreize zur Beeinflussung von Entscheidungen anstelle von direkten Befehlen, Zurverfügungstellung von Hilfs- und Beratungsangeboten) oder eher langzeitorientierte Optimierung von Entscheidungsbedingungen durch Strukturierung und Anordnung von Auswahloptionen.

Verbunden ist dieses Bemühen mit dem grundsätzlichen Eingeständnis, dass der sog. *rational actor*, der ja auch bei der Legitimation konsensualer Verfahrensmodelle (zumindest implizit) eine nicht unerhebliche Rolle spielt, sich in der Realität oftmals als reine Fiktion erweist, weil die Reflektionen

²⁴ Reich, Verhaltensökonomische Revolution im europäischen und nationalen Verwaltungsrecht – Ein Fall von Selbstüberschätzung? Differenzierte Integration der »Nudges« in die verwaltungsrechtliche Dogmatik, Working Paper vom 23.06.2014, S. 5: »Die lebensnahen ‚Humans‘, nicht die kühl berechnenden, weltentrückten ‚Econs‘ sollen Regulierungstheorie und -praxis als Maßfigur dienen.«

der Handelnden kognitiven Beschränkungen in Gestalt einer Vielzahl von verzerrten oder befangenen Sichtweisen und Grundhaltungen (*biases*) unterliegen und/oder (aus diversen Gründen) nicht alle Informationen verwendet werden, die zur Verfügung stünden.

Passt das aber für das Strafprozessrecht und, wenn ja, wie? Auf den ersten Blick erscheint dieser Ansatz auf Bereiche begrenzt, in denen tatsächlich ein hinreichendes Maß an Gestaltungsautonomie herrscht und eine verbesserte Entscheidungsarchitektur eine kluge rationale Ausübung der eigenen Selbstbestimmung ermöglicht.²⁵ Anders als das Zivilprozessrecht ist das Strafverfahren aber ein Zwangssystem. In ihm geht es (rechtssoziologisch gesprochen) um die Bewältigung eines (Wert-)Normkonfliktes im Rahmen einer triadischen Kommunikationsstruktur mit einer strengen verfahrensförmigen Ordnung.²⁶ Doch auch im Strafverfahren wirken systemexterne und -interne Anreize, die das Prozessverhalten sogar gegenläufig zu den Prozessmaximen beeinflussen. Es lässt sich danach durchaus (zumindest laienhaft) verhaltenspsychologisch analysieren, ob die vorfindbaren Strukturen und Anreize überzeugen resp. zielführend sind oder ob man möglicherweise auf sanftem Weg verhaltenslenkend eingreifen kann. Denn dass eine differenzierte Integration von Choice Architecture in die strafverfahrensrechtliche Dogmatik nicht unplausibel ist, zeigt gerade das Verständigungsverfahren auf besondere Art und Weise.²⁷

Eine genaue Analyse des Verständigungsprozesses aus verhaltenspsychologischer oder vielleicht sogar emotionssoziologischer Sicht fehlt uns, könnte aber sehr interessante neue Einblicke gewähren.

25 Grundsätzlich erscheint dieser Ansatz in vielen Rechtsbereichen rezeptionsfähig. Was sich anfangs vorrangig auf Konsumentenentscheidungen bezog, beansprucht heute auch in anderen Bereichen des Rechts Beachtung. Er spielt auch im öffentlichen Recht (New Public Management), im Verfahrensrecht oder im Völkerrecht eine Rolle, ohne freilich immer als spezifischer Ansatz wahrgenommen zu werden. Man denke z.B. an Eingabeoptionen für die Freigabe persönlicher Daten im Internet, die Organisation von Verhandlungssettings bei Staatenkonferenzen oder die Strukturierung von Implementierungs- und Konfliktbeilegungsmechanismen; z.B. im internationalen Handelsrecht, oder ganz banal Straßenverkehrszeichen und Warnhinweise (Vorsicht Stufe!). Auch wissenschaftlich erfreut sich dieser Ansatz größerer Aufmerksamkeit, was im Januar 2015 in einer großen internationalen Tagung des Verfassungsblogs gemeinsam mit der Humboldt-Universität zu Berlin Ausdruck fand. Thema war: »Choice Architecture in Democracies: Exploring the Legitimacy of Nudging«.

26 *Schünemann* Gutachten zum 64. DJT, B 50 f.

27 Hier finden sich eine ganze Reihe von Schubsern und Entscheidungskanalisisierungen, ohne dass damit behauptet werden soll, dass der Gesetzgeber einem verhaltensökonomisch informierten Regelungsansatz gefolgt ist. Schon ein oberflächlicher Streifzug durch die Verständigungsvorschriften führt zu einer Reihe von Entscheidungsmanipulatoren. So lassen sich Mitteilungs- und Belehrungspflichten oder das Negativattest als indirekte »Schubser« zur Einhaltung der Verständigungsregeln deuten. Kein Nudge wäre dagegen das Verbot des Rechtsmittelverzichts in § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, weil diese bestehende Wahlloptionen aus Autonomiegründen niemals bevorzugend exkludieren. Die Vorschrift verkörpert damit keinen libertären Paternalismus, sondern reinen Paternalismus.

Zudem stellt sich eines der zentralen Probleme der Diskussion über diesen Ansatz im Strafverfahrensrecht von vornherein nicht: die Legitimität dieser Form der Verhaltenssteuerung. Kritiker erkennen im *Nudging* ein Risiko der Bevormundung und damit letztlich eine Gefahr für Autonomie und Wahlfreiheit der »Geschubsten«. In der Tat bringt es dieser Steuerungsansatz mit sich, dass ein Entscheidungsdesign maßgeblich durch die allgemeinen (liberalen) Zielvorgaben bestimmt ist sowie durch die diesen vorgelagerten Überzeugungen davon, was eine vernünftige und informierte Entscheidung ausmacht bzw. was es dafür braucht. Der Auswahl der Entscheidungsarchitektur ist also ein manipulierendes Moment implizit. Dass die Hauptverfechter dieses Modells überzeugte Liberale sind, ändert nichts daran, dass sie die Autonomie des Individuums auf paternalistische Weise sichern wollen. Dieses Paradox findet sich denn auch in der wissenschaftlichen Selbstbeschreibung dieser Strömung als libertärer Paternalismus abgebildet. Im Strafverfahren gestaltet sich die Lage hingegen einfacher: Die Grundentscheidung darüber, welche Prinzipien und Werte besonderen verfahrensstrukturellen Schutz erfahren sollen, ist systemimmanent determiniert; und zwar konkret durch Verfahrensziel, Verfahrensprinzipien und Verfahrensrechte. Diese sind für die Architekten nicht disponibel. Knifflig ist dagegen unbestreitbar die Auflösung des Spannungsverhältnisses, das zwischen diesen Faktoren entstehen kann.

Das vorliegend avisierte differenziert-integrative Vorgehen, das ein »an der disziplinären Grenze von Neurowissenschaften, Psychologie und Wirtschaftswissenschaften erweitertes und präzisiertes Verständnis menschlichen Verhaltens für die Wissenschaft fruchtbar macht«,²⁸ sollte daher nicht von vornherein als esoterisch verworfen werden; zumal in einer handlungs-, entscheidungs- und wirkungsorientierten Rechtsdisziplin wie dem Strafprozessrecht. Es bietet die Möglichkeit, die Folgen eines Regelungsmodells in der Praxis und die Entscheidungssituation der Beteiligten genauer zu erfassen. Damit eröffnet sich die Möglichkeit zu einer verbesserten Steuerung in Richtung auf das verfolgte Ziel sowie zur verbesserten Vermittlung von Informationen über die Inhalte, Chancen und Risiken einer Verständigung.

II. Kleine Lösung – Verbesserungen des jetzigen Verfahrens

Eine kleine Lösung kann darin bestehen, Unnötiges und Nutzloses zu streichen, um die Anwendungsfreundlichkeit zu erhöhen oder eine bessere Kanalisierung des Verhaltens der Prozessbeteiligten in das Legalverfahren hinein zu bewirken.

²⁸ Reich (Fn. 24), S. 10.

Vor allem der Ausschluss des Rechtsmittelverzichts wird von Praktikern als fehlgeleitet angesehen. Ein solcher Verzicht sei als notwendiger und quasi denkgesetzlich vorgegebener Bestandteil mit jedweder abschließenden Verständigung über Gang und Ergebnis des Verfahrens verbunden. Oben auf der Streichliste der Praxis stehen auch die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten (insb. das Negativattest), obgleich BGH-Richter davon ausgehen, dass man noch mitten im Findungsprozess stecke und sich die Praxis auch ohne Streichungen auf einem machbaren Niveau einpendeln werde. Der Gesetzgeber verfolgt aktuell passenderweise das große Reformziel, Strafverfahren effektiver, praxistauglicher und speditiver zu machen. Gleichwohl ist der Spielraum für Praxiserleichterungen eher gering, denn zumindest die zentralen Mitteilungs- und Dokumentationspflichten sind mittlerweile durch das BVerfG verfassungsrechtlich armiert worden.²⁹ Das BVerfG sieht die gesetzlichen Regelungen als untrennbare Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten an. Es handelt sich – Gleiches gilt für die Versagung des Rechtsmittelverzichts – um indisponible Elemente des Gesamtmodells, um die Anwendung der Verständigungsvorschriften lege artis zu befördern. Ob diese Idee des BVerfG aufgeht, muss mit einem Fragezeichen versehen werden. Aus Sicht der Praxis überwiegt der individuelle Lästigkeitsfaktor den systemischen Nützlichkeitsfaktor. Es drohen Ausweichbewegungen sowie allgemein erhöhte Rechtsunsicherheit. Bei verhaltensökonomisch informierter Betrachtung entfalten die Mitteilungs- und Belehrungspflichten oder das Negativattest, die ja als indirekte *Nudges* (Schubser) zur Einhaltung der Verständigungsregeln wirken sollen, nicht die erhoffte Wirkung. Nicht eindeutig ist auch, ob die Prozesssubjektstellung des Angeklagten effektiv Stärkung erfährt. Es hat vielmehr den Anschein, dass das BVerfG eine Umfunktionierung des Revisionsrechts zu einem Instrument des Justizaufsichtsrechts betreibt. Der paternalistische Ausschluss des Rechtsmittelverzichts zielt in dieselbe Richtung.

An den Kern des Problems, nämlich unzulässige Verkürzungen der Aufklärungspflicht, kommt man damit nicht heran. Den informellen oder materiell rechtswidrigen Absprachen scheint man so nicht beikommen zu können. Zum einen wird das gesteigerte Revisibilitätsrisiko nicht akut, wenn der Deal »funktioniert« (faktisches Konsensprinzip). Zum anderen können zumindest die Landgerichte ihre Entscheidungen durch die passenden Protokollvermerke (»Sach- und Rechtslage wurden erörtert«, »Der Angeklagte lässt sich

29 BVerfGE 133, 168 (224 f.).

zur Sache ein«) und Bezugnahmen zum übrigen (am LG ja meist nicht geringen) Beweismaterial neben dem Geständnis absichern.³⁰ Dies spiegelt sich in der geringen Zahl erfolgreicher Aufklärungs- und Inbegriffsrügen wieder.

Wie schafft man es aber künftig, die Praxis in legalen Bahnen zu halten? Alternative Wege könnten in verfahrensrechtlichen Anpassungen im Umfeld der Verständigungsvorschriften oder der Erhöhung des Compliance-Drucks für die Justizakteure von außen liegen. Auf gesetzgeberischer Ebene wäre beispielsweise an eine bessere Einbindung der Kronzeugenregelung (§ 46b StPO) zu denken. Es bedürfte auch – wenn das überhaupt möglich ist – einer präziseren Regelung der »geeigneten« Fälle, um einen gleichen Zugang zu Verständigungen zu gewährleisten. Diese Regelung könnte sich auch mit dem Verhältnis zwischen § 257b und § 257c StPO befassen.³¹ Entweder man streicht § 257b StPO ganz oder es muss ein Abstandsgebot gewahrt bleiben, damit es nicht zu den beschriebenen Ausweichbewegungen und Umgehungsversuchen kommt.

In Sachen Justiz-Compliance ließe sich auch Einiges tun: Auf Ebene der Staatsanwaltschaft sind zur Verhaltenssteuerung verbindliche Weisungen der Justizminister an die Staatsanwälte denkbar, wonach Verständigungen nur bei völlig zweifelsfreier Legalität zustimmt werden darf³² oder evtl. auch nur für bestimmte Kategorien von Fällen. Auch Ausweitungen der Berichtspflichten sind denkbar. Auf Ebene des Gerichts entfällt diese Option notwendig. Ob der richtige »tone from the top« (also Aufrufe zum Vorgehen *lege artis* durch Gerichtspräsidenten und -direktoren auch zum Preis sinkender Erledigungszahlen) weisungsähnliche Kraft entfalten könnte, ist schwer zu beurteilen. Interessanterweise wurde aus Richterkreisen der Aufbau einer verstärkten internen Kontrolle durch Hospitationen u.ä. ins Spiel gebracht. Deren Erfolgsaussichten sind freilich maßgeblich durch die ressourcentechnisch mögliche Kontrolldichte limitiert.

Man könnte als Hebel auch die Entscheidungskosten der Verständigung aufgreifen, indem man versucht, die externen Effekte der Absprachepraxis, d.h. die Erosion des Vertrauens der Allgemeinheit in die Strafrechtspflege, zu

30 Verfassungsrechtlich fragwürdige bzw. überschießende pro-forma-Beweiserhebungen (wie *Jahn* NStZ 2014, 170 f., sie befürchtete) sind meist gar nicht erforderlich.

31 *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* NStZ 2007, 71 (77 f.); nur eine Option sollte bestehen: *Knauer* NStZ 2013, 433 (436): Verhältnis zu § 257b StPO ungelöst; die demgegenüber von *Schneider* NStZ 2015, 53 f., aufgezeigte klare, systematische Demarkationslinie (auf Gegenseitigkeit angelegtes Verhaltensprogramm, charakteristischer Zusammenhang aufeinander bezogener und voneinander abhängig gemachter Leistungen) verliert in der konkreten Anwendung deutlich an Schärfe. Man könnte das natürlich formalistisch durch einen zusätzlichen Protokollvermerk absichern: »Niemand hat vor, eine Verständigung zu treffen.«

32 *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 (218).

internalisieren.³³ Derzeit werden diese Kosten von den Akteuren auf die Allgemeinheit abgewälzt. Dies könnte z.B. dadurch geschehen, dass man die Entscheidungen der Gerichte statistisch erhebt und u.a. ihre Verständigungs- und Einstellungsraten in allgemein zugänglichen Registern publiziert. Man könnte den Gerichten auch separate kurze Begründungen der Verständigungseignung der betroffenen Fälle abverlangen und auch diese – wie in vielen Jurisdiktionen mit *plea bargaining*-Praxis üblich – (anonymisiert) öffentlich zugänglich machen. Dass das Merkmal der »Eignung« bislang keine Lenkungswirkung entfaltet, stört insofern nicht. Vielmehr könnte sich als Nebeneffekt auf diese Weise ein normkonkretisierendes *case law* entwickeln. Damit entstünde wenigstens ein Hauch von Vergleichbarkeit.

Schließlich ließe sich über Maßnahmen nachdenken, die sicherstellen, dass das Ausweichen auf § 257b StPO oder die Mitteilungs- und Dokumentationspflichten nicht nur als »formalistische Nebelwand« missbraucht werden,³⁴ um mit dem legalen formalen Antlitz den Deal in der Sache zu kaschieren. Sie zwingen zwar zur Offenlegung des jeweiligen Synallagmas, gewährleisten aber nicht, dass es auf einer hinreichenden Ausschöpfung des Sachverhalts fußt.

In dieser Hinsicht bedarf es aber wohl noch drastischerer Mittel. Wunder gegen die Immunisierung des abgesprochenen Urteils könnten z.B. die Videoaufzeichnung der Hauptverhandlung oder die Einführung des Wortprotokolls beim Landgericht bewirken. Zugegebenermaßen dürften sich diese Ideen für Justizvertreter wie ein Katalog aus dem Gruselkabinett lesen. Und in der Tat stiegen wohl die allgemeinen und individuellen Entscheidungskosten damit noch mehr; und zwar nicht nur für die Instanzgerichte, sondern auch für die Revisionsgerichte; der zu erwartende Nutzen wäre dagegen überschaubar, da anders als z.B. in den USA im gegenwärtigen Verständigungsmodell keine substanziellen Erleichterungs- oder Abkürzungseffekte erzielt werden könnten. Dies ist das eigentliche Kernproblem. Das gesetzgeberische Regelungsziel hinter dem Verständigungsgesetz ist nur halb erreicht worden. Die Verrechtlichungswirkung ist eingetreten, aber nicht der erwünschte Erleichterungseffekt. Wenn sich an der Justizausstattung nun aber nichts ändern soll, muss man sich notgedrungen noch einmal über die Rahmenbedingungen für das Strafverfahren Gedanken machen. Wenn der amtierende Bundesjustizminister weiter reichende und tiefer gehende Regelungsvorschläge verlangt, kann dies sinnvollerweise nur bedeuten, nicht bei

33 Meyer NJW 2013, 1850 (1853).

34 Weigend, in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung?, 2014, S. 199, 207; dahinter behalte Richter beherrschende Stellung; ebenso LR-StPO/Stuckenberg, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 17: fast reiner Inquisitionsprozess.

Mikrokorrekturen des Verständigungsverfahrens und der gleichwohl empfehlenswerten Verbesserung der justizinternen Compliance stehen zu bleiben. Dies entspräche auch der systembezogenen Gewährleistungsverantwortung des Gesetzgebers für die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege.³⁵ Damit sind wir bei der mittleren Lösung angelangt.

III. Mittlere Lösung

Die mittlere Lösung geht davon aus, dass das Verständigungsverfahren in seiner jetzigen Form nicht wesentlich verändert wird, jedoch gesetzliche Änderungen getroffen werden, welche verständigungsrelevante Verfahrenserleichterungen bewirken oder prozessimmanente Unverträglichkeiten ausräumen. Bemühungen um die strukturelle Verbesserung des Systems müssen dazu den Prozess der strafrechtlichen Untersuchung und Entscheidungsfindung gesamthaft beleuchten und auf ihre Verständigungsrelevanz abklopfen.

Was könnte man anders machen? Was soll sich bessern? Mit welchem Ziel? Die Reformdiskussion ist nicht arm an Vorschlägen. Die Große Strafrechtskommission tagt intensiv und der Arbeitskreis deutscher, österreichischer und schweizerischer Strafrechtslehrer hat einen Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme vorgelegt.³⁶ An Letzterem überzeugt vor allem, dass er sich um eine Entlastung des Hauptverfahrens bemüht (durch Modifizierung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes), ohne dass vitale Verfahrensziele und Verfahrensprinzipien Schaden nehmen. Hand in Hand geht dieses Anliegen mit einer Stärkung der Verfahrensrechte im Ermittlungsverfahren.³⁷ Eine solche ist Grundvoraussetzung dafür, dass ein späterer Transfer in die Hauptverhandlung erfolgen kann. Das Beispiel der Schweiz zeigt insoweit recht anschaulich, dass der weitgehende Verzicht auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz bei gleichzeitiger Sicherung der Verfahrensrechte im Vorverfahren sich nachhaltig auf den Absprachedruck auswirkt.

Angesichts des hier nur begrenzt verfügbaren Raums sollen sich die weiteren Überlegungen jedoch auf das Zwischenverfahren konzentrieren. Seit Langem werden ohne erkennbare Fortschritte die Gefahren diskutiert, die dort für den Angeschuldigten schlummern. Die Rede ist vom Inertia-Effekt, drohendem Schulterschluss und dem Risiko der Befangenheit.³⁸ Da umgekehrt der Filter-

³⁵ Meyer NJW 2013, 1850 (1853).

³⁶ GA 2014, 1.

³⁷ Zu dieser Notwendigkeit auch Wohlers ZStrR 132 (2014), 424 (442 ff.).

³⁸ Traut/Nickolaus StraFo 2012, 51 (53 f.); zur (Un-)Vereinbarkeit mit den Anforderungen an ein unbefangenes Gericht, Wohlers FS-II Roxin, 2011, S. 1313.

Effekt der Anklageprüfung aus Sicht der Kritiker eher zu vernachlässigen sei, berge das Zwischenverfahren für den Angeschuldigten deutlich mehr Risiken als Nutzen. Als Ausfluss dieser Standarderzählung drängen sich die Forderung nach einer Trennung von Eröffnungsgericht und Tatgericht³⁹ sowie eine Reduzierung des Prüfungsumfangs des Zwischenverfahrens geradezu auf.

Mir scheint diese Forderung etwas vorschnell. Ich möchte die Aufmerksamkeit im Hinblick auf die Abspracheproblematik auf einige andere erwägenswerte Aspekte lenken. Das Zwischenverfahren macht durchaus Sinn und könnte Vorteile bringen, die den Inertia-Effekt überwiegen. Mehr noch könnte ein Ausbau des Zwischenverfahrens zu einer weiteren Entlastung des Hauptverfahrens führen und damit den Absprachedruck mindern. Den letztgenannten Aspekt werde ich nur kurz streifen. Er spielt derzeit wohl auch in den aktuellen Reformüberlegungen eine Rolle. Erste Reformideen zielen auf eine Erweiterung des Zwischenverfahrens ab. Es soll eine Strafung der Hauptverhandlung bewirkt werden. Erreicht werden soll dies u.a. durch verstärkte Vorprüfungen und Einführung von Einwendungsobliegenheiten mit daran anknüpfender Präklusionswirkung für nicht rechtzeitig erhobene Rügen; primär geht es um Verfahrenshindernisse, Befangenheitsrügen oder einzelne Verfahrensfehler aus dem Ermittlungsverfahren. Dahinter steckt natürlich der Kampf um die Kontrolle der Verfahrenslänge. Die Möglichkeiten der Verfahrensleitung, das Verfahren zu führen und zu beenden, würden verbessert. Damit endete auch die Privilegierung von Angeklagten, die über hinreichende finanzielle Möglichkeiten verfügen, um Verfahren in die Länge zu ziehen.

Der damit erzielte Beschleunigungseffekt würde gewiss den Absprachedruck vermindern. Er wäre der Normbefolgung dienlich. Allerdings darf dieses berechtigte Anliegen, keine schützenswerten Rechtspositionen des Angeschuldigten aushöhlen. Die Funktion des Zwischenverfahrens darf nicht einseitig auf Verfahrensbeschleunigung umgepolt werden. Die angedachte Stärkung des Zwischenverfahrens setzt aus meiner Sicht deshalb voraus, dass eine adäquate Stärkung der Position des Angeschuldigten im Ermittlungsverfahren erfolgt bzw. die Gewährleistung der betroffenen Rechte im Zwischenverfahren in den betreffenden Entscheidungssituationen hinreichend gesichert ist.

Unabhängig von diesen laufenden Reformarbeiten muss man zur Frage der Ausgestaltung des Zwischenverfahrens dessen Bedeutung und Potenzial vollständig erfassen. Die Umstellung auf einen Eröffnungsrichter brächte den Verlust einer für den Angeschuldigten sehr wichtigen Gestaltungsphase mit

39 Traut/Nickolaus StraFo 2012, 51 (58).

sich. Dieser Gesichtspunkt wird in vielen Stellungnahmen nicht prominent genug gemacht oder gleich unter den Tisch fallen gelassen. Auch wenn die praktischen Gepflogenheiten und Möglichkeiten hier deutlich divergieren mögen, ebnet das Zwischenverfahren dem engagierten Anwalt sehr früh und außerhalb des Blicks der Öffentlichkeit den Weg, um dezidiert Gegenposition zu beziehen, auf Mängel in der Anklageschrift hinzuweisen oder Beweiserhebungen anzumahnen, welche die Staatsanwaltschaft zuvor verweigert haben mag. Verfahrensmängel und Beweisverwertungsfragen können hier frühzeitig erörtern werden. Es mag in einigen Fällen vielleicht Sinn ergeben, noch alle Pfeile im Köcher zu behalten; in vielen anderen Fällen dürfte sich das als fahrlässig erweisen. Mehr noch ist das Zwischenverfahren vielleicht die letzte Chance für den Angeschuldigten, dem Schreckgespenst einer öffentlichen Hauptverhandlung zu entgehen oder zumindest konstruktiv auf deren Gang Einfluss zu nehmen. Dies funktioniert freilich nur, wenn der Angeschuldigte überhaupt und zudem hinreichend kompetent verteidigt wird. Die Notwendigkeit guter Verteidigung ist die Achillesferse solcher Reformvorschläge; ihr häufiges Fehlen erscheint angesichts der beschriebenen Ballung umso prekärer.

Als Gestaltungsoptionen im Zwischenverfahren haben wir zunächst einmal mögliche Verständigungen außerhalb von § 257c StPO, namentlich Einstellungen gem. §§ 153, 153a, Beschränkungen gem. §§ 154, 154a, Übergang ins Strafbefehlsverfahren, Terminierung der HV, Umfang und Ablauf der Beweisaufnahme, Erörterungen des Tatverdachts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht i.S.v. § 202 a StPO. |⁴⁰ Die verfügbaren empirischen Erhebungen deuten darauf hin, dass der Grundstein für spätere Verständigungen gem. § 257c StPO in einem Viertel oder gar einem Drittel der Fälle in diesem Stadium gelegt wird. |⁴¹ Die Gestaltungsoptionen kulminieren geradezu im Zwischenverfahren. Und keinesfalls kann man verallgemeinernd sagen, dass sich das Verhandlungsgleichgewicht hier schon zu Ungunsten des Angeschuldigten verschoben hat. Oftmals bringt das Hinzutreten des Gerichts erst die Chance, eine renitente bzw. argumentationsresistente Staatsanwaltschaft auf den Boden zurückzuholen und kurz vor Torschluss z.B. noch eine Einigung auf einen Strafbefehl oder § 153a StPO zu erreichen. |⁴² Das Zwischenverfahren hat mithin eine ganz wichtige Weichenstellungsfunktion, auf die man nicht ohne Weiteres verzichten kann. Wollte man an einer Umstellung auf

40 vgl. *Ignor* Münchner Anwaltshandbuch, 2. Aufl. 2014, § 13, Rn. 5.

41 *Altenhain/Dietmeier/May* Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013, S. 62 f.

42 Vgl. a. *Meyer-Lohkamp* StraFo 2012, 170 f.

den Eröffnungsrichter festhalten, müsste es sich also zumindest um ein erweitertes Eröffnungsrichterverfahren handeln, in dem auch über alternative Verfahrensbeendigungswege entschieden werden kann.

Solche Modelle müssten aber noch einen weiteren Gesichtspunkt berücksichtigen, der auch ein kritisches Nachdenken über den Fortbestand des jetzigen Modells verlangt. Es hat sich gezeigt, dass das Zwischenverfahren bisweilen eine ganz andere Filterfunktion annimmt, als ihm in der Kommentarliteratur zugeschrieben wird. Das Zwischenverfahren ist als prozessuale Zwischenstufe historisch einem Modell des Strafverfahrens verhaftet, das wir in der Realität oft gar nicht mehr zu Gesicht bekommen: Es ist auf die soeben beschriebene Filterfunktion nicht ausgelegt. Die gegenwärtige Situation ist eher das Produkt gesetzgeberischer Reformen und Neuerungen der letzten 40 Jahre sowie der Veränderung der Verfahrenswirklichkeit. Die Strukturen des Zwischenverfahrens sind dieser wild gewachsenen Bedeutung womöglich nicht angemessen. Werden wie skizziert derart wichtige Entscheidungen im Zwischenverfahren getroffen, kann sich die ungleiche Gestaltungs- und Handlungsmacht im Vorverfahren nachteilig auswirken, bevor eben gerade im Hauptverfahren Ausgleich geschaffen werden kann. Dies streitet natürlich für eine Stärkung der Verfahrensrechte im Vorverfahren.

Noch gravierender ist, dass ganz unterschiedliche Verfahrensbeendigungsmechanismen⁴³ mit ebenso unterschiedlichen Legitimationskonzepten aufeinandertreffen, ohne dass es konkrete Vorgaben für Erörterungen über deren Nutzung gäbe. Das Gesamtsystem der Verfahrensbeendigungsmechanismen weist hier eine ganz erhebliche Unwucht auf. Die vereinfachten Verfahren und Einstellungsnormen sind nicht aufeinander abgestimmt. Im Verhältnis zur Verständigung kommt hinzu, dass diese anderen Steuerungs- und Legitimationsmodellen folgt. Die Einstellungsnormen aus Opportunität sind beispielsweise dem Typus exekutivischen Rechts zugehörig;⁴⁴ d.h. sie sind nicht justizierbar; die inhaltlichen Kriterien für die Sachentscheidung sind nicht regulativ vorgeformt, sondern werden von der Exekutive selbst festgelegt. Die Verständigung folgt dagegen dem regulativen Steuerungsmodell des Rechts.⁴⁵ Das Gericht kann also von einer juristischen Legitimationswelt in die andere springen, ohne dass die Auswahlentscheidung adäquat reguliert wäre. Hieraus können nicht nur systemweit erhebliche Gerechtigkeitsdefizite

43 Zu den fünf Verfahrenstypen im Überblick *Radtke* in: Goldenstein (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, Loccumer Protokolle, 09/11, S. 131 (136 f., 139).

44 SK-StPO/*Wefslau*, 4. Aufl. 2012, Vor §§ 151 ff. Rn. 16; § 153a Rn. 16.

45 Zu diesem Typus SK-StPO/*Wefslau* (Fn. 44), Vor §§ 151 ff. Rn. 16; die Verständigung überschneidet sich wiederum mit anderen Verfahrenstypen des regulativen Rechts wie dem Strafbefehl.

resultieren.⁴⁶ Es stellte sich auch im konkreten Einzelfall die Frage nach der Richtigkeit der Entscheidung, wenn Gerichte ihr eigenes Programm festlegen können. Von nicht zu unterschätzender Bedeutung erscheint mir dabei, dass sich auch die Rolle des Gerichts tiefgreifend wandelt, wenn es die Auswahl zwischen diesen Modi moderiert oder gar initiiert. Im selben Maß, wie die Kanalisierung in Verfahrenstypen nicht hinreichend rechtlich determiniert ist, setzt eine schleichende Abkehr vom triadischen Entscheidungsmodell ein, das den Strafprozess idealiter kennzeichnet; und mit ihr die Kompromittierung der Stellung des Gerichts.⁴⁷

Auch aus dem Blickwinkel der Choice Architecture ist das Durcheinander der Anreize und Steuerungseffekte frappierend. Durch die Ballung im Zwischenverfahren, das selbst Teil des normativen Entscheidungsprogramms ist (Typus des regulativen Rechts), sind schlechte Entscheidungen im Einzelfall vorprogrammiert. Die Auswahloptionen und die mit ihnen verbundenen Attribute sollten klar und friktionsfrei angeordnet (und mit Blick auf die Ziele der Strafrechtspflege überzeugend begründbar) sein. Grob gesagt muss man das Zwischenverfahren deshalb entweder auf eine enge negative Kontrollfunktion beschränken und sonstige auf Verfahrensbeendigung abzielende Dispositionen ausschließen, oder man muss die »Auswahlentscheidung« stärker verregeln und die Verteidigungsrechte damit korrespondierend stärken.

Insgesamt ist mit den gegenwärtigen Strukturen auch auf Systemebene keine gerechte Aufteilung von Aufklärungsanstrengungen und Aufklärungserfolgen erreichbar. Damit droht der Strafrechtspflege eine Legitimitätskrise. Das betrifft aber natürlich nicht allein das Zwischenverfahren. Die Absprache überspannt als Phänomen den gesamten Strafprozess. Es müssen daher für eine kohärente und die gerechte Normanwendung fördernde Lösung der Verständigungsproblematik alle über verschiedene Verfahrenssequenzen verstreuten Selektionsmechanismen gesamthaft in den Blick genommen werden. An dieser Stelle kann freilich kein am Reißbrett im Elfenbeinturm entworfenen neuer Strafprozess dargeboten werden. Es sollen aber zumindest einige Gedanken zu einer möglichen größeren Lösung formuliert werden.

46 Vgl. *Radtke* (Fn. 43), S. 131 (139 ff.).

47 Kommunikative Verhandlungsführung, Beschleunigung, Funktionstüchtigkeit sind unter diesen Voraussetzungen ein schleichend wirkendes Gift, das das normative Entscheidungsprogramm verzerrt und Interessenkonflikte produziert, weil sie selbst zum Verhandlungsziel werden (obgleich sie eigentlich keinen Wert an sich darstellen bzw. nicht Teil des Wertkonflikts sind, über den ein Gericht im Strafverfahren unabhängig entscheiden soll).

IV. Große Lösung

Unerlässlich (und fast schon banal) erscheint es erstens, unnötige Lasten in der Verfahrensführung und Beweisaufnahme zu reduzieren und Ballast abzuwerfen. Nicht gemeint ist damit, dass unter dem Siegel der Praxisfreundlichkeit und Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege schützende Formen geschliffen und notwendige Verteidigungsgarantien abgebaut werden. Der zuvor genannte Arbeitskreis hat bezüglich der Beweisaufnahme gezeigt, wie das gehen kann.⁴⁸ In ähnlicher Gründlichkeit wären Ermittlungsverfahren und Zwischenverfahren unter Beachtung der EGMR-Rechtsprechung durchzumustern, wobei freilich nicht vergessen werden darf, für die nötige Regelungskohärenz zwischen den Verfahrensteilen zu sorgen. Vor allem tut zweitens eine bessere Abstimmung der Entscheidungsoptionen not. Auf Ebene der Entscheidungsarchitektur müssen die Exit-Optionen und Legitimationskonzepte, so schwierig das sein mag, in ihren Anwendungsbereichen überdacht, präzisiert und dabei auch die Übergänge besser markiert und abgestimmt werden.⁴⁹ Möglichen Interessenkonflikten und Rollenvermischungen ist durch Gestaltung des Entscheidungssettings bzw. der Entscheidungssequenzen vorzubeugen. Dies würde auch bedeuten, die gegenwärtige Kumulation im Zwischenverfahren zu überdenken und die Optionen zur Verfahrensbeendigung oder -fortführung verfahrensstrukturell aufzuteilen. Die Verbesserung der Entscheidungsarchitektur erscheint m.E. mit Blick auf die gegenwärtige Situation sogar verfassungsrechtlich geboten; denn von Gleichheit der Rechtsanwendung, die auch bei der Anwendung der sog. Opportunitätsvorschriften oder summarischen Verfahren zu wahren ist, sind wir weit entfernt. Verglichen mit dem Missionierungsfuror des BVerfG bei der Verständigung erstaunt es, dass das Gericht die §§ 153 ff. StPO oder den Strafbefehl (sowie die Schnittstellenthematik) verfassungsrechtlich links liegen lässt.⁵⁰ Aktuell bleibt freilich schon der gleiche Zugang zu Absprachen ein Petium.

Die große Frage, die es drittens aber vor allem zu klären gilt, ist, ob es bei einer allenfalls leicht modifizierten Verständigung im Hauptverfahren bleibt oder ob neben (oder anstatt) dieser Option noch eine weitere vereinfachte Verfahrensart eingeführt werden könnte, die dann tatsächlich die gewünschten Effekte zeitigt. Das deutsche Strafprozessrecht ist gewiss nicht arm an Vorschlä-

48 GA 2014, 1 ff.

49 Erste Vorschläge bei *Radtke* (Fn. 43), S. 131 (155 ff.).

50 *Wéglau* ZStW 116 (2004), 151 (162): Einfallstor der Dispositionsmaxime; *Hamm* StV 2013, 652 f.; zum Reformbedarf bei § 153a StPO jüngst *Kudlich* ZRP 2015, 10.

gen für derartige besondere Verfahren.⁵¹ Doch müssen sich alle Vorschläge dem Einwand stellen, ob echte Verständigungen über Gang und Ausgang des Verfahrens innerhalb der StPO nicht mittlerweile verfassungsrechtlich ausgeschlossen sind. Die Grenze des Zulässigen scheint mit §§ 153 ff. StPO und Strafbefehl *prima vista* erreicht. Das BVerfG hat insoweit klargestellt, dass gesetzliche Regelungen, die ein Absehen von Strafverfolgung bzw. Abstriche bei der Suche nach der materiellen Wahrheit gestatten, fest zu umgrenzen sind und einer jeweils eigenständigen Legitimation bedürfen.⁵² Ob eine Erweiterung des § 153 a StPO (in den Verbrechensbereich) denkbar wäre, ist deshalb zu bezweifeln und letztlich auch nicht wünschenswert, weil damit der nur schwer zu kontrollierende Typus exekutivistischen Rechts noch gestärkt würde. Für verfahrensrechtliche Vereinfachungen zur Gewinnung richterlicher Überzeugung als Basis einer strafrechtlichen Sanktion setzt das BVerfG dagegen ausdrücklich voraus, dass das Schuldprinzip verwirklicht wird. Die sich hieraus ergebende Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit stehe nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Allerdings sei es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, darüber zu befinden, wie er die Verwirklichung des Schuldprinzips auf diesem Weg gewährleisten will.⁵³ Es sei ihm nicht verwehrt, »unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze für Fälle einfach gelagerter und eindeutiger Sachverhalte – etwa bei einer sich mit den Ermittlungsergebnissen deckenden geständigen Einlassung schon im Ermittlungsverfahren oder bei einem auf frischer Tat angetroffenen Beschuldigten – ein vereinfachtes Verfahren zur Gewinnung der richterlichen Überzeugung von Schuld oder Unschuld des Angeschuldigten und der hieraus zu ziehenden Folgen ohne das Erfordernis einer öffentlichen Hauptverhandlung mit ihrer formalisierten Beweisaufnahme einzurichten.«⁵⁴

51 Siehe u.a. *Feszer* NStZ 2010, 177 (183); *Schünemann*, Gutachten um 64. DJT; *Meyer-Götsner* NStZ 2007, 425 431); *Weichbrodt* Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 318 ff.; *Altenhein/Hagemeyer/Haierl* NStZ 2007, 71, 79; Termin zur Erörterung der Sach- und Rechtslage im Zwischenverfahren mit Strafmaßprognosen, Unterwerfungserklärung löst Strafabbatt aus; zu den Problemen einer Regulierung der Absprachenpraxis knapp *Weigend* in: Leblois-Happe/Stuckenberg (Hrsg.), Was wird aus der Hauptverhandlung?, 2014, S. 199 (204 f.); zu den zu beachtenden Interdependenzen zwischen der Ausgestaltung der Verfahrensphasen, materiellem Recht und institutionellem Aufbau der Strafrechtspflege *Meyer* ZStW 119 (2007), 633 (649 ff.).

52 BVerfGE 129, 208 (260); 133, 168 (226).

53 BVerfGE 133, 168 (226 f.).

54 BVerfGE 133, 168 (226 f.). »Ermöglichen es die in der Akte befindlichen Unterlagen und Beweismittel dem Richter, sich die Überzeugung von der Richtigkeit des dem Angeschuldigten zur Last gelegten Sachverhalts zu bilden, ist eine öffentliche Hauptverhandlung zur Gewinnung einer tragfähigen Grundlage für die Schuldfeststellung, die rechtliche Beurteilung und die Strafzumessung von Verfassungen wegen nicht zwingend geboten, sofern es der Angeschuldigte in der Hand hat, durch einfache Erklärung die Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung zu erzwingen (vgl. BVerfGE 25, 158 [164 f.]; BVerfG, Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 14. Februar 02.1995 – 2 BvR 1950/94 –, NJW 1995, S. 2545 [2546] und vom 04. Juli 07.2002 – 2 BvR 2168/00 –, NJW 2002, S. 3534 m.w.N.).«

Dieser Beschreibung entspricht beispielsweise das schweizerische Modell des abgekürzten Verfahrens.⁵⁵ Art. 358 CH-StPO regelt:

¹ Die beschuldigte Person kann der Staatsanwaltschaft bis zur Anklageerhebung die Durchführung des abgekürzten Verfahrens beantragen, wenn sie den Sachverhalt, der für die rechtliche Würdigung wesentlich ist, eingesteht und die Zivilansprüche zumindest im Grundsatz anerkennt.

² Das abgekürzte Verfahren ist ausgeschlossen, wenn die Staatsanwaltschaft eine Freiheitsstrafe von mehr als fünf Jahren verlangt.

Anstelle eines Zwischenverfahrens würde nach diesem Modell ein Validierungsverfahren bei Gericht durchgeführt. Das Gericht prüft die Rechtmäßigkeit und Angebrachtheit der Durchführung des abgekürzten Verfahrens (Art. 362 Abs. 1 lit. a CH-StPO), die Übereinstimmung der Anklage mit den Akten und dem Ergebnis der Hauptverhandlung (lit. b) sowie die Angemessenheit der beantragten Sanktionen (lit. c).⁵⁶

Im Falle der Bestätigung wird die Anklage zum Urteil erhoben. Im Falle des Scheiterns der Anklage ginge es mit anderen Richtern in einem ggfs. erweiterten Zwischenverfahren weiter.⁵⁷ Für das geschulte deutsche Auge ist dieses abgekürzte Verfahren nichts anderes als ein »Urteil nach Aktenlage«, das als Modell auch schon in Deutschland erwogen wurde.⁵⁸ Für künftige Reformvorhaben bietet die Schweizer Norm aber allerlei lehrreiches Anschauungsmaterial dazu, welche Bedingungen für ein entlastendes, faires und Anwendungsgleichheit garantierendes Verfahren erfüllt sein müssten. Da ist zum einen die klare Abgrenzung zum – in seinem Anwendungsbereich vorrangigen und zwingenden – Strafbefehlsverfahren.⁵⁹ Zum anderen fand diese Innovation nur deshalb die notwendige Akzeptanz, weil das Ermittlungsverfahren weitaus partizipatorischer abläuft als hierzulande.⁶⁰ Die Verteidigung erhält sehr früh Akteneinsicht, Anträgen der Verteidigung auf Beweiserhebungen wird seitens der Staatsanwaltschaft in der Regel entsprochen. Anwesenheit und Konfrontation bei Zeugeneinvernahmen werden gewahrt. Überhaupt ist ein abgekürztes Verfahren nur zulässig, wenn der Beschuldigte

55 Dazu *Bommer* ZSR 128 (2009) II, 5 ff.; *Wohlers* StV 2011, 567; *Thommen*, Kurzer Prozess – fairer Prozess? Strafbefehls- und abgekürzte Verfahren zwischen Effizienz und Gerechtigkeit, 2013, S. 139 ff.

56 Man hat hier wohl Lehren aus Urteilen des italienischen Verfassungsgerichts zum patteggiamento gezogen.

57 Einen entsprechenden Vorschlag hat *Weigend* (Fn. 50), S. 199 (217), für Deutschland formuliert.

58 Schon *Weigend* ZStW 104 (1992), 486 (506 ff.); *Radtke* (Fn. 43), S. 131, 147 f.

59 BSK-StPO/*Greiner/Jaggi*, 2. Aufl. 2014), Vor Art. 358 Rn. 109, 111. Der Strafbefehl darf einseitig durch den Staatsanwalt verhängt werden; gestattet sind auch Freiheitsstrafen ohne Bewährung bis zu sechs Monaten.

60 *Wohlers* ZStrR 132 (2014), 424 (443).

einen Verteidiger hat. Zudem scheint insgesamt ein anderes Kommunikationsklima vorzuherrschen. Schließlich ist auch die Kluft zum Regelverfahren weniger groß, denn auch dort erfolgt die Beweisaufnahme nahezu vollständig im Ermittlungsverfahren.⁶¹ Die Beweismittel werden mit den Akten schon vor der Hauptverhandlung zirkuliert. Dort wird oft nur noch der Angeklagte vernommen und weitere Beweise werden nur erhoben, wenn es aus Sicht des Gerichts indiziert ist. Es gilt gerade keine formelle Unmittelbarkeit.⁶²

Für ein solches Modell spricht, dass die Beschränkung des Richters auf eine Kontrollfunktion rollenkonformer und besser mit der Neutralitätspflicht vereinbar ist als der jetzige Zustand. Es droht keine Rollen- und Interessenkonfusion, weil das Gericht nicht selbst den Verständigungsprozess initiieren oder steuern muss. Es bliebe bei einer triadischen Struktur mit konditionaler Entscheidungsprogrammierung. Das Gericht hätte in dieser Rolle zudem einigen Spielraum, um sowohl die Substanz des Geständnisses als auch die Angemessenheit eines abgekürzten Verfahrens und der Sanktion zu überprüfen. Gerade der letztgenannte Aspekt müsste aber noch ausgefeilt werden, da die Bestimmung des Milderungswerts eines prozessualen Geständnisses auch in der Schweiz noch nicht befriedigend geklärt ist.⁶³ Überzeugend ist ferner, dass der Betroffene in einem solchen Verfahren einen Verteidiger haben muss und auch etwaige Privatkläger zu beteiligen sind.

Ein solches Modell wäre auch ehrlicher, weil es nicht durch Einbau der Verständigung in die Hauptverhandlung kaschiert, was eigentlich vor sich geht. Es überbrücke auch die große Kluft zwischen der kaum justiziablen Freiheit zur Einstellung bei Vorliegen von Vergehen und dem äußerst strikten Regime bei Verständigungen im Hauptverfahren jenseits dieses Schweregrades. Es empfiehlt sich, hier eine Zwischenstufe einzubauen, denn gerade derartige Bruchkanten fordern Manipulation in ihrem Grenzbereich geradezu heraus. Es kommt dort zu Ungleichbehandlungen materiell weitgehend gleicher Sachverhalte. Das abgekürzte Verfahren grenzt sich dagegen klarer zum Strafbefehl und anderen Opportunitätsvorschriften ab.

Überzeugend erscheint auf den ersten Blick auch die Kappungsgrenze.⁶⁴

61 Bedenkt man, dass faktisch das Strafbefehlsverfahren das Normalverfahren darstellt, geht mit dem abgekürzten Verfahren sogar eine Erhöhung der Verfahrensstandards einher.

62 *Riklin* ZStW 126 (2014), 173 (176 f.), 184; *Wohlers* ZStrR 132 (2014), 424 (430 f.).

63 Was den Milderungswert eines prozessualen Geständnisses ausmacht, wurde bislang nicht überzeugend geklärt; *Weigend* (Fn. 50), S. 199 (215 f.); *Hauer* Geständnis und Absprache, 2007, S. 81 ff.; *Sickor* Das Geständnis, 2014, S. 430 ff.; NK-StGB/*Streng*, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 85.

64 Gegen ein solches Modell ließe sich anführen, dass es letztlich einem erweiterten Strafbefehlsverfahren gleichkommt und der vorgesehene Sanktionsrahmen hierfür zu weit ist; zur Kritik im Schrifttum *Thommen* (Fn. 54), S. 153 ff. m.w.N.

Gemünzt auf deutsche Verhältnisse wäre auch eine Anpassung an den Strafrahmen des Amtsgerichts denkbar, um gerade dort den Entlastungseffekt zu konzentrieren.⁶⁵ Für die schweren bis sehr schweren Fälle ginge es dagegen gleich ins Zwischenverfahren, mit der Option der jetzigen engen Verständigung im Hauptverfahren. Diese Aufteilung trüge auch dem verfassungsrechtlichen Gebot einer effektiven Strafverfolgung Rechnung, weil sie gerade »die wirksame Aufklärung schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens fördert«. |⁶⁶

Einen gleichen Zugang zu Absprachen garantiert aber auch das abgekürzte Verfahren nicht. Verteidiger können keine Verständigungsgespräche erzwingen. Noch grundsätzlicher fragt sich, ob ein abgekürztes Verfahren dem Schuldprinzip (und dem Gleichheitsgrundsatz) als *rocher de bronze* des deutschen Strafverfahrensrecht gerecht würde? Es ist in dieser Hinsicht einzuräumen, dass auch der Schweizer Gesetzgeber das Grundproblem aller Verständigungsverfahren nicht gelöst hat.⁶⁷ Zwar scheint die Mehrheit der Akteure davon überzeugt zu sein, dass der Verfahrensausgang in aller Regel tatsächlich gerecht ist. Gerechtigkeitsglaube ersetzt prozessdogmatisch indessen kein durchstrukturiertes rechtliches Verfahren, das auf die Findung materieller Wahrheit als Fundament einer gerechten Entscheidung ausgerichtet ist. Denn auch im Schweizer Modell soll es beim Erfordernis materieller Wahrheit (zur Verwirklichung des materiellen Strafrechts) bleiben. Das offenbart sich schon darin, dass es nicht mit der Feststellung einer willensmangelfreien Einigung auf das Geschehene getan ist, sondern das Gericht auch die Angemessenheit von abgekürztem Verfahren und Sanktion prüfen soll. |⁶⁸

Das pragmatische Schweizer Beispiel bietet aber Anlass, eine Entmythologisierung des Wahrheitsbegriffs zu betreiben. Das BVerfG scheint der Chimäre einer tief in der Gesamtheit des Beweismaterials verborgenen, tatsächlichen

65 Weiter *Radtke* (Fn. 43), S. 131 (158): Ausschluss von Schwurgerichtsverfahren.

66 Vgl. BVerfGE 100, 313 (388 f.); 107, 299 (316); 122, 248 (272 f.); 129, 208 (260). Rechtsvergleichend stößt man nicht selten auf vergleichbare Modelle mit einer ähnlich reduzierten Funktion des Gerichts; ein solcher Verzicht auf weitere Sachaufklärung wäre auch EMRK-konform, vgl. EGMR v. 29.04.2014, Nr. 9043/05, *Natsvlishvili v. Georgien*, Rz. 91 f.

67 Vgl. BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Vor Art. 358–362 Rn. 41; Art. 358 Rn. 19. Es wird nicht erklärt, warum das Ziel der materiellen Wahrheit trotz Rücknahme der Untersuchungsmaxime noch erreicht werden kann. Gang und Prinzipien der Verständigung werden gerade nicht geregelt. Zudem werden im Schrifttum ein Strafverfolgungsverzicht auf einzelne Delikte und eine Absprache über Subsumtionsfragen für zulässig gehalten, BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Art. 358 Rn. 35, 41 f. Das abgekürzte Verfahren umfasst zwei unterschiedliche Verfahrensarten: die Absprache im Strafverfahren und die Unterwerfung unter eine einseitig erstellte Anklage. Beide bieten keine Richtigkeitsgewähr; siehe unten.

68 Dazu BSK-StPO/*Greiner/Jaggi* (Fn. 58), Art. 362 Rn. 4 ff., 14 ff.

materiellen Wahrheit nachzujagen, während in der Rechtspraxis notwendig ein prozess- und kontextbezogenes Wahrheitsverständnis vorherrscht und allein realistisch ist. Materielle Wahrheit (bzw. die Suche nach ihr) ist vor allem eine Handlungsmaxime, kein real erreichbares Ziel. Die ihr folgende Wahrheitsermittlung stellt dynamisch-sequenziell ein verfahrensbezogenes Wahrheitsbild her. Ihr wohnt immer ein schöpferischer Akt der Wahrheitskonstruktion inne. |⁶⁹ Bei der Wahrheitsfindung kann es also immer nur um einen forensischen Annäherungswert gehen. Dieses Erkenntnisprodukt darf als Tatsachenbasis anerkannt werden, wenn es aus einem prozessrechtlich festgelegten Konstruktionsprozess |⁷⁰ resultiert, der schlüssig auf die Erreichung dieses Wahrheitsideals ausgerichtet ist bzw. nur aus verfassungsrechtlich und prozessdogmatisch legitimen Gründen von ihm abweicht. Fehlerhaft ist eine Entscheidung also nicht dann, wenn dieses Ergebnis hinter der (ohnehin niemandem bekannten) objektiven Wahrheit zurückbleibt, sondern wenn es mit Fehlern auf dem Weg dorthin belastet ist. |⁷¹ Es geht also um forensisch plausible Mechanismen zur Generierung intersubjektiv überzeugender Näherungswerte. Die Lösung muss daher im Bereich der Beweistheorie ansetzen und prozedurale Elemente einschließen. |⁷² Hierzu kann hier nur in aller Kürze festgehalten werden, dass konsensuelle und partizipatorische Elemente – wie in der Schweiz – dabei sehr wohl eine Rolle spielen können. |⁷³ Epistemologisch verbürgt der Konsens als Rechtsfindungsmethode jedoch keine spezifische Richtigkeitsgewähr. |⁷⁴ Auch ein Korrespondieren (von Geständnis/Verständigung) mit dem Akteninhalt verbürgt als solches keine Richtigkeit, da die Übereinstimmung in der Praxis das Produkt bzw. Ziel einer Absprache ist und nicht als objektiver externer Kontrollmaßstab funktioniert. |⁷⁵ Auch in der Unterwerfung unter das staatliche Ermittlungsergebnis liegt kein materieller Erkenntniswert, obgleich selbst das BVerfG darin beim

69 *Weichbrodt* (Fn. 50), S. 92; *Thier* Zeitschrift für Kulturphilosophie 8 (2014), 247 (252).

70 *Thier* Zeitschrift für Kulturphilosophie 8 (2014), 247 (256 f.). Die Elemente dieses Konstruktionsprozesses sind nicht disponibel; *Wefslau* FS Müller (Fn. 1), S. 779 (789): Es wäre ein Kategorienfehler, anzunehmen, dass ein Einvernehmen über eine Verfahrensabweichung rechtfertigende Wirkung haben könnte.

71 *Pfister* Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2013, 250 (253).

72 Das ist ohne Veränderung des Gerechtigkeitsbegriffs des BVerfG möglich, soweit man sich auf Elemente bezieht, die direkt oder indirekt als Indikatoren für die substanzielle Richtigkeit des forensischen Annäherungsprozesses an die Wahrheit angesehen werden können. Viele Faktoren sind freilich ambivalent.

73 Damit ist kein Umschwenken auf einen rein prozeduralen Gerechtigkeitsbegriff verbunden; vgl. dazu *Jahn* in: Goldenstein (Hrsg.), *Mehr Gerechtigkeit. Aufbruch zu einem besseren Strafverfahren*, Loccumer Protokolle, 09/11, S. 117 (118 ff.).

74 *LR/Stuckenberg* (Fn. 34), § 257c Rn. 2; a.A. *Jahn*, FS Kirchhof, 2013, § 128 Rn. 8.

75 Ein verständigungsbasiertes Geständnis sei nie vollwertig, weshalb eine gehaltvolle Überprüfung erforderlich sei, *Schneider* NSTz 2014, 192 (194).

Strafbefehl einen akzeptablen Legitimationsaspekt zu sehen scheint. Die Schlüsselfrage lautet danach, wie man konsensuelle und partizipatorische Elemente theoretisch schlüssig in das Beweisverfahren einbaut. Modifikation und Vereinfachungen des Status Quo müssen dabei überzeugend beantworten können, wie Verurteilungen Unschuldiger sowie zu milde oder zu hohe Strafen verhindert und die Gleichmäßigkeit staatlichen Strafens garantiert werden. Welche Entscheidungsgrundlage muss sich das Gericht verschaffen (können), damit Fehler entdeckt werden können und justiziabel werden? Bei diesem Unterfangen müssen auch strukturelle Gefährdungsmomente für die Wahrheitssuche analysiert und ausgeglichen werden, wozu es allerdings einer umfassenden und substanzhaltigen Ätiologie der Absprache bedürfte.⁷⁶ In diesem Zusammenhang könnte sich dann auch ein interdisziplinäres Forschungsfeld mit der Institutionenökonomie auf tun, um fehlerleitende Anreize zu minimieren. Insgesamt hielte sich eine solche Suche nach einer großen Lösung weiterhin im Rahmen der Korrespondenztheorie, lockerte aber die – ohnehin nicht durchgängig überzeugend begründbare⁷⁷ – zwingende Verquickung von Inquisitionsmaxime und korrespondenztheoretischem Wahrheitsbegriff.

V. Schluss

Eine große Lösung wird einiges mehr an Kreativität und Mut verlangen, als der Gesetzgeber bislang aufzubringen vermochte. Er darf sich nicht von der Karlsruher Drohkulisse lähmen lassen, wenn sich der gegenwärtige Zustand wirklich nachhaltig ändern soll. Das BVerfG seinerseits sollte sich realistisch die Defizite des eigenen Ansatzes vor Augen führen, bevor es neue vereinfachte Verfahrensarten vorschnell zurückweist.⁷⁸ Das von ihm verfochtene Modell regulativen Rechts ermöglicht keine genaue Steuerung einzelner Verfahren, sondern allenfalls deren Auslösung. Es ist ein Irrglaube zu denken, durch das Diktat eines strengen Verständigungsprogramms unweigerlich den Weg zur materiellen Wahrheit bahnen zu können.

76 In diese Richtung auch LR/*Stuckenberg* (Fn. 34), § 257c Rn. 2, 19; zu möglichen kulturellen Hintergründen knapp *Hörnle* ZStW 117 (2005), 801 (830 f.).

77 Vgl. z.B. *Kudlich* Gutachten C, 68. DJT, C 57 ff., 62 ff.

78 Hierzu tragen die Ausweitung und wachsende Komplexität des materiellen Strafrechts ihren Teil bei; vgl. z.B. *Theile* MschrKrim 2010, 147 (153).