

Über die „Verständigung“ im Strafverfahren als Aussageerpressung

Eine materiell-rechtliche Studie zu § 257c StPO

Von Akad. Mitarbeiter Dr. **Kyriakos N. Kotsoglou**, LL.M., Freiburg i.Br.

„Einen solchen Prozeß haben, heißt ihn schon verloren haben“

Franz Kafka

Ziel des vorliegenden Beitrags ist eine intensive Auseinandersetzung mit zwei in der sich mit den Urteilsabsprachen befassenden Literatur gängigen gegensätzlichen Behauptungen. Sie lauten: Der Angeklagte wird im Rahmen der Verständigung nach § 257c StPO (nicht) genötigt. Das m.E. auffälligste Merkmal ist dabei nicht die Radikalität des jeweils einschlägigen Aussagegehalts, sondern die Dynamik der in beiden Fällen zugrunde liegenden argumentativen Struktur. Denn beide widerstreitende Meinungen verzichten auf einen detaillierten Zugriff auf die Dogmatik der Nötigung (§ 240 StGB) bzw. Aussageerpressung (§ 343 StGB), um anschließend überprüfen zu können, ob die „Verständigung im Strafverfahren“ mit umfasst wird. Die oben genannte Aussage wird ohne Weiteres in dem einen oder anderen Sinne getroffen.

Im Laufe meiner Ausführungen wird – anschließend an eine kurze, historische Einführung in die Problematik der Folter (I.) – zunächst die strukturelle Unvereinbarkeit der neuen Regelung mit den Verfassungs- und prozessualen Garantien des deutschen Strafverfahrens begründet (II.). Die Begründung der Verfassungswidrigkeit der einschlägigen Regelung ist nämlich eine *condicio jeglicher materiell-rechtlichen Prüfung eines normgemäßen Verhaltens*. Anschließend werde ich mithilfe psychologischer Erkenntnisse (III.) die recht unbestimmten Tatbestandsmerkmale des § 343 StGB konkretisieren und zugleich überprüfen, ob das prozessuale Verhalten des „dealenden“ Richters darunter subsumiert werden kann (IV.).

I. Zur Geschichte der Geständniserzwingung ...

1. ... mal als Tragödie

Es steht außer Zweifel, dass die Folterpraxis der Carolina¹ als Zivilisationsbruch zu bezeichnen ist, und zwar nicht nur aus

¹ Bekanntlich wurde am 27.7.1532 im Rechtssaal zu Regensburg ein Reichsabschied (d.i. eine Zusammenfassung der Beschlüsse des Reichstages) verkündet. Zu diesen Beschlüssen gehörte auch die Hals- oder Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. Das Gesetz wurde anschließend ins Lateinische übersetzt und erhielt die Bezeichnung: *Constitutio Criminalis Carolina*. Die Carolina, wie man sie in Abkürzung ihres lateinischen Namens nannte, war im Wesentlichen eine Nachbildung der wenige Jahre zuvor geschaffenen *Constitutio Criminalis Bambergensis* von 1507. Eingehend zur historischen Entstehung und Entwicklung der Carolina *Ignor*, *Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846*, 2002, S. 4 ff.; *Baldauf*, *Die Folter*, 2004, S. 83 ff. Zur rechtsgeschichtlichen Bedeutung dieses Gesetzes in Bezug auf die Entwicklung einer einheitlichen deutschen Rechtspflege siehe

heutiger Perspektive. Selbst den damaligen Juristen war der grausame Charakter der Tortur durchaus bewusst.² *Ignor* merkt an, dass man die Folter immer als abstoßend empfand, ohne sie aber deswegen zu verwerfen.³ Im geistigen Kampf gegen die Folter hatten sich die Juristen „lange Zeit ruhig gehalten“.⁴ Die Kritik von Seiten der Denker dieser Zeit wurde freilich durch kriminalpolitische bzw. Effizienzargumente neutralisiert: Folter, so grausam sie sein möge, sei wegen ihrer Zweckmäßigkeit unabdingbar, da sie zur Entdeckung und Überführung der „Schuldigen“ und damit zur Rettung des Staates geführt habe⁵ – so jedenfalls hätte eine Rechtfertigung der Folterpraxis lauten können.

Bekanntlich bildeten die Beweisregeln den Katalysator der Carolina. Nach diesen Beweisregeln wurde das Aussprechen einer Verurteilung vom Vorliegen bestimmter, gesetzlich vorgeschriebener Beweismittel abhängig gemacht.⁶ Als Dreh- und Angelpunkt des Strafverfahrens dienten Art. 22 i.V.m. Art. 67 CCC, welche die Inferenzkraft der Beweismittel

Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1998, §§ 122 f.

² *Beccaria*, Über Verbrechen und Strafen, ins Deutsche übersetzt von Julius Glaser, 2. Aufl. 1876, S. 26, bezeichnete die Folter lakonisch aber mit hoher Präzision als „Grausamkeit, die bei den meisten Nationen durch Gewohnheit geheiligt wird“.

³ *Ignor* (Fn. 1), S. 163 f.

⁴ So *Baldauf* (Fn. 1), S. 182 ff.; siehe vor allem den Eintrag „Tortur“, in: *Zedler/v. Ludewig/Günther* (Hrsg.), *Grosses vollständiges Universal-Lexicon aller Wissenschaften und Künste*, 1745, S. 1451 (1451 f.): „Denn wenn die Bösewichter wissen sollten, dass sie im Fall nicht zu erlangender Überweisung, welche vielmals gar schwer zu erhalten, anderer Gestalt zur Erhaltung der Wahrheit nicht gepeinigt werden könnten, sondern als unschuldig entlassen werden müssten, würde die Welt mit unzählbaren Bösewichtern und Übeltätern, dem gemeinen Wesen zum höchsten Nachteil, angefüllt werden“.

⁵ So rekonstruiert dieses Argument *Ignor* (Fn. 1), S. 164 f., et passim.

⁶ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 113, bemerkt, dass die strengen Beweisregeln der Carolina die Sachverhaltsfeststellung mit Anforderungen begleiteten, die den Gedanken an eine Checkliste nahelegten: „wie viele Zeugen von welcher Qualität welchen Typ von Straftat wie intensiv belegen können, damit zu welchem nächsten Abschnitt des Verfahrens vorangeschritten werden kann“ – eine bloße Beweismittelarithmetik; ausführlich dazu *Rüping/Jerouschek*, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 6. Aufl. 2011, Rn. 107; vgl. *Shapiro*, „Beyond Reasonable Doubt“ and „Probable Cause“, *Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, 1991, S. 3: „The judge in most criminal cases was essentially an accountant who totaled the proof fractions“.

tel von vornherein festlegten. Danach durfte ein Beschuldigter nur dann zu einer „peinlichen Strafe“ verurteilt werden, wenn er entweder die Tatbestandsmerkmale („Haupttatsachen“) gestand⁷ oder seine Täterschaft von zwei glaubwürdigen Zeugen („guthen Zeugen“)⁸ aus eigener Wahrnehmung (d.h.: nicht bloß vom Hörensagen) bekundet wurde. Waren die vorgeschriebenen zwei Tatzeugen nicht vorhanden, so gab es nur zwei Alternativen: a) die „semplena probatio“ (Halbbeweis) oder b) die Erzwingung des Geständnisses durch Folter.

Da solche Zeugen freilich nur selten zur Verfügung standen – und da sich übrigens nach h.M. aus verschiedenen Regelungen der Carolina ergibt, dass dem Zeugenbeweis eine eher subsidiäre Bedeutung beigemessen wurde –, wurde dem Geständnis und der zu seiner Erzwingung erforderlichen Folter ein hoher Stellenwert eingeräumt.⁹ Man bedenke, dass eine Strafflosstellung eines Inquisiten trotz subjektiver Schuldüberzeugung des Richters und schwerwiegender belastender „Indizien“, die nach freier Beweiswürdigung eine Verurteilung aller Wahrscheinlichkeit nach gerechtfertigt hätten,¹⁰ damals als unerträglich erschien.¹¹ Wollte man also in Anbetracht der überspannten Anforderungen an die poena ordinaria die Effektivität der Strafjustiz nicht auf Null reduzieren,¹² sah man sich verpflichtet, die Tortur als die effektivere Lösung einzusetzen.

Relativ früh wurde jedoch klar, dass dem Peiniger gelingen konnte, während der Befragung jede Aussage (nach Belieben bzw. nach Bedarf) aus dem Angeklagten herauszu-

pressen.¹³ Den wichtigsten Beitrag in Richtung Folterabschaffung¹⁴ leistete dementsprechend ein beweisanalytisches Argument, das selbst Friedrich der Große betont haben soll: Folter sei untauglich zur Wahrheitsfindung, da sie „une affaire de tempérament“ sei.¹⁵ Denn es war nicht die Inferenzkraft des Beweismaterials, sondern die „Muskelkraft“ und die „Nervenreizbarkeit“ die diejenigen Parameter waren, die das Beweisergebnis bestimmten.¹⁶ Es verwirre alle menschlichen Verhältnisse, „wenn man fordert, dass [...] der Schmerz der Prüfstein der Wahrheit werde, als ob ihr Kriterium in den Muskeln und Fibern eines Unglücklichen zu suchen wäre“;¹⁷ führt *Beccaria* ganz modern, ganz beweisanalytisch, aus. Die Folter ist nicht nur als Zivilisationsbruch, als grausame Methode gescheitert. Vielmehr bestand der Grund für ihre allmähliche Entmythologisierung in der Einsicht, dass Folter ein ineffizientes „Wahrheitsforschungsmittel“ ist.¹⁸ Nicht ein Humanitäts-Pathos bzw. der Versuch, zivilisatorische Werte zu schützen, sondern pragmatische Gründe haben den festen (und immer noch fortbestehenden)¹⁹ Glauben erschüttert, Gott werde dem Befragten die Kraft verleihen, die Tortur auszuhalten. Die Tortur – so könnte man in Verwendung moderner Terminologie sagen – hatte eine sehr geringe „Teststärke“. Sie konnte als *medium eruendae veritatis* die Richtigkeit des Geständnisses nicht garantieren. „Zwischen Schuldigen und Unschuldigen verschwindet jeder Unterschied eben durch das Mittel, das angewendet wird, um einen solchen aufzufinden“.²⁰ *Beccaria* bringt meisterhaft auf den Punkt, dass just die Sachverhaltsfeststellungsmethode die Ursache des Problems war. Um das Strafverfahrenssystem vorm Kollabieren zu bewahren, entstand eine Methode (Tortur), die Geständnisse generieren konnte.²¹ *Beccarias* systemimmanente Kritik läuft darauf hinaus, dass die Zufügung von Schmerzen die Zahl der Geständnisse und dadurch die Zahl der Verurteilungen auf ein Maximum hinaufschraubt. Das so

⁷ Pars pro toto *Jerouschek*, ZStW 102 (1990), 793 (793 f.).

⁸ Die Carolina präzisiert auch den Begriff „guthen Zeugen“, indem sie einige Kriterien dafür vorschreibt. Siehe hierzu *Baldauf* (Fn. 1), S. 91 f.; die allgemeine Vorstellung, dass angeblich irgendwelche zwei Zeugen eine plena probatio ausmachen, ist i.d.S. unzutreffend. Denn die Zeugen durften keinen schlechten „Leumund“ haben „vmd sunst mit keyner rechtmessigem vrsach zuerwerffen sein“ (Art. 66 CCC). Waren sie ferner dem Gericht unbekannt, so muss derjenige, der die Zeugen stellt, ihre Unbescholtenheit und Redlichkeit auf Verlangen der Gegenpartei „stattlich fürbringen“, also wohl glaubhaft machen. Unbeachtlich war auch das Zeugnis vom Hörensagen (Art. 65 CCC).

⁹ *Ignor* (Fn. 1), S. 62; *Jerouschek*, GA 1992, 493 (498); *Baldauf* (Fn. 1), S. 11 f., betont, dass Folter nicht als Strafe, sondern als Mittel zur Erforschung der Wahrheit in einem Kriminalverfahren angesehen wurde. Aus diesem Grund hieß die „Folterkammer“ im Regensburger Rathaus Fragstatt, da der Verdächtige hier schlicht befragt wurde.

¹⁰ *Radbruch*, Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), 4. Aufl. 1975, S. 52.

¹¹ *Jerouschek*, GA 1992, 493 (501).

¹² Wie *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (5), bemerkt: „society cannot long tolerate a legal system that lacks the capacity to convict unrepented persons who commit clandestine crimes, something had to be done to extend the system to those cases“.

¹³ *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (7), bezeichnet dieses Phänomen als „basic flaw in the system“.

¹⁴ Ausführlich dazu bei *Schmidt* (Fn. 1), S. 36 ff., 76 ff., 78 f.

¹⁵ Zitiert nach *Schubart-Fikentscher*, Goethes 56 Strassburger Thesen vom 6. August 1771, 1949, S. 114. Friedrich dem Großen wird von der deutschen Historiographie eine Vorbildrolle u.a. für die Entwicklung des aufgeklärten Absolutismus zugeschrieben. Mehr dazu bei *Schmoeckel*, Humanität und Staatsraison, 2000, S. 12 f. m.w.N., S. 19 ff.

¹⁶ Beide Begriffe verwendet *Beccaria* (Fn. 2), S. 29.

¹⁷ *Beccaria* (Fn. 2), S. 27.

¹⁸ *Beccaria* (Fn. 2), S. 27.

¹⁹ Siehe etwa *O'Mara*, Trends in Cognitive Sciences 13 (2009), 497 (498): „A common argument in favour of torture is that it will reliably elicit veridical information from the captive's long-term memory, as asserted by many media commentators in the context of the 'ticking-time bomb' scenario or in the case of a major imminent threat in which lives could be saved“.

²⁰ *Beccaria* (Fn. 2), S. 28.

²¹ *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (4 f., et passim).

gewonnene (herausgepresste) Geständnis verlor also sein Differenzierungspotenzial und konnte nunmehr die tatsächliche Schuld nicht diagnostizieren. Seine Teststärke war ver-schwindend gering und im Sinne *Beccarias* kein gutes „Wahrheitskriterium“. Das Foltern scheiterte also, um ana-chronistisch mit dem Bundesverfassungsgericht zu sprechen, an der „Zuverlässigkeit“ der Beweisführung,²² nicht an der angeblichen Verfehlung der Wirklichkeit.

2. ... mal als Farce

Heutzutage erleben wir, so die Hauptthese dieses Beitrags, zum zweiten Mal jene Episode, in welcher der Angeklagte zu einem Geständnis gezwungen wird – diesmal allerdings als „Farce“.²³ Diese Episode kann man als Post 2009-Phase eines nunmehr Jahrzehnte dauernden Streits in der Literatur und (weniger in der) Rechtsprechung zusammenfassen. Am 4.8.2009 ist das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ (im Folgenden: GzViS) vom 29.7.2009 in Kraft getreten. Der Gesetzgeber traute sich zu, mit der zentralen Vorschrift²⁴ des GzViS (§ 257c StPO) eine rechtliche Grundlage für Absprachen im Strafverfahren zu schaffen.

Die oben angedeutete zweite Möglichkeit, ein Geständnis zu erzwingen, besteht in der Inaussichtstellung eines sog. Strafrabattes, falls der Angeklagte sich bereit erklärt, auf sein Recht auf ein Verfahren zu verzichten und ein zur Bedingung einer „milderen Strafe“ gemachtes Geständnis abzulegen. Die Einordnung der „Verständigung im Strafverfahren“ über das Tatbestandsmerkmal der Gewaltandrohung und der seelischen Qual gem. § 343 Abs. 1 StGB in die Kategorie der strafrechtsrelevanten Geständniserzwingung bedarf einer weitgehenden Erklärung. Denn vom allgemeinen Verständnis der Verständigung als Win-win-Situation, die sich mit dem Satz „milde Strafe gegen Geständnis“ zusammenfassen lasse,²⁵ bis zur Qualifizierung derselben als Nötigung bzw. Aussageerpressung ist es nicht nur ein semantischer, sondern vielmehr ein strafrechtsdogmatischer Sprung. Mithilfe dieses Sprungs wird ausgerechnet die Distanz zwischen rechtmäßigem prozessuaem Verhalten einerseits (§ 257c StPO) und sozialschädlichem, strafrechtsrelevantem Vorgehen andererseits aufgehoben. Schon die Art und Weise, wie die oben konturierte Frage gestellt wird, wirft vielerlei strafrechts-, strafprozessrechtsdogmatische und verfassungsrechtliche Probleme auf. Dieser Problematik widmen sich die folgenden Überlegungen.

²² BVerfGE 70, 209 (308).

²³ Bekanntlich schrieb *Karl Marx*, in: Marx/Engels, Werke, Bd. 8, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, 1852, S. 115: „Hegel bemerkte irgendwo, dass alle großen weltgeschichtlichen Tatsachen und Personen sich sozusagen zweimal ereignen. Er hat vergessen, hinzuzufügen: das eine Mal als Tragödie, das andere Mal als Farce.“

²⁴ § 257c StPO wurde durch Art. 1 Nr. 8 des Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009 (BGBl I 2009, S. 2353) eingeführt.

²⁵ Niemöller, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Kommentar, 2010, Teil A Rn. 2.

3. „He takes some of my time – so I take some of his“²⁶

„Zu verlockend“ seien die Vorteile, die die Prozessbeteiligten durch ein auf Verständigung beruhendes Verfahren haben, werden Vertreter der Anwaltschaft²⁷ und der (Mindermeinung²⁸ in der) Literatur²⁹ nicht müde zu konstatieren. Indem die Verteidigung Kooperation bei der Sachverhaltsaufklärung offeriert und das Gericht als Gegenleistung eine milde(re) Sanktion anbietet,³⁰ manifestieren sich die Vorteile sogar auf mehreren Ebenen. Auf rechtspolitischer Ebene werden „langwierige Beweisaufnahme[n]“ vermieden sowie eine „schnellere Bewältigung der Verfahrensflut“ ermöglicht.³¹ Ferner verspreche die Konsensorientierung auch ein „menschlicheres“ Strafverfahren und eine Erhöhung der Bereitschaft bzw. der „Mitwirkungspflicht“³², deren Ergebnisse zu akzeptieren. Auf prozessrechtlicher Ebene werden ebenfalls diverse Vorteile aufgezählt.³³ Erstens: Für die Staatsanwälte werde „stets das primäre Ziel eines sicheren Schuldspruchs“ erreicht³⁴ – die Tatsache, dass § 160 Abs. 2 StPO hierbei keine Rolle spielt bzw. keine normative Wirkung entfaltet, kann dahinstehen. Zweitens: Der Angeklagte vermeide durch das „freiwillige“ Ablegen eines Geständnisses den „lästigen Vorgang“³⁵ einer ihn belastenden, mehrtägigen gerichtsoffentlichen Hauptverhandlung und erhalte zusätzlich dazu eine milde(re) Strafe.³⁶ Es liegt auf der Hand, dass – so betrachtet

²⁶ So der Titel eines Tagungsberichts: *Weber*, DRiZ 1988, 73, der m.E. die Handlungsmotive hinter der Verständigungsproblematik auf den Punkt bringt.

²⁷ Siehe etwa *Sommer*, AnwBl. 2010, 197.

²⁸ Vgl. aber BT-Drs. 16/12310, S. 7. Dabei war die Rede von einer „wesentlichen Mehrheit“ derjenigen, „die die Verständigung im Strafverfahren in die Grundsätze des geltenden Rechtes integriert wissen wollten“. Deutliche Worte findet diesbezüglich *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212; der Autor bezeichnet die Gesetzesbegründung als „beschämend sachblind“ vor allem in Bezug auf „die Tragweite der Änderung“ (S. 212) und die Ansicht, es gehe bei den Befürwortern der Regelung um die Mehrheit in der Literatur, als „unerklärlichen Irrtum“ (ebenda).

²⁹ Diese „Vorteile“ fasst *Murmann*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, Strafrecht als Scientia Universalis, 2011, S. 1385 (1386 f.), zusammen.

³⁰ Dazu bei *Weigend*, JZ 1990, 774.

³¹ Beide Zitate: BGH, Urt. v. 28.8.1997 – 4 StR 240/97 (LG Dortmund) = NStZ 1998, 31.

³² Begriff bei: BT-Drs. 16/12310, S. 10.

³³ Die Rede ist ja von einer „Wunderwaffe der Verteidigung“; kritisch dazu etwa *Schünemann*, NJW 1989, 1895 (1899 f.).

³⁴ *Sommer*, AnwBl. 2010, 197.

³⁵ Siehe *Murmann* (Fn. 29), S. 1392.

³⁶ Beispielhaft bei *Meyer-Goßner*, ZStW 119 (2007), 938 (942): „Es ist doch durchaus vernünftig, wenn versucht wird, dem Angeklagten bei kooperativem Verhalten eine Strafmilderung zu gewähren und ihm dabei ein ihn regelmäßig sehr belastendes, Nerven kostendes und zeitaufwändiges Verfahren zu erleichtern.“

– das Einverständnis des Angeklagten das Strafurteil legitimiert: *volenti non fit iniuria*.³⁷

Alles in allem werde die durch die Erweiterung des Nebenstrafrechts und insbesondere durch die „überproportionale Zunahme komplexe umfangreiche Beweisnahmen erfordernde Prozesse“³⁸ zunehmende Belastung der Strafjustiz eingedämmt.³⁹ Das von einem Teil der Literatur so beschriebene und vom Gesetzgeber beteuerte Bild der ‚Rechtswirklichkeit‘ mutet wie ein harmonisches Kooperationsverhalten zwischen allen Verfahrensbeteiligten an. Gründe zur Sorge, geschweige denn Anhaltspunkte, die eine weitere Untersuchung als sinnvoll erscheinen lassen, bestünden nicht. Die Absicht, diesen ‚Rechtswirklichkeitsabschnitt‘ als Sachverhalt aufzufassen und strafrechtlich zu prüfen, ist auf den ersten Blick geradezu ketzerisch. Ist aber diese Betrachtung wirklich neu?

4. Die Stellung der Literatur

Eine direkte und unmissverständliche Parallele zwischen der Folterpraxis der Carolina und der Verständigungspraxis zieht allen voran der Rechtshistoriker *John H. Langbein*. Er bezeichnet die Gemeinsamkeiten zwischen beiden Systemen als „many and chilling“.⁴⁰ Erwartungsgemäß gesteht der Autor sofort ein, dass es zwischen dem psychischen Geständnisdruck, den die sog. Sanktionsschere („sentencing differential“) ausübt, und der Anwendung von Folter (z.B. Brennung, Schnürung von vorne oder von hinten, Aufspannung auf einer Leiter etc.) nicht zu verkennende Unterschiede gibt.⁴¹ Er fügt aber hinzu: „The difference is of degree, not kind. Plea bargaining, like torture is coercive“.⁴² Der psychische Druck bestehe darin, dass das Geständnis mit einer nur scheinbaren Strafmaßreduzierung honoriert werde.⁴³ Dieser Straf„rabatt“ führe allerdings dazu, dass der Angeklagte mit einer höheren Strafe rechnen müsse, falls er von seinem Recht auf Durch-

führung des Strafverfahrens Gebrauch mache.⁴⁴ In Anlehnung an *Langbein*s Ausführungen macht *Weigend* darauf aufmerksam, dass die Gewährung einer Vergünstigung (Strafrabatt) eigentlich von der „implizit damit verbundenen Drohung“ ablenkt:⁴⁵ „Wird dem Beschuldigten für den Fall, daß er sich kooperativ zeigt [...] eine mehr oder weniger exakt bestimmte milde Sanktion zugesagt, so liegt der Gegenschluß auf der Hand: Verweigert der Beschuldigte den ‚deal‘, so muß er mit ‚allem‘ (innerhalb der recht weiten gesetzlichen Strafrahmen) rechnen“.⁴⁶ Auch nach *Weigend* unterscheidet die implizit hergestellte Strafmaßdifferenz zwischen kooperativem und nicht kooperativem prozessualen Verhalten seitens des Angeklagten sich „nur noch hinsichtlich der verwendeten Zwangsmethoden von der Folter vergangener Jahrhunderte“.⁴⁷

Überraschenderweise handelt es sich bei der oben skizzierten Meinung nicht um eine vereinzelte Stellungnahme in der Literatur. Ins gleiche Horn bläst einer der entschiedensten Verfechter der Verständigungspraxis, *Klaus Lüderssen*. Der Autor sieht in dem Verständigungspartner nicht den Flüsterer einer Korridorpolitik, sondern á la *Kuhn*, den Boten eines theoretisch zu legitimierenden neuen Paradigmas.⁴⁸ Er räumt offen und schonungslos ein, dass „deals starke Momente von Nötigung“ enthalten, insbesondere unter Hinweis auf das Geständnis als Voraussetzung dafür.⁴⁹ Die Frage, ob das Verhalten der Prozessbeteiligten die Tatbestandsmerkmale eines Delikts verwirklicht (§§ 240, 343 StGB), wird auch von der kommentierenden Literatur nicht von vornherein verneint. *Schlothauer* geht auf die Problematik ein.⁵⁰ Zunächst konsta-

³⁷ Siehe *Hassemer*, JuS 1989, 893.

³⁸ *Weigend*, JZ 1990, 774 (775); es ist interessant, dass der Versuch, den Zusammenbruch der Strafjustiz abzuwenden, (auch) bei der Carolina zur Einführung von Geständnis-erzwingungsmethoden geführt hat. Wie *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12) schreibt: „[...] each of these substitute procedural systems arose in response to the breakdown of the formal system of trial that it subverted“.

³⁹ Gerichte sollen „am Rande der Belastbarkeit“ gewesen sein (BR-Drs. 331/94, S. 1; BT-Drs. 12/1217, S. 1).

⁴⁰ *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12).

⁴¹ *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12).

⁴² *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (13).

⁴³ Dass Drohung und Versprechen die beiden Seiten einer Medaille sind, betont *Gleiß*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, § 136a Rn. 19.

⁴⁴ *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12); genauso *Schünemann* an mehreren Stellen. Pars pro toto: *Schünemann*, in: Weßlau (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008, 2008, S. 555. In dieselbe Richtung mahnt der BGH StV 2003, 737, dass die Freiheit der Willensentschließung nicht dadurch verletzt werden darf, dass für Geständnisse niedrige(re) Strafen versprochen werden.

⁴⁵ *Weigend*, JZ 1990, 774 (778). *Hervorhebung* nur hier.

⁴⁶ *Weigend*, JZ 1990, 774 (778, Fn. 57).

⁴⁷ *Weigend*, JZ 1990, 774 (778); ähnlich *Malek*, StraFo 2005, 441.

⁴⁸ Siehe nur *Lüderssen*, Abschaffen des Strafens?, 1995, S. 327 f., et passim; ausführlich und sehr kritisch dazu bei *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 565 ff.

⁴⁹ *Lüderssen*, Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, 1996, S. 119 (*Hervorhebung* nur hier); ähnlich in: *Lüderssen* (Fn. 48), S. 338: „Die konsensorientierten Handlungen, welche die Rechtsgesellschaft prägen, sind sämtlich getrübt durch latente Momente von Nötigung, durch soziale Strukturen und Zwangsläufigkeiten in der individuellen Sozialisation“; ähnlich *Damaška*, StV 1988, 401: „Es läßt sich nicht abstreiten, dass mit der Situation des Beschuldigten ein Element von Zwang einhergeht“; dazu aus angelsächsischer Sicht *Bibas*, Harvard Law Review 117 (2004), 2463 (2529, et passim).

⁵⁰ *Schlothauer*, in: Niemöller/Schlothauer/Weider (Fn. 25), Teil D Rn. 40 ff.

tiert er, dass der Druck für das Ablegen eines verfahrensabkürzenden Geständnisses subtiler ist, als von § 343 StGB vorausgesetzt wird.⁵¹ Dies weise uns allerdings auf die nächste Möglichkeit hin: § 240 StGB. Auch diese Alternative sei allerdings abzulehnen, zumal die Gegenüberstellung einer schuldunangemessenen niedrigen Strafe (Strafrabatt) und der angedrohten Alternative eines gesetzmäßigen Verhaltens kein rechtswidriges Übel im Sinne des Gesetzes sei.⁵² Differenziert sei die Sache allerdings zu betrachten, wenn die Unangemessenheit der in Aussicht gestellten Rechtsfolge „mit Händen zu greifen“ ist.⁵³ Auch bei *Stuckenberg* ist die Rede von einer „Nötigungssituation“.⁵⁴ Last but not least hat dieselbe Problematik in ihrer Manifestation als „Sanktionsschere“ die (höchstrichterliche) Rechtsprechung mehrmals beschäftigt.⁵⁵ Auf dieses Problem werde ich selbstverständlich zurückkommen.

Was sich schon zu diesem frühen Zeitpunkt feststellen lässt, ist, dass die Vertreter beider Meinungen m.E. das Feld relativ schnell räumen. Die strafrechtlich relevante Willensbeeinträchtigung des Angeklagten wird entweder ohne große Problematisierung bejaht oder verneint. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit dieser Problematik sowie eine vollständige Begründung der jeweiligen Antwort sind bis heute ausgeblieben.⁵⁶ Der Verdacht, dass es sich bei der Verständigung um kriminelles Verhalten handeln soll, ist umso gravierender – entsprechend hoch sind die geltenden Argumentationsstandards –, weil er auf zwei Ebenen wirkt. Erstens: Es geht dabei nicht um (noch) einen Eingriff in das Gefüge der StPO, sondern um eine tiefgreifende strukturelle Veränderung der Architektur des reformierten inquisitorischen Strafverfahrenssystems.⁵⁷ Zweitens: Diejenigen Amtsträger sind davon betroffen, deren Gesetzesbindung „untrennbares Korrelat deren Unabhängigkeit“ ist, zumal es ggf. um kein Kavaliersdelikt geht, sondern um einen schweren Tatbestand, der eine Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren nach sich zieht (§ 343 Abs. 1 StGB, vgl. ebendort Abs. 2).

⁵¹ *Schlothauer* (Fn. 50), Teil D Rn. 40.

⁵² *Schlothauer* (Fn. 50), Teil D Rn. 41 f.

⁵³ *Schlothauer* (Fn. 50), Teil D Rn. 44 f.

⁵⁴ *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 6/2, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 14: „Wie beim plea bargaining wird eine Nötigungssituation geschaffen, indem der Angeklagte vor die Wahl zwischen zwei Üblen verschiedener Größen gestellt wird.“

⁵⁵ Siehe etwa BGH NStZ 2008, 170 f.; betont wird dabei, dass die freie Willensentschließung des Angeklagten in jedem Fall gewahrt bleiben muss, BGHSt 43, 195; BVerfG NJW 1987, 2662. Etwa mit einer Strafmaßdifferenz von 2,5 Jahren (4 Jahre und 6 Monate und 7 Jahre) wird unzulässiger Zwang angenommen, siehe BGH, Urt. v. 27.4.2007 – 2StR 523/06.

⁵⁶ Vgl. *Bibas*, Harvard Law Review 117 (2004), 2463 (2469 ff.).

⁵⁷ Siehe Niemöller/Schlothauer/Weider (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, Vorwort S. V; vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (212, 219).

5. Zur Methodologie: Dem Verdacht nachgehen

§ 152 Abs. 2 StPO verpflichtet die Staatsanwaltschaft zum Einschreiten wegen einer verfolgbaren Straftat, immer dann, wenn „zureichende Anhaltspunkte“ vorhanden sind. Die Kenntnisnahme von Informationen, aus denen geschlossen werden kann, dass möglicherweise eine Straftat begangen worden ist, stellt das auslösende Moment für das Ermittlungsverfahren dar.⁵⁸ Und obwohl der Anfangsverdacht als Voraussetzung für die Inculpation einer Person⁵⁹ als „Schutzwall“ vor staatlichen Übergriffen bezeichnet wird, soll uns dieses suggestive Bild nicht zu der Annahme verleiten, dass die StPO hohe Anforderungen an die Einleitung des Ermittlungsverfahrens stellt.⁶⁰ Zureichende Anhaltspunkte im Sinne der StPO und damit ein Anfangsverdacht liegen bereits dann vor, wenn eine geringe Wahrscheinlichkeit für die Täterschaft spricht. Ähnlich: Die Stimmen in der Literatur, die bisher eher die Form einer vagen Vermutung hatten und auf Details nicht eingingen, vermögen immerhin einen „Anfangsverdacht“ entstehen zu lassen, dass der Kernpunkt der Verständigung, nämlich die „Willensübereinkunft“ über zukünftige Prozesshandlungen,⁶¹ gleichzeitig in den Bereich der Nötigungs- und Aussageerpressungsdogmatik einzuordnen ist.

Es ist also zu fragen, ob die Herstellung einer Strafmaßdifferenz durch ein Strafrabattangebot einen strafrechtlich relevanten psychischen Druck auszulösen in der Lage ist. Bejahendenfalls stellt sich die Frage, wie diese heikle Situation strafprozess- und verfassungsrechtlich zu handhaben ist. Diesbezüglich möchte ich aufgrund fester Ergebnisse der psychologischen Forschung (IV.) das Prozessverhalten des Angeklagten entscheidungstheoretisch kartieren und analysieren. Jene Ergebnisse werden uns einen intensiveren Zugriff auf die Psyche des Angeklagten sowie eine Untersuchung, die bisher unbehandelte Fragen beantworten kann, ermöglichen.⁶² Unternommen wird also eine Modellierung der Prozesssituation, die uns eine Darstellungsform der Verständigung bereitstellen kann, sodass letztere sich reibungslos unter die Tatbestandsmerkmale „seelische Qual“ und „Gewaltandrohung“ nach § 343 Abs. 1 StGB subsumieren lässt.

Besonders im Fokus des Interesses sollen verfassungsrechtliche Aspekte stehen.⁶³ Denn die Straffreiheit der Prozessbeteiligten hängt von der Fähigkeit der Verständigungsdogmatik ab, verfassungsrechtliche Angriffe gegen § 257c

⁵⁸ BVerfG NStZ, 1982, 430; vgl. nur *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 316 f.

⁵⁹ *Kühne* (Fn.58), Rn. 347.

⁶⁰ Pars pro toto *Kühne* (Fn. 58), Rn. 31.

⁶¹ So *Peters*, Urteilsabsprachen im Strafprozess, 2011, S. 8 f., m.w.N.

⁶² *Mausfeld*, Wissenschaft & Frieden 2010, 16, schreibt: „Die Psychologie trägt aber auch dazu bei, die Bedingungen besser zu verstehen, unter denen es zu Folter kommt; sie betreibt *Ursachenforschung*.“ (*Hervorhebung* nur hier); wohlgemerkt: von der Empirie hängt selbstverständlich nicht die Rechtsfolge einer Norm ab, sondern die Auslegungsgrenze recht vager Tatbestandsmerkmale.

⁶³ Genauso *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733.

StPO abzuwehren,⁶⁴ zumal das Bundesverfassungsgericht das Gesetz zur Verständigung nur für noch verfassungsmäßig erklärt hat.⁶⁵ Scheitert § 257c StPO an den Mindestgarantien des Grundgesetzes, wird das Gleis, welches zu einer (zulässigen) materiell-rechtlichen Prüfung des Prozessverhaltens des Richters gem. § 257c StPO hinführt, entsperrt. Und ausgerechnet das Bundesverfassungsgericht hat frühzeitig klargestellt, dass das, was auf dem Spiel steht, nämlich die Einschränkung des Rechtes auf rechtliches Gehör durch Verfahrensabkürzung, nicht ein einfaches prozessuales Recht, sondern eine grundrechtsgleiche Konkretisierung der Menschenwürdegarantie für das gerichtliche Verfahren ist.⁶⁶ Außerdem sei die hier zu untersuchende Aussagefreiheit nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „notwendiger Ausdruck einer auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung“,⁶⁷ sodass der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (vgl. das nemo tenetur-Prinzip) im Rechtsstaatsprinzip verankert ist und Verfassungsrang hat.⁶⁸

6. Über den Begriff der Regelungsimmunität

Noch eine Bemerkung bezüglich der Methodologie dieser Arbeit sei gestattet. Relativ schnell fällt bei der Auseinandersetzung mit der Verständigungsproblematik der offensive Charakter eines großen Teils der Literatur auf. Es wird dabei nicht versucht, die Situation schön zu reden. Die Urteilsabsprache verstoße gegen alle („namhaften“) Prinzipien der Rechtsordnung wie das Legalitätsprinzip, das Inquisitionsprinzip, das Recht auf rechtliches Gehör, die strikte Proportionalität von Strafmaß und die Tatschuld u.v.m., konstatiert *Nestler-Tremel*.⁶⁹ In der Literatur gilt es „weitgehend als ausgemacht, dass die herrschende Absprachenpraxis [...] verfassungswidrig ist“.⁷⁰ Dies sei allerdings „eine eher langweilige Angelegenheit“.⁷¹ Denn „[d]er strafprozessuale Vergleich ist existent. Er braucht nicht erst legalisiert zu werden,

und er lässt sich auch nicht verbieten.“⁷² Die fast metaphysisch anmutende Unvermeidbarkeit der Urteilsabsprache ist zwar irritierend, aber nicht neu. Schon im Jahre 1978, d.h. während die Thematisierung dieser Problematik in Deutschland noch verpönt war,⁷³ erklärt *Heumann* in unmissverständlichem Ton: “[A]bolition [of plea bargaining] is an impossibility [...]. [T]o speak of a plea bargaining-free criminal justice system is to operate in a land of fantasy [...]. Plea bargaining [...] will remain the bedrock for case disposition in all communities“.⁷⁴

Dass die Urteilsabsprache „gravierenden rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt ist“⁷⁵ – nämlich verfassungsrechtlichen Bedenken, die keine gesetzliche Regelung therapieren oder verstummen lassen kann⁷⁶ – wird den Kritikern dieser Praxis argumentativ geschenkt. Denn dogmatische Argumente seien von der „Verfahrenswirklichkeit“⁷⁷ überholt worden. Diesem jeglicher Abwägungsdogmatik entzogenen „strafprozessuale[n] Faktum“⁷⁸ könne man ja nichts entgegensetzen. Weder bessere Einsicht noch äußerer Druck seitens des Gesetzgebers oder der höchstrichterlichen Rechtsprechung vermögen irgendetwas zu bewirken. Für die „von der Droge Absprache“⁷⁹ abhängig gewordene Gerichtspraxis gebe es keine Ausnüchterungszelle.

Oder deutlicher: Bei der Verständigung handle es sich um einen kaum regelbaren Bereich, welchem eine (Regelungs-)Immunität sui generis eingeräumt wird.⁸⁰ Diese seltsame Auffassung ist vor allem deshalb diskussionsbedürftig, weil es dabei – wie bereits gesagt – nicht um Details geht, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des (modernen) Gesetzgebers fallen dürfen, wie die Farbe der Schuhe von Richtern oder physikalische Gesetzmäßigkeiten, die sich der histori-

⁶⁴ Ablehnend dazu *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (777).

⁶⁵ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 3. Leitsatz: „Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung“, vgl. Rn. 64, 116 f.; siehe aber die ebenso scharfe wie präzise Kritik *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212.

⁶⁶ BVerfGE 55, 1 (6); 70, 180 (186); 6, 12 (44); 9, 89; 107, 395; ausführlich dazu bei *Krehl*, in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S. 1055.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 60.

⁶⁸ Vgl. BVerfGE 38, 105 (113 f.); 55, 144 (150 f.); 56, 37 (43); 110, 1 (31).

⁶⁹ *Nestler-Tremel*, KJ 1989, 448 (451 ff.).

⁷⁰ *Ignor*, in: Bundesrechtsanwaltskammer/Bundesnotarkammer (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, Ein Beitrag für die anwaltliche und notarielle Beratungs- und Gestaltungspraxis, 2003, S. 321; *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 21, Fn. 193: „Die nachfolgenden Ausführungen gelten für den hypothetischen Fall der Verfassungsmäßigkeit der Norm“, vgl. Rn. 12 ff.

⁷¹ *Nestler-Tremel*, KJ 1989, 448.

⁷² *Widmaier*, StV 1986, 357.

⁷³ Nämlich vier Jahre, bevor der erste anonyme Beitrag (*Detlev Deal = Weider*), StV 1982, 545, im deutschsprachigen Raum erschienen ist; siehe auch *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, 1017 (1020).

⁷⁴ *Heumann*, Plea Bargaining, The Experiences of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys, Chicago 1978, S. 157, 162, 170; ähnlich *Ashworth*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 19: „[t]he clock cannot be turned back“. Siehe aber *Schulhofer*, Harvard Law Review 97 (1984), 1037 (1038).

⁷⁵ *Meurer*, NJW 2000, 2944.

⁷⁶ *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (734 f.), bemerkt treffend, dass unter Verweis auf „faktische Zwänge“ oder die Rechtswirklichkeit, „die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit solcher Regelungen [mit der geltenden Rechtsordnung] durchwegs nicht oder unzureichend hinterfragt wird“.

⁷⁷ *Meurer*, NJW 2000, 2944: „Die Verfahrenswirklichkeit hat die klassische und ausschließlich an den Text der Strafprozessordnung gebundene ‚reine Lehre‘ unumkehrbar überholt“.

⁷⁸ Siehe *Meyer-Göfner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 57. Aufl. 2014, Einl. Rn. 119a, m.w.N.

⁷⁹ Ausdrücklich so bei *Weigend*, NSTZ 1999, 63.

⁸⁰ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 2 m.w.N.

schen Kontingenz entziehen. Einem „Stück Rechtswirklichkeit“, welches seine eigene Unabänderlichkeit suggeriert, liegt eine Annahme zugrunde, die ich Regelungsimunitätstheorie nennen möchte. Diese lautet: Die Urteilsabsprachen haben einen intrinsischen Wert, der ihnen einen positiven normativen Status verleiht. Dieser Status soll wie ein absoluter Wert (theologischer Herkunft) fungieren und hebt die Urteilsabsprachen auf die Höhe einer physikalischen Notwendigkeit. Er verleihe ihnen nämlich „unüberwindliche Faktizität“.⁸¹ Nicht regelbare Bereiche des sozialen Lebens lassen allerdings eine rechtsdogmatische Untersuchung als fraglich bzw. redundant erscheinen. Ein rechtliches Phänomen, das zugleich seine rechtswissenschaftliche Untersuchung ausschließt, ist ein Unding und führt zu einem Kommunikationszusammenbruch, denn gewisse Vorannahmen, die jegliche rechtsdogmatische Debatte schultern, werden in Frage gestellt. Eine solche die Rechtswissenschaft konstituierende Vorannahme beteuert jedenfalls das Bundesverfassungsgericht in seinem Verständigungsurteil, wenn es sagt, „dass im Rechtsstaat des Grundgesetzes das Recht die Praxis bestimmt und nicht die Praxis das Recht“.⁸² Den „Pragmatismus“ der nach wie vor die Beweislast tragenden Autoren,⁸³ denen zufolge die Urteilsabsprachen sich nicht regeln lassen bzw. regelungsimmun seien, teile ich nicht.⁸⁴ Daher möchte ich an die Problematik strafrechtsdogmatisch herangehen.

II. Zur Strukturanalyse des § 257c StPO

1. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 257c StPO

Das GzViS, womit nach dem Bundesverfassungsgericht die Zulassung von Verständigungen im Strafverfahren eine abschließende Regelung erfahren hat,⁸⁵ hat – erwartungsgemäß – die heftige Diskussion nicht zur Ruhe gebracht.⁸⁶ Zentrale Vorschrift⁸⁷ des GzViS und Schnittpunkt für den operativen Eingriff in das Normengefüge der StPO ist § 257c StPO. Es wäre also keine schlechte Idee, unsere ganze Aufmerksamkeit (nur) auf § 257c StPO zu lenken, denn eine Voraussetzung dafür, die Verständigung im Strafverfahren als strafrechtsrelevante Willensbeeinträchtigung (nämlich als Nötigungselement) aufzufassen, ist ein klares Verständnis dessen, worin das strafprozessordnungsgemäße Verhalten der Pro-

zessbeteiligten besteht. Mit Prozessverhalten meine ich die Menge der „Handlungs- und Verhaltensoptionen“, die den Prozessbeteiligten zur Verfügung stehen.⁸⁸ Insbesondere scheint § 257c Abs. 1 S. 2 StPO die Diskussion nicht nur bezüglich der Vereinbarkeit der Verständigung mit dem Normengefüge der StPO, sondern insbesondere mit dem Grundgesetz zu beenden. Vielmehr lässt er jegliches Forschungsvorhaben, die Urteilsabspracheregelung als Aussageerpressung aufzufassen, als sinnlos erscheinen. Denn die Regelung dient der Verständigung als Einigelung. Von der maßgeblichen Überflüssigkeit der Verständigung abgesehen – solange der Trichter sowieso eine „für die Verurteilung notwendige persönliche Gewissheit“ (vgl. BGHSt 10 208 [209]) schöpfen soll⁸⁹ – scheint die Möglichkeit einer strafwürdigen Willensbeeinträchtigung des Angeklagten zwecklos. Denn das Verständigungsgesetz statuieren kein neues, „konsensuales“⁹⁰ Verfahrensmodell. „Vielmehr integriert es die von ihm zugelassene Verständigung in das geltende Strafprozessrechtssystem und zwar mit dem Ziel, weiterhin ein der Erforschung der materiellen Wahrheit und der Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe verpflichtetes Strafverfahren sicherzustellen.“⁹¹ Eine materiellrechtliche Prüfung des Regelwerks von Urteilsabsprachen ist auf den ersten Blick unzulässig. Um den Weg wieder frei zu machen, soll man nichts Geringeres tun, als die Einigelung der Verständigung zu sprengen, nämlich zu zeigen, dass zwischen Verständigung und Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit derart strukturbedingte Widersprüche bestehen,⁹² dass die Symbiose⁹³ beider Vorschriften nur um den Preis einer unauflösbaren Widersprüchlichkeit der Rechtsordnung vertretbar ist. Der Rechtssystemrelevanz (jeglicher Norm) kommt im Fall des § 257c StPO auch aus einem weiteren Grund eine zentrale Rolle zu.⁹⁴ Denn dadurch wird der neuralgische Punkt par excellence, das differentium specificum der Strafprozessordnung geregelt.⁹⁵ Nicht ohne

⁸⁸ So Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 36.

⁸⁹ Ähnlich Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (215).

⁹⁰ BT-Drs. 16/12310, S. 8; der Gesetzesbegründung folgte das BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 45: „Dem Zeitgeist folgend versuche der Gesetzgeber, unter dem Deckmantel der Förderung eines offenen und kommunikativen Verhandlungsstils Versäumnisse bei der Ausgestaltung und Praktikabilität des formellen und materiellen Rechts zu kompensieren“.

⁹¹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 65.

⁹² Stuckenberg, ZIS 2013, 212 (215).

⁹³ Vgl. die Ausführungen bei Fezer, NSTz 2010, 177 (181).

⁹⁴ Nach Lüderssen (Fn. 48), S. 331, werden mit der Urteilsabsprache „sämtliche Grundlagenprobleme des Strafrechts aufgeworfen“.

⁹⁵ Denn im Beweiskriterium besteht der Dreh- und Angelpunkt jedes Rechtssystems: „The great chasm that separates the modern continental legal systems from the Anglo-American systems is largely about the conduct of fact-finding“, so Langbein, Columbia Law Review 96 (1996), 1168; Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Bd. 3, 1765-69, S. 330, bemerkt „experience will abundantly

⁸¹ Kritisch dazu Stuckenberg (Fn. 54), § 257c Rn. 2.

⁸² BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 119.

⁸³ Dazu bei Gössel, in: Weßlau (Fn. 44), S. 495 (555).

⁸⁴ Siehe auch Stuckenberg (Fn. 54), § 257c Rn. 2.

⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 75c (zugleich 4. Leitsatz) = NJW 2013, 1058.

⁸⁶ Deutlich in diese Richtung Peters (Fn. 61), S. 4; Brodowski, ZStW 124 (2012), 733; sehr kritisch dazu Stuckenberg, ZIS 2013, 212: „Der Gesetzgeber schuf daraufhin erstaunlich rasch und mit einer beschämend sachblinden Begründung, die nicht einmal ein ansatzweises Bewusstsein für die Tragweite der Änderung [...] erkennen lässt und statt dessen den unerklärlichen Irrtum enthält, dass die wissenschaftliche Literatur Absprachen mehrheitlich befürwortete“ was wurde geschaffen? – einfügen!.

⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 9.

Grund liegt also der Fokus in der Literatur auf den strukturellen Eigenschaften der Verständigungsregelung. Erwartungsgemäß wird diesbezüglich eine polarisierte Debatte geführt. Auf der einen Seite stehen die Kritiker der Verständigung, denen zufolge der Versuch, die Absprachepraxis in das Prozesssystem einzubetten, der „Quadratur des Kreises“ ähnelt.⁹⁶ Unmissverständlich spricht *Hamm* von einem „Super-GAU“⁹⁷ des formalen Verfahrens, der sämtliche Prinzipien des Strafrechts über den Haufen werfe bzw. die gesamte dogmatisch-logische Struktur des Strafverfahrens außer Kraft setze. Nach *Weßlau* sind die tragenden Maximen des deutschen Strafprozesses im Laufe dieser Entwicklung zunehmend ausgehöhlt worden.⁹⁸ Die Verständigung, so könnte man dieses Meinungslager zusammenfassen, lässt sich nach h.M. mitnichten mit strukturellen Fixpunkten der Rechtsordnung in Verbindung setzen und signalisiert einen Abschied vom Rechtsstaat.⁹⁹

Den überwiegend kritischen Stimmen in der Literatur stehen Vertreter der Anwaltschaft sowie der Gesetzgeber gegenüber.¹⁰⁰ Der Gesetzesbegründung zufolge lässt die Verständigung sich als formalisierter Ablauf reibungslos in das geltende Strafprozessrecht integrieren. Prozessuale Grundsätze, insbesondere „die Aufklärung des Sachverhaltes von Amts wegen und zur vollen Überzeugung des Gerichts als Grundlage des Urteils“, seien davon „unangetastet“.¹⁰¹ Dieses Regelungskonzept operiere an der Systematik der Rechtsordnung, ohne ‚lebenswichtige Gefäße‘ zu stören. „Es gelten weiterhin die Grundsätze des Strafverfahrens“.¹⁰² Auf das Prinzipienetz der Strafprozessordnung geht auch das Bundesverfassungsgericht ein. Betont wird, dass § 257c Abs. 1 S. 2 StPO den Raum für Verständigung spürbar einengt.¹⁰³ Diese scheinbare Normenkollision sei allerdings „nicht etwa Ausdruck einer unauflösbaren inneren Widersprüchlichkeit der Norm, sondern achte das ausdrückliche Ziel des Gesetzgebers, die Verständigung mit den Grundsätzen der Amtsaufklärung nach § 244 Abs. 2 StPO und der richterlichen Überzeugungsbildung in Einklang zu bringen“.¹⁰⁴ Die Störfälle bei der Gesetzes(nicht)anwendung¹⁰⁵ stellten bloß eine Funktion

des sehr kurzen Zeitraums der „Geltungsdauer der gesetzlichen Schutzmechanismen“ dar, insbesondere im Hinblick auf den Zeitraum, in dem die Absprachen gesetzlich nicht geregelt waren.¹⁰⁶ Dies wäre der Fall, so das Bundesverfassungsgericht, falls die (offen zugegebene) verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift(en) des GzViS selbst zurückführbar und „mithin Ausdruck eines *strukturbedingt* zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist“.¹⁰⁷ Dies sei aber nicht der Fall, da „es [keine] strukturelle[n] Mängel des gesetzlichen Regelungskonzepts sind, die zu dem bisherigen Vollzugsdefizit geführt haben könnten“.¹⁰⁸

Auf die Erforderlichkeit einer Strukturanalyse der Strafprozessrechtsordnung machen uns also nicht die vielen zufolge praxisferne Rechtstheorie,¹⁰⁹ sondern spätestens die strafprozessrechtliche Literatur und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aufmerksam. Zugleich stellt uns das Bundesverfassungsgericht vor eine Herausforderung. Gelingt uns zu zeigen, dass der Vollzugsmangel nicht eine Funktion der geringen Lernbereitschaft seitens der Gerichtspraxis oder der geringen Zeit, um den neuen Schutzmechanismus zu inkorporieren, sondern systemimmanent und just auf § 257c StPO zurückzuführen ist, dann ist a) die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes begründet worden und b) der Weg zu einer materiell-rechtlichen Untersuchung des Prozessverhaltens nach § 257c StPO wieder frei. Ich möchte die oben dargestellte Herausforderung aufgreifen und auf die Strukturproblematik eingehen. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die Verständigungsregelung aus zwei Gründen unter systemimmanenten Schwächen bzw. unauflösbaren inneren Widersprüchlichkeiten leidet. Der erste Grund (II. 2.) wird die strukturelle Unvereinbarkeit der neuen Regelung mit den tragenden Prinzipien der Strafprozessordnung beleuchten. Der zweite Grund (II. 3.), dessen Erläuterung die Bejahung des ersten voraussetzt, wird aufzeigen, dass die Herstellung einer Strafmaßdifferenz und dadurch die Erzeugung psychischen Drucks beim Angeklagten nicht eine Nebenerscheinung des GzViS, sondern dessen Triebkraft ist.

2. Erster systematischer Punkt: Die Fixierung der Sachverhaltsfeststellungsdogmatik auf die Wahrheitsproblematik

Die explizite Betonung der Aufklärungspflicht des Tatrichters in § 257c Abs. 1 S. 2 StPO hat hohe Wellen geschlagen. Die Rede ist von einem „Grundwiderspruch des Verständigungsreglements“¹¹⁰, über eine Erosion der Wahrnehmung

Altenhain mit der Durchführung einer repräsentativen empirischen Untersuchung zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren. Die empirischen Daten *Altenhains* zeichnen ein düsteres Bild: Mehr als die Hälfte der Richter gab an, dass in mehr als der Hälfte aller Verfahren mit Absprachen die gesetzlichen Vorschriften zur Verständigung verletzt wurden.

¹⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 119.

¹⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 188 (*Hervorhebung* nur hier).

¹⁰⁸ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 120.

¹⁰⁹ Vgl. nur *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 195.

¹¹⁰ *Ambos/Ziethn*, in Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2011, § 257c Rn. 17.

show, that above a hundred of our lawsuits arise from disputed facts, for one where the law is doubted of“.

⁹⁶ So wörtlich *Weigend*, NStZ 1999, 63; *Saliger*, JuS 2006, 12.

⁹⁷ *Hamm*, in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 521 (539).

⁹⁸ *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 151 (171).

⁹⁹ Pars pro toto *Weigend*, NStZ 1999, 63.

¹⁰⁰ Die erklärte Absicht des Gesetzgebers, BT-Drs. 16/12310, S. 1, war, die Urteilsabsprachen so zu regeln, „dass sie mit den tradierten Grundsätzen des deutschen Strafverfahrens übereinstimmen“.

¹⁰¹ BT-Drs. 16/12310, S. 9.

¹⁰² BT-Drs. 16/12310, S. 8.

¹⁰³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 72.

¹⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 72.

¹⁰⁵ Der 2. Senat des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 51) beauftragte

der Aufklärungstätigkeit¹¹¹ bis zu einer „Angstklausel“.¹¹² Das Bundesverfassungsgericht sah darin die Zielsetzung, die Verständigung mit der Untersuchungsmaxime in Einklang zu bringen.¹¹³ *Stuckenberg* hat bereits in seiner Urteilsanmerkung zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ebenso knapp wie präzise darauf aufmerksam gemacht, dass 257c Abs. 1 StPO dem Tatrichter ein Handlungsmuster zur Verfügung stellt, welches nur dann „funktioniert, wenn man sich über [...] [§] 257c Abs. 1 S. 2 StPO, hinwegsetzt.“¹¹⁴ Im Folgenden geht es mir um einen intensiveren Zugriff auf die Sachverhaltsfeststellungsdogmatik, damit aufgrund des Phänomens der „doppelten Verlagerung der Wahrheitsproblematik“ (II. 2. d) die strukturelle Inkompatibilität zwischen § 257c StPO und der Rechtsordnung beleuchtet werden kann.

a) Das Phänomen der doppelten Verlagerung

Obwohl die Behandlung der Wahrheitsproblematik den hiesigen Rahmen sprengen würde, kann auf folgende Bemerkungen nicht verzichtet werden. Es lässt sich nicht bezweifeln, dass Gerichtsurteile am Ideal der Wahrheit orientiert sind. Anders als im Kulturkreis etwa der Inuit, bei welchen Gesangsduellen bzw. -wettbewerben eine disputative und soziale Konflikte lösende Funktion zukommt,¹¹⁵ sind Handlungen und vor allem Entscheidungen im engeren Sinne tatsachenorientiert. Das Prinzip der „materiellen Wahrheit“ wird als das „Fundamentalprinzip“¹¹⁶ des reformierten Inquisitionsprozesses angesehen, auf welchem sowohl die Gesetzgeber der einzelstaatlichen Strafprozessordnungen als auch der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung das Strafverfahrenssystem aufgebaut haben. Und obwohl das Prinzip der „materiellen Wahrheit“ als genetisches Merkmal und normativer Fixpunkt des Strafverfahrens angesehen wird, wird seit Jahrzehnten der Inhalt der forensischen Wahrheit kontrovers diskutiert.¹¹⁷ Das Problem verschärft sich, da die Wahrheitsproblematik als fachspezifisches Problem der Sachverhaltserforschungsdogmatik behandelt wird: Der Jurist wolle wissen, was „seine Wahrheit“ bedeutet.¹¹⁸ Zunächst lassen sich hier-

gegen zwei Einwände anführen. Erstens: Der Begriff „Wahrheit“ ist philosophischer¹¹⁹ und nicht juristischer Natur. Daher sind die Ansätze und Fragestellungen der Philosophie richtungweisend,¹²⁰ wenn nicht verbindlich. Ferner ist der Wahrheitsbegriff kein eindeutiger und fachgebundener, sondern ein vieldeutiger, disziplinübergreifender Begriff. Er variiert nicht mit der Disziplin, sondern mit der jeweiligen Erkenntnistheorie.¹²¹ D.h., „Wahrheit“ ist auf unser jeweiliges Wissensverständnis angewiesen. Nach *Gloy* entspricht der Fülle der Theorien über Erkenntnis „Zug um Zug die Zahl der Wahrheitsbegriffe“, sodass die Diversität von Wahrheitsbegriffen das „Faktum der Erkenntnis“ unberührt lässt: „Erkenntnis, wo immer sie auftritt, tritt mit dem Anspruch auf Wahrheit auf, Begriff und Theorie der Wahrheit mögen sein, welche sie wollen.“¹²² Die Rede ist i.d.S. vom Primat der Erkenntnis. Interessant (und strafprozessrechtsrelevant) ist also nicht der Inhalt oder die Definition von „Wahrheit“ sondern die Präzisierung der Bedingungen, unter denen ein Tatrichter einen Wissensanspruch erheben kann, nämlich die dem zu fällenden Urteil zugrunde liegende Rechtfertigungsstruktur. Zweitens: Spätestens seit *Alfred Tarski* können wir davon ausgehen, dass Wahrheit ein undefinierbares Konzept ist.¹²³ *Davidson* sieht den Versuch, Wahrheit zu definieren, als „Torheit“ an.¹²⁴ Aus der juristischen Literatur hat *Neumann* eindringlich darauf verwiesen, dass der Versuch, dem Begriff „Wahrheit“ einen propositionalen Gehalt zukommen zu lassen, als „essentialistisch diskreditiert“ gelten kann.¹²⁵ Das heißt aber noch lange nicht, dass es zwecklos wäre, dieses Konzept in Zusammenhang mit anderen erkenntnistheoretischen Begriffen, wie „Wissen“ und „Rechtfertigung“, zu bringen. Als „wahr“ gilt das, worauf man einen berechtigten Wissensanspruch erhebt. Was Wahrheit ist, kann nicht sinnvoll diskutiert werden.

b) Die erste Verlagerung: § 261 StPO – § 244 Abs. 2 StPO

Die zwei oben skizzierten Gründe vermögen m.E. den Transformationsprozess, welchem der Wahrheitsbegriff unterliegt, zu erklären. Die mit *Descartes* beginnende Relokalisierung der Wahrheitsdebatte führt dazu, dass „Wahrheit“ sich auf „Gewissheit“ reduziert.¹²⁶ Folge dessen ist, dass Wissen (bzw. Wissenszuschreibung) den Ausschluss jedes Zweifels

¹¹¹ *Fabricius*, in: Degener/Hegmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag, 2012, S. 71 (89).

¹¹² *Heller*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – no big deal?, 2012, S. 187.

¹¹³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 72.

¹¹⁴ *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215); ausführlich dazu *ders.* (Fn. 54), § 257c Rn. 12.

¹¹⁵ Siehe die anthropologische und äußerst spannende Studie zu diesem Thema von *Eckert/Russell*, *Ethnology* 19 (1980), 191; *Ho*, *A Philosophy of Evidence Law*, 2008, S. 3 f., m.w.N.; diesen fundamentalen Parameter unserer (Streit-)Kultur müssen Verfechter prozessualer Theorien berücksichtigen.

¹¹⁶ *Fezer*, NSStZ 2010, 177.

¹¹⁷ Einen guten Überblick der Wahrheitsdebatte bietet *Stamp*, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, 1998, passim.

¹¹⁸ Dieses Erfordernis stellt *Paulus* auf, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 687: „Der – theoretisch über oder/und

praktisch im Prozeß arbeitende – Jurist muß wissen, was seine Wahrheit bedeutet“.

¹¹⁹ In Bezug auf die Frage nach dem Charakter des Wahrheitsbegriffs siehe u.a. *Grundmann*, *Analytische Einführung in die Erkenntnistheorie*, 2008, S. 33: „Der Begriff der Wahrheit ist streng genommen kein erkenntnistheoretischer Begriff“.

¹²⁰ Vgl. *Paulus* (Fn. 118), S. 687.

¹²¹ *Gloy*, *Wahrheitstheorien*, 2004, S. 67.

¹²² Drei Zitate: *Gloy* (Fn. 121), S. 67.

¹²³ So *Davidson*, *The Journal of Philosophy* 93 (1996), 263 (265).

¹²⁴ *Davidson*, *The Journal of Philosophy* 93 (1996), 263, et passim.

¹²⁵ So *Neumann*, *Wahrheit im Recht*, 2004, S. 8 f.

¹²⁶ Siehe nur *Gloy* (Fn. 121), S. 134.

voraussetzt.¹²⁷ Als „wahr“ können wir nur das akzeptieren, was gegen etliche ins Spiel gebrachte Zweifel gesichert ist. Die juristische Diskussion dreht sich also um den Grundbegriff der Wahrheit, welchem, so pflegt man zu betonen, „der Tatrichter verpflichtet ist“.¹²⁸ Doch der oben gezeichnete Transformationsprozess macht uns verständlich, weshalb die Verortung der Diskussion in dem Bereich der freien Beweiswürdigung plausibel erscheint.¹²⁹ Dadurch kann man auch verstehen, weshalb Probleme der strafprozessualen Wahrheit gemeinhin nicht im Rahmen des § 244 Abs. 2 StPO, also der den Wahrheitsbegriff *expressis verbis* enthaltenen Vorschrift erörtert werden, sondern im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO),¹³⁰ scil. der wohl wichtigsten und in ihren Grundlagen und Auswirkungen schwierigsten Vorschrift unseres Strafverfahrensrechts.¹³¹ Damit scheint letztlich auch die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung, die verlangt, dass der Tatrichter seiner Sachentscheidung das zugrunde legt, wovon er voll überzeugt ist, nicht mehr einer erkenntnistheoretischen Grundlage zu entbehren.¹³² Juristen, „die wissen wollen, was ihre Wahrheit bedeutet“, werden also nicht auf § 244 Abs. 2 StPO, als *locus classicus*, sondern auf § 261 StPO (und dessen Dogmatik) verwiesen. Technisch formuliert: Immer dann, wenn man unter Ungewissheit eine Entscheidung trifft, wird ein Sachverhalt *p* als wahr behandelt, *weil* man überzeugt ist, dass *p* der Fall ist. Es trifft also nicht zu, dass man überzeugt ist, dass der Sachverhalt *p* der Fall ist, weil *p* wahr *ist*.¹³³

c) Die zweite Verlagerung: § 267 Abs. 1 StPO – § 261 StPO

Oben wurde kurz skizziert, wie sich Wahrheit auf Gewissheit reduzieren lässt. Ein Tatrichter muss also mit Gewissheit die ins Spiel gebrachten Zweifel ausräumen können, damit er vom Vorhandensein des Sachverhalts überzeugt sein darf. Dennoch: Wie viele bzw. welche Zweifel dürfen einen Schuldspruch verhindern? Die höchstrichterliche Rechtsprechung sowohl in der BRD als auch in den USA sieht in der strafprozessualen Denkfigur „proof beyond a reasonable doubt“/„Beweis jenseits vernünftiger Zweifel“ eine Lösung für diese Problematik. Ein Tatrichter braucht nicht alle, son-

dern nur die „vernünftigen“ Zweifel auszuschließen. Spätestens das lenkt unsere Aufmerksamkeit auf die epistemische Tätigkeit des Tatrichters, nämlich auf dessen Begründungspflicht. Es ist bekannt, dass Urteilsaufhebungen durch Revisionsgerichte wegen mangelhafter Beweiswürdigung im tatrichterlichen Urteil seit langem zum Alltag der Strafjustiz gehören¹³⁴ – und das, obwohl der Wortlaut des § 267 Abs. 1 StPO den Tatrichter nicht verpflichtet, eine Beweiswürdigung vorzunehmen.¹³⁵ Rechtfertigung ist indes nicht einfach ein Tatbestandsspezifikum der §§ 261, 267 StPO. Vielmehr handelt es sich dabei um eine notwendige Bedingung jeder Entscheidung. Um eine bekannte Apostrophierung der (Sprach-) Philosophie einmal in anderem Kontext zu verwenden: Die Begründung ist nicht die Verkleidung, sondern das Gerüst einer Entscheidung.

Dies kann u.a. befriedigend erklären, weshalb die Notwendigkeit der Begründung unabhängig von der Anfechtbarkeit eines Strafurteils ist. *Wagner* merkt an, dass niemand auf die Idee käme, etwa für Revisionsurteile zu postulieren, sie bedürften mangels Anfechtbarkeit keiner Begründung.¹³⁶ Ein Beschluss beispielsweise des Bundesgerichtshofs, „der mit Gründen nicht versehen ist“, verletzt laut dem Bundesverfassungsgericht das Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 3 Abs. 1 GG.¹³⁷ Damit sind wir also beim Problem der Struktur der Rechtfertigung und beim Suchen einer Strategie der Entgegnung auf das sog. Münchhausen (Agrippas)-Trilemma, nämlich (s.o.) unter welchen epistemischen Bedingungen (d.i.: die Rechtfertigungsstruktur) man sich selbst oder anderen Wissen zuschreiben kann.

§ 244 Abs. 2 StPO enthält also einen doppelten Verweis. Die Wahrheitsproblematik wird zu Gewissheitsproblematik; was wiederum als gewiss gilt bzw. gelten darf, hängt von der Struktur der Rechtfertigung ab.¹³⁸ Rechtfertigung ist nicht eine – ganz im Sinne des US-amerikanischen Rechtsrealismus – im Nachhinein gelieferte „Begründung“ einer irgendwie getroffenen Entscheidung, sondern ein aufgrund der jeweiligen Rechtfertigungsstruktur erhobener Wissensanspruch. Letztere schreibt vor, welche Zweifel als „vernünftig“ gelten und daher auszuschließen sind, sowie welche als „unvernünftig“ gelten, sodass man sie bloß ignorieren kann.

Wohlgemerkt: Die oben skizzierte doppelte Verlagerung signalisiert keineswegs einen Abschied vom Begriff der Wahrheit etwa einem konsensualen Wahrheitsbegriff zuliebe.¹³⁹ Ganz im Gegenteil: Man konzentriert sich auf das We-

¹²⁷ Eingehend dazu *Colman*, in: Udo Thiel (Hrsg.), John Locke, Essay über den menschlichen Verstand, 2008, S. 199 f.

¹²⁸ *Stamp* (Fn. 117), S. 15.

¹²⁹ Vgl. *Stamp* (Fn. 117), S. 157 f.

¹³⁰ Diese Frage stellt *Stamp* (Fn. 117), S. 157.

¹³¹ *Hassemer* (Fn. 6), S. 112.

¹³² Vgl. BGHSt 10, 208 (209 f.).

¹³³ Eingehend dazu bei *Williams*, Problems of Knowledge, 2001, S. 239; nach dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 70, 209 [308]) ist es eine „unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, daß Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen“. Es gelte das „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“ (BVerfGE 70, 209 [309], vgl. BVerfGE 57, 250 [277]; 118, 212 [231]). Es liegt auf der Hand, dass „bestmögliches Beweisergebnis“ eine Sache ist, „materielle Wahrheit“ aber eine ganz andere.

¹³⁴ *Wagner*, ZStW 106 (1994), 259.

¹³⁵ Der Tatrichter ist nur verpflichtet, „die für erwiesen erachteten Tatsachen anzugeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden“ (§ 267 Abs. 1 StPO).

¹³⁶ *Wagner*, ZStW 106 (1994), 259 (275 f.).

¹³⁷ Vgl. BVerfGE 49, 67; 55, 205 f.

¹³⁸ Von vielfacher Überdeckung zwischen beiden Vorschriften (§§ 261, 267 StPO) spricht auch *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 6.

¹³⁹ Der Grund dafür, dass das Phänomen der doppelten Verlagerung der Wahrheitsdebatte nicht hinreichend herausgearbeitet wurde, ist die Fixierung der (polarisierten) Debatte auf den Begriff „Wahrheit“. Auf der einen Seite gibt es die mate-

sentliche. Denn in dem Moment, da man sich mit dem Problem der Sachverhaltserforschung auseinandersetzt, verlässt man die Position des Wissenden – wo wir bereits wissen, was der Fall ist – und nimmt die Position des Ignoramus ein.¹⁴⁰ Sodann argumentiert man unter Unsicherheit, und von „wahren Aussagen“ kann nicht die Rede sein. Stattdessen kann

riellen Wahrheitstheorien, die verlangen, dass dem Urteil das zugrunde gelegt wird, was wirklich passiert ist. Die Sachverhaltsfeststellung sei der Korrespondenztheorie der Wahrheit verpflichtet. Wie (pars pro toto) *Gössel* (Fn. 83), S. 514, betont: „Wer korrespondenztheoretische Wahrheitsbegriffe ablehnt, entzieht damit jeglicher Forschung die Grundlage.“ Auf der anderen Seite stehen Anhänger prozessualer Wahrheitstheorien, die „das Prinzip der ‚materiellen Wahrheit‘ als systematische[s] Zentrum unserer Prozeßfiguren“ (pars pro toto *Schünemann*, in: Gamm [Hrsg.], *Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, Festschrift für Gerd Pfeiffer zum Abschied aus dem Amt als Präsident des Bundesgerichtshofes*, 1988, S. 461 [462]) kritisieren. Für sie werden durch diese Verfahrensstruktur Probleme geschaffen, „die ohne es nicht existieren würden“ (ebd.). Jene die Wahrheit suchende Struktur erzeuge eine „unüberbrückbare Diskrepanz“ zwischen Verfahrensziel und dem gefällten Urteil, sodass die Rede nur von einer „tunliche[n] Annäherung“ (*ders.* [Fn. 44], S. 559) an die materielle Wahrheit sein kann. Das korrespondenztheoretische Programm der „objektiven Wahrheitsfindung“ führe also zu einer Überforderung der Strafjustiz (*ders.* [a.a.O. – FS Pfeiffer], S. 475). Objektive Wahrheitsfindung sei eine „Chimäre“ (ausdrücklich so bei *ders.* [a.a.O. – FS Pfeiffer], S. 481) eine metaphysisch/theologisch kontaminiertes Konzept, das zugunsten eines konsensualen Verfahrens zurücktreten solle: „Interaktion, Konsens und strikte Neutralität“ (*ders.* [a.a.O. – FS Pfeiffer], S. 481.) statt der Suche nach einem Phantom. Diese Debattenstruktur – der Streit zwischen materiellen und prozessualen Wahrheitstheorien – geht allerdings von einer geradezu falschen Prämisse aus. Realistische Wahrheitstheorien kann man mitnichten auf die Korrespondenztheorie der Wahrheit reduzieren. Metaphysisch (im theologischen Sinne) ist nicht der nicht definierbarer Begriff von Wahrheit, sondern die Korrespondenztheorie der Wahrheit, da sie auf ein *tertium comparationis*, ein Wesen mit dem Status Gottes, angewiesen ist. Prozessuale Wahrheitstheorien schießen also gegen den falschen Gegner. *Stübinger* (Fn. 48), S. 561, hat bereits gezeigt, dass die Etablierung einer rechtlich bedenklichen Praxis (Verständigung) die Charakterisierung des Verfahrensprogramms der StPO als unrealistisch voraussetzt. Das Problem dabei ist aber nicht der Begriff „Wahrheit“, gegen den sich die Verfechter der Verständigungspraxis richten. Relevant für die gerichtliche Praxis und die Strafprozesslehre ist der Begriff „Erkenntnis“, nämlich unter welchen Bedingungen ein Tatrichter einen Wissensanspruch erheben darf. An diesem Punkt ist m.E. die juristische Wahrheitsdebatte vorbeigegangen.

¹⁴⁰ Begriff bei *Ernst*, *Das Problem des Wissens*, 2002, passim; *ders.*, in: *Tolksdorf* (Hrsg.), *Conceptions of Knowledge*, 2012, S. 307; für die forensische Umsetzung dieses Ansatzes siehe bei *Kotsoglou*, *Law, Probability and Risk* 2013, 1.

man nur von begründeten Wissensansprüchen sprechen. Wie *Wittgenstein* anmerkt: „Wenn das Wahre das Begründete ist, dann ist der Grund nicht wahr, noch falsch.“¹⁴¹

d) § 257c Abs. 1 S. 2 StPO als *petitio principii*

Das Phänomen der doppelten Verlagerung vermag die Zirkularität der Regelung auf den Punkt zu bringen. Man – jedenfalls ein Rechtswissenschaftler – braucht keine Stellung zu beziehen, ob eine materielle oder prozessuale Wahrheitstheorie bessere Argumente für sich hat. Was man tun soll ist freilich, § 244 Abs. 2 StPO systematisch auszulegen. Durch einen darin enthaltenen doppelten Verweis wird man sich mit dem Problem der Rechtfertigung eines Urteils auseinandersetzen müssen, dessen „wirklicher Wahrheitswert“ von einem epistemischen Standpunkt aus betrachtet nicht entscheidbar ist. Spätestens das verschafft uns Klarheit darüber, dass wir mit § 257c Abs. 1 S. 2 eine *petitio principii* begehen. Denn der Richter muss demgemäß davon überzeugt sein und die jeweils vernünftigen Zweifel ausschließen (können), worüber (und vor allem: während) verhandelt wird. Er muss seinem Urteil das zugrunde legen, was bei der Verständigung Verhandlungsobjekt sein wird.

Der Versuch des Gesetzgebers, die Verständigungsregelung zu retten, mündet in einen Kreis. Denn entweder hat der Tatrichter sich bereits am Anfang des Prozesses über das zu verständigen, wovon er erst am Ende des Verfahrens ggf. überzeugt wäre, oder er braucht am Ende des Prozesses nicht mehr von der Möglichkeit einer Verständigung Gebrauch zu machen, da er entweder eine volle Überzeugung geschöpft hat oder nicht. Raum für Verständigung bleibt im letzteren Fall nicht. Mit anderen Worten: Ein Richter, der bereits am Anfang der Hauptverhandlung eine „volle Überzeugung“ geschöpft hat – das ist wie oben gezeigt, die einzige Variante, in der eine Verständigung sinnvoll wäre – verletzt § 261 StPO („aus dem Inbegriff der Verhandlung“), der untrennbar mit § 244 Abs. 2 StPO verknüpft ist. Ein Rechtssystem hat also den Untersuchungsgrundsatz, nämlich das unverzichtbare *differentium specificum* des kontinental-europäischen Strafverfahrens,¹⁴² einzubüßen, um die Verständigung einzuführen. Laut dem Bundesverfassungsgericht liegt eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren erst dann vor, wenn „[...] rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben wurde.“¹⁴³ Genau so ein Fall liegt bei der Verständigung vor. Der Ermittlungsgrundsatz und der Anspruch auf tatsachenorientierte Gerichtsurteile sind also mit der „Verständigung im Strafverfahren“ unvereinbar. Dieser begriffliche (und nicht formal-logische) Widerspruch¹⁴⁴ macht uns verständlich, weshalb die Verständigung nicht die Verkürzung, sondern die

¹⁴¹ *Wittgenstein*, *Über Gewißheit*, Werkausgabe, Bd. 8, 1984, § 205.

¹⁴² Exemplarisch so bei *Langbein*, *Columbia Law Review* 96 (1996), 1168: „The great chasm that separates the modern continental legal systems from the Anglo-american systems is largely about the conduct of fact-finding“.

¹⁴³ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 59.

¹⁴⁴ *Stuckenberg* spricht von einem „teleologischen“ Widerspruch; siehe *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 23.

Ausschaltung des Verfahrens/Beweiswürdigungsprozesses nach sich zieht.

Die oben unternommene Strukturanalyse der Sachverhaltsfeststellungsdogmatik vermag – wie ich meine – zu zeigen, dass der Eingriff des Gesetzgebers in die Systematik der Strafprozessordnung an funktionswichtigen Elementen des der StPO zugrunde liegenden inquisitorischen Systems Schaden anrichtet. Der Versuch von Seiten der Literatur, das Verständigungsgesetz in das Normengefüge der StPO einzubetten, ohne die Systematik der Verfahrensgarantien und prozessualen Grundsätzen in ihrem Kern anzutasten,¹⁴⁵ ähnelt dem Versuch, „ein zerstörtes Spinnennetz mit unsern Fingern in Ordnung bringen“.¹⁴⁶ § 257c Abs. 1 S. 2 StPO ist in der Tat ein „Lippenbekenntnis“.¹⁴⁷ Es wäre unzutreffend zu behaupten, dass die Regelung „auf der Strecke“¹⁴⁸ geblieben ist, als ob das ein empirischer Befund bei der gerichtlichen Praxis seit 2009 wäre; diese Regelung musste bereits aus strukturellen Gründen auf der Strecke bleiben, sobald man die Möglichkeit einer Urteilsabsprache gesetzlich regelte.¹⁴⁹

3. Zweiter systematischer Punkt: Die „Sanktionsschere“

§ 257c Abs. 3 StPO bestimmt, auf welche Art und Weise eine Verständigung zustande kommen kann:

Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

¹⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 9.

¹⁴⁶ Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen, Werkausgabe, Bd. 1, 1984, § 106 ad finem.

¹⁴⁷ So ausdrücklich Meyer-Göfner, Strafprozessordnung, Kommentar, 52. Aufl. 2009, Ergänzungsheft Rn. 3 f. *bewusst Altauflage?*; vgl. Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 71 ff.

¹⁴⁸ Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 72.

¹⁴⁹ Niemöller widerspricht dieser Auffassung und misst deren Vertretern Respektlosigkeit dem Gesetzgeber gegenüber bei: Man nehme die Intentionen des Gesetzgebers nicht ernst, wenn man behauptet, das war nicht ernst gemeint (Niemöller [Fn. 25], Teil B Rn. 72). Dagegen spricht allerdings folgendes: Es ist ausgerechnet der Gesetzgeber, der das Ausmaß der Kritik und den Umfang der Literatur nicht ernst genommen bzw. teilweise ignoriert hat. Sollte die Rede von Respektlosigkeit sein, so beruht sie auf Gegenseitigkeit. Davon darf allerdings nicht die Rede sein. Denn die Kategorie Respekt oder Verachtung findet keine Anwendung auf die Systematisierung der Rechtsordnung, d.h. beim Betreiben von Dogmatik. Einzelne Normen einer Rechtsordnung, deren Inkraftsetzen selbstverständlich ureigene Aufgabe des Gesetzgebers ist, würden ohne das aktive Zutun des Rechtsdogmatikers ein „Sammelsurium“ (Begriff bei Jakobs, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 14) bleiben: eine sinnleeres Normengefüge. Die Rechtsordnung ist i.d.S. ureigene Aufgabe des Rechtsdogmatikers.

Das Gericht macht dieser gesetzlichen Bestimmung nach einen Vorschlag, sodass es nur auf den Angeklagten und die Staatsanwaltschaft ankommt, ob sie ihm zustimmen (Abs. 3 S. 4).¹⁵⁰ Der oben erwähnte Vorschlag ist eine Entscheidung des Gerichts, welche durch Beschluss ergeht.¹⁵¹ Es liegt also auf der Hand, dass die Zustimmungserklärung der sonstigen Prozessbeteiligten, die sich als Prozesshandlung verstehen lässt, die Verständigung und dadurch die gerichtliche Entscheidung zustande bringt. Wie in der kommentierenden Literatur bereits feststeht, hängt das Urteilsergebnis davon ab, „ob der Angeklagte die ihm zur Bedingung gemachten Leistungen erbringt“.¹⁵² Lässt sich also der Angeklagte auf die Verständigung ein, soll er ein Geständnis ablegen und mit einer Strafe innerhalb der vorher angegebenen Ober- und Untergrenze rechnen. Falls der Angeklagte den Vorschlag des Gerichts verweigert, „so muß er mit ‚allem‘ (innerhalb der recht weiten gesetzlichen Strafrahmen) rechnen“.¹⁵³

Hierin besteht ein Schlüsselmoment für die Beleuchtung der Verständigung. Ihr Ergehen wird vom Verhalten des Angeklagten abhängig gemacht. Der Angeklagte, der übrigens das grundrechtsgleiche Recht zum Schweigen hat,¹⁵⁴ muss eine Entscheidung treffen: entweder sein Recht auf ein faires Verfahren wahrnehmen bzw. nicht tilgen und (aus seiner persönlichen Sicht) nach einem Freispruch bzw. günstige(re)n Ergebnis streben oder dem gerichtlichen Vorschlag zustimmen.¹⁵⁵ Er selbst und nicht das ermittelnde Gericht muss also etwas tun. Es liegt auf der Hand, dass der Angeklagte auf ein Verfahren und seine Chancen auf einen Freispruch (bzw. ein günstige[re]s Ergebnis) verzichten wird, wenn die Anreize, die durch den engeren Strafrahmen geschaffen werden, verlockend sind. In der Literatur ist diese Verbindung zwischen Anreizen und freiwilligem Verzicht

¹⁵⁰ Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 23 ff.

¹⁵¹ Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 24; wie bei jeder Verkündung eines Beschlusses sind die Beteiligten anzuhören (§ 33 Abs. 1 StPO; vgl. § 305 Abs. 1 S. 1 StPO).

¹⁵² Niemöller (Fn. 25), Teil B Rn. 28. Die Möglichkeit, dass die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts nicht zustimmt, wird hier ausgeblendet.

¹⁵³ Weigend, JZ 1990, 774 (778).

¹⁵⁴ Nach dem Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 107, 395 [408]; 55, 16) gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG ein „prozessuales Urrecht“. Das Schweigerecht (*nemo-tenetur-Grundsatz*) des Angeklagten sowie seine Mitwirkungsrechte werden primär auf Art 1 Abs. 1 GG zurückgeführt, vgl. BVerfGE 56, 37 (49). Der 2. Senat betont ausgerechnet im Verständigungsurteil (BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 60), dass die Aussagefreiheit des Beschuldigten und das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung „notwendiger Ausdruck einer auf den Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhenden rechtsstaatlichen Grundhaltung“ sind.

¹⁵⁵ Unmissverständlich so Ashworth/Redmayne, The criminal process, 4. Aufl. 2010, S. 291: „One of the key decisions for people who are prosecuted is how to plead“. Es wird dennoch darauf hingewiesen: „Defendants have a choice of two: guilty or not guilty.“

auf eine Verhandlung hinreichend beleuchtet worden.¹⁵⁶ Nach *Ignor* ist jede Urteilsabsprache von einer Sanktions-schere begleitet.¹⁵⁷ Dem Angeklagten wird eine Strafe x in Aussicht gestellt, falls er ein Geständnis ablegt und für den Fall des „streitigen Prozesses mit negativem Ausgang“ eine Strafe x plus y. „Das gehört zum Wesen der Urteilsabsprache“.¹⁵⁸ Das heißt, dass der sog. Strafrabatt nicht eine Nebenerscheinung der Verständigung darstellt, sondern deren Systemelement. Er ist der Dreh- und Angelpunkt, der den Angeklagten lockt, dem Vorschlag des Gerichts zuzustimmen und das Verfahren zu „beschleunigen“. Das heißt wiederum, dass eine Verständigung ohne „Strafrabatt“ praktisch nicht denkbar wäre, denn kein Angeklagter würde freiwillig eine sichere Strafe einem offenen Verfahrensausgang vorziehen. Das Gericht muss aus systemimmanenten Gründen¹⁵⁹ den Angeklagten unter Druck setzen, indem eine niedrigere Strafe x im Falle einer Verständigung und eine höhere Strafe x plus y im Falle einer Verhandlung gegenübergestellt werden. Diese Einsicht sollte uns nicht ohne weiteres dazu verleiten anzunehmen, dass der Angeklagte genötigt werde, weil er unter Druck gesetzt wird.

Das Zwischenfazit, das man diesem Abschnitt entnehmen kann, ist jedenfalls die Verfassungswidrigkeit der Verständigungsregelung. Aus demselben Grund stellt sich auch die Problematik der Chantage, nämlich der bedingten Androhung einer erlaubten Tat, nicht: Der Gesetzgeber macht das Strafurteil von der hinreichenden Überzeugung des Tatrichters abhängig. Von einer solchen Überzeugung kann vor bzw. während der Verständigung keine Rede sein.

III. Materiell-rechtliche Prüfung

1. Aussageerpressung (§ 343 StGB)

Nach § 343 Abs. 1 Nr. 1 StGB wird jeder, der „als Amtsträger [...] zur Mitwirkung an einem Strafverfahren, berufen ist, einen anderen körperlich mißhandelt, gegen ihn sonst Gewalt anwendet, ihm Gewalt androht oder ihn seelisch quält, um ihn zu nötigen, in dem Verfahren etwas auszusagen oder zu erklären oder dies zu unterlassen, [...] mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.“¹⁶⁰

¹⁵⁶ Pars pro toto *Weßlau*, ZStW 116 (2004), 151 (167).

¹⁵⁷ *Ignor* (Fn. 70), S. 325; ähnlich *Malek*, StraFo 2005, 441 (445), „[Es] liegt in der Natur der Sache, weil der ‚Deal‘ stets an die Bedingung anknüpft, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegt, also eine Erklärung abgibt“; *Weigend*, JZ 1990, 774 (778, Fn. 57): „Diese Strafmaßdifferenz ist der unverzichtbare Grundstein des Absprachensystems“.

¹⁵⁸ Beide Zitate: *Ignor* (Fn. 70), S. 325.

¹⁵⁹ Ähnlich argumentieren *Beulke/Stoffer*, JZ 2013, 663: „Der Gedanke an ein systemimmanentes Versagen liegt hier durchaus nahe.“

¹⁶⁰ Zur Entwicklungsgeschichte dieser Vorschrift siehe bei *Rogall*, in: Rogall u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag, 2004, S. 511 (514 ff., et passim).

Der erhöhten kriminalpolitischen Bedeutung, die § 343 StGB zukommt,¹⁶¹ ist dessen Stellenwert in der Peripherie des Strafrechts¹⁶² sowie das geringe Interesse der Literatur gegenüberzustellen. Spätestens ein Blick in die kommentierende Literatur vermag diesbezüglich Restzweifel zu klären. Die Rede ist sogar von einer „terra incognita“ für den Strafrechtsdogmatiker.¹⁶³ Aufsehenerregende Fälle, die einer breiten Öffentlichkeit bekannt wurden, haben daran sehr wenig geändert.¹⁶⁴ Festzuhalten ist jedenfalls, dass der „durchweg spärlich kommentierten“¹⁶⁵ Vorschrift, die im Lichte eines Komplementaritätsverhältnisses zu ihrem strafprozessualen Pendant (§ 136a StPO) verstanden werden soll,¹⁶⁶ nach h.M. eine doppelte Funktion zukommt.¹⁶⁷ Neben seinem Charakter als Rechtspflegedelikt, das vor dem Missbrauch der staatlichen Befugnis zur Strafverfolgung bzw. -vollstreckung schützt, kommt § 343 StGB auch individualschützende Wirkung, und zwar nicht nur im Hinblick auf die Willensentschlussfreiheit des Einzelnen, sondern auch auf dessen körperliche Integrität, zu.

Einen anderen seelisch quälen heißt, ihm unnötige und länger andauernde oder sich ständig wiederholende seelische Leiden zuzufügen.¹⁶⁸ Seelisches Quälen wird nach h.M. als

¹⁶¹ Vgl. nur *Voßen*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2014, § 343 Rn. 4.

¹⁶² Mehr über die geringe Zahl der Aburteilungen/Verurteilungen bei *Kuhlen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 343 Rn. 2, Fn. 4.

¹⁶³ *Rogall* (Fn. 160), S. 511.

¹⁶⁴ Dabei handelt es sich grundsätzlich um den sog. „Daschner-Fall“, der in Deutschland eine lebhafte und teilweise heftige Diskussion um die Absolutheit des Folterverbots ausgelöst hat. Daschner (zum damaligen Zeitpunkt stellvertretender Frankfurter Polizeipräsident) drohte zur Rettung des entführten Opfers dessen maßgeblichem Entführer die Zufügung von erheblichen Schmerzen an. Vgl. zu diesem Fall LG Frankfurt NJW 2005, 692; mehr dazu bei *Saliger*, ZStW 116 (2004), 35, m.w.N.

¹⁶⁵ *Bung*, KritV 2005, 69.

¹⁶⁶ Vgl. aber *Maiwald*, JuS 1977, 358, der die Auffassung vertritt, nicht alle nach § 136a StPO unzulässigen Vernehmungsmethoden stellten zugleich auch eine Aussageerpressung dar.

¹⁶⁷ *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 343 Rn. 1; *Horn/Wolters*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 343 Rn. 2; *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 3.

¹⁶⁸ BT-Drs. 7/550, S. 278; vgl. den Wortlaut des Art. 1 des Übereinkommens gegen Folter (CAT): „Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck ‚Folter‘ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich große körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel, um von ihr oder einem Dritten eine Aussage oder ein Geständnis zu erlangen, um sie für eine tatsächlich oder mutmaßlich von ihr oder einem Dritten begangene Tat zu bestrafen oder um sie oder einen Dritten einzuschüchtern

eine über die mit der Verstrickung in ein rechtsstaatliches Verfahren für sich genommen regelmäßig verbundene seelische Belastung hinausgehende seelische Peinigung definiert, welche die geistigen und seelischen Widerstandskräfte des Betroffenen zermüht.¹⁶⁹ Damit ist jedoch kein aussagefähiges Kriterium gewonnen. Den recht vagen Formulierungen, die den Gesetzestext nicht besonders zu konkretisieren vermögen, hilft die Dogmatik des § 136a StPO auch nicht. Nach h.M. ist unter „Quälerei“ die Handlung eines Amtsträgers zu verstehen, durch die längere oder sich wiederholende körperliche oder seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden.¹⁷⁰ Sie kann durch schwere Kränkungen (z.B. Beschimpfungen und fortgesetztes Anschreien) sowie durch Erzeugung von Angst und Hoffnungslosigkeit verursacht werden.¹⁷¹

Und obwohl Rechtssätze, um welche die Rechtsdogmatik die zu systematisierende Norm erweitert, wie z.B. „seelischer Druck“, „Erzeugung von Angst“, „seelische Peinigungen“, Erzeugung von Angst und Hoffnungslosigkeit oder etwa „Zermühtung von Widerstandskräften“, nicht besonders einleuchtend sind und die Arbeit des Rechtsanwenders nur unwesentlich leichter machen, sind die Hürden für die Bejahung des Tatbestandes relativ gering. Um nur ein paar Beispiele aus der Rechtsprechung herauszunehmen, sind z.B. die Vorenthaltung von Zigaretten bei einem starken Raucher, Nahrungsentzug oder andauernde und laute Geräusche als Quälerei zu qualifizieren.¹⁷² Auch die generell zulässige, aber möglicherweise im konkreten Fall als unnötig anzusehende Befragung von Zeugen zu Einzelheiten eines Delikts (etwa bei Sexualdelikten) kann zur Quälerei werden.¹⁷³

oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese Schmerzen oder Leiden von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis verursacht werden. Der Ausdruck umfasst nicht Schmerzen oder Leiden, die sich lediglich aus gesetzlich zulässigen Sanktionen ergeben, dazu gehören oder damit verbunden sind.“

¹⁶⁹ *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 27; BT-Drs. 7/550, S. 279; vgl. *Zieschang*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2013, § 343 Rn. 23; *Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 343 Rn. 12.

¹⁷⁰ BGH, Urt. v. 18.9.1979 – 1 StR 399/79.

¹⁷¹ *Gleiß* (Fn. 43), § 136a Rn. 37; *Diemer*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 18 m.w.N.

¹⁷² *Gleiß* (Fn. 43), § 136a Rn. 29, 33, 37; weitere Fälle von „Quälerei“ sind dem fast vollständig deckungsgleichen Begriff „Misshandlung“ (§§ 136a StPO, 223 StGB) zu entnehmen, so *Gleiß* (Fn. 43), § 136a Rn. 22.

¹⁷³ *Gleiß* (Fn. 43), § 136a Rn. 37; vgl. etwa den BGHSt 15, 187 = NJW 1961, 84, zugrunde liegenden Fall, in dem ein Vater, der zuvor sein Kind getötet hatte, zu der Leiche geführt worden war, um ihn zu veranlassen, den Tathergang zu schildern; dazu bei *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 27.

Im Hinblick auf den hohen Strafrahmen (Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren, vgl. § 343 Abs. 2 StGB) und in Relation zu der „wenig allgemeinverständlichen Fassung“¹⁷⁴ des § 343 StGB sowie dessen „spärliche[r] Kommentierung“,¹⁷⁵ die recht abstrakte Begriffe nicht weiter expliziert, wird eine rechtspolitisch und -dogmatisch bedenkliche Situation geschaffen. Mir geht es hierbei keineswegs darum, der Frage nachzugehen, was in der Psyche des Angeklagten bzw. in der Mehrheit der Fälle tatsächlich passiert, also um die Frage, ob der jeweilige Angeklagte tatsächlich unter Druck gesetzt wird. Das ist Aufgabe der Rechtspsychologie und -soziologie. Das Augenmerk soll stattdessen auf die begrifflichen Möglichkeiten,¹⁷⁶ die uns der Gesetzestext eröffnet, gelegt werden. Der semantische Raum (d.i.: der mögliche Sinn)¹⁷⁷ des Aussageerpressungstatbestandes ist i.d.S. aufgrund psychologischer Erkenntnisse (im Umkehrschluss: nicht aufgrund freier Assoziation) auf seine Reichweite hin zu überprüfen. Denn um einen operablen strafrechtsdogmatischen Begriff von „Freiwilligkeit“ und „seelischer Qual“ herauszuarbeiten, benötigen wir einen empirischen Ansatz, der uns einen Einblick in die Psyche des Angeklagten gewährt.¹⁷⁸ (Nur) so werden wir in der Lage sein, unser target system, d.i.: die Psyche des Angeklagten und seine Willensfreiheit, begrifflich zu klären und anschließend rechtsdogmatisch zu modellieren.

2. Ein Exkurs in die Psychologie

Die wohl wichtigste Entwicklung in der Psychologie des 20. Jahrhunderts war der Zusammenbruch des Behaviorismus, der Entscheidungen in einem engen begrifflichen Rahmen der Reiz-Reaktions-Psychologie erfassen wollte,¹⁷⁹ und der für die Erklärung des Verhaltens ausschließlich beobachtbare Größen zuließ,¹⁸⁰ hervorgerufen durch das heute herrschende Modell der Kognitiven Psychologie. Relativ schnell wurde klar, dass der heutzutage weitgehend abgelehnte Behaviorismus samt seiner Grundthese, dass Menschen genauso wie Tiere ähnlich auf Reize reagieren, gescheitert ist, denn er konnte der Vielfalt, geschweige denn der Komplexität

¹⁷⁴ *Maurach/Schröder/Maiwald*, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 9. Aufl. 2005, § 76 Rn. 23; kritisch dazu *Jescheck*, in: Jähnke/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9, 11. Aufl. 2006, § 343 Rn. 2.

¹⁷⁵ So *Bung*, KritV 2005, 69.

¹⁷⁶ Ähnlich *Bung*, KritV 2005, 69 (72).

¹⁷⁷ *Neumann*, in: Neumann/Rahlf/v. Savigny (Hrsg.), Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie, 1976, S. 128.

¹⁷⁸ Das heißt selbstverständlich nicht, dass die auf normativer Ebene operierende Strafrechtsdogmatik auf die Ergebnisse empirischer Forschung angewiesen ist. Von der Empirie und den empirischen Erkenntnissen der Psychologie hängt nicht die Rechtsfolge ab, sondern die Auslegungsmöglichkeiten jeweiliger Tatbestandsmerkmale, die sich auf die (soziale) Welt beziehen.

¹⁷⁹ Eingehend dazu bei *Solso*, Kognitive Psychologie, 2005, 16.

¹⁸⁰ *Watson*, Der Behaviorismus, 1930, S. 25 (aus dem Amerikanischen übersetzt von Emmy Giese-Lang).

menschlichen Verhaltens, nicht gerecht werden. Veranlasst durch diverse bahnbrechende Entwicklungen¹⁸¹ hat die Psychologie die sog. kognitive Wende eingeschlagen.¹⁸² Im Fokus des Interesses standen wieder Fragen wie Gedächtnis, Wahrnehmung, das Treffen von (richtigen) Entscheidungen etc. Ziel der Kognitiven Psychologie ist die Analyse der Informationsverarbeitung und des Wahrnehmungsprozesses sowie die Entschlüsselung der grundlegenden kognitiven Funktionen menschlichen Denkens. Die Kognitive Psychologie, die heutzutage das herrschende Modell darstellt, ist also die wissenschaftliche Disziplin, die untersucht, wie der „Geist und die Psyche organisiert“ und in der Lage sind, intelligentes Denken hervorzubringen.¹⁸³ Begriffe wie Psyche und Geist werden nicht mehr spekulativ behandelt, sondern auf mentale Prozesse der Kognition zurückgeführt.

3. „Expected Utility Theory“

Parallel dazu und eher unabhängig von den radikalen Entwicklungen in der Verhaltensforschung haben v. Neumann und Morgenstern eine normative Theorie (ökonomischen) Verhaltens aufgestellt.¹⁸⁴ Ihre bahnbrechende Spieltheorie (Game Theory) wurde sodann nicht nur als ein allgemeines normatives, sondern von der Psychologie als ein deskriptives Modell (rationalen) menschlichen Verhaltens rezipiert.¹⁸⁵ Wie Kahneman/Tversky erklären: „It is assumed that all reasonable people would wish to obey the axioms of the theory and that most people actually do most of the times“.¹⁸⁶

Zentral war sowohl für die Spieltheorie als auch für die daran angeschlossene sog. expected utility theory (Wert-Erwartungs-Modell) die Vorstellung eines kalkulierenden Menschen (homo oeconomicus), der auf einer rationalen Grundlage operiert und nach bestimmten Standards der Optimalität Entscheidungen trifft. Ähnlich wie ein Individuum rational handelt, „wenn es versucht, die jeweiligen Maxima zu erreichen“,¹⁸⁷ erklärt das bekannteste (und in den Wirtschaftswissenschaften heute noch) herrschende (deskriptive) Modell zur Erklärung von Entscheidungen, „daß Menschen die gegebenen Optionen unter dem Gesichtspunkt des Wertes und der Wahrscheinlichkeit ihrer Konsequenzen beurteilen und sich dann für die nach ihrer Meinung beste Option ent-

scheiden“.¹⁸⁸ Das Individuum handelt im Rahmen dieser Theorie als homo oeconomicus und trifft (rationale) optimale Entscheidungen aufgrund axiomatisierter Grundlagen. Wie Gutmann erklärt:¹⁸⁹ „Sie [die Theorie; Anmerkung des Verf.] geht von einem Akteur aus, der insoweit subjektiv-rational ist, als er über ein im wesentlichen widerspruchsfreies System von Präferenzen bezüglich der ihm offenstehenden Möglichkeiten verfügt und sich entsprechend diesem System verhält“. Mit anderen Worten: Der homo oeconomicus entscheidet sich zwischen mindestens zwei Optionen „präferentiell“.¹⁹⁰ Es versteht sich fast von selbst, dass auch Handlungen Optionen sein können.¹⁹¹

Die Nutzenerwartungstheorie und damit die herrschende Ansicht in den Wirtschaftswissenschaften geht also davon aus, dass das entscheidende Individuum allen möglichen Resultaten (Ausgängen) einen Nutzen (utility) zuordnet, der positiv oder negativ ist.¹⁹² Denn seine Entscheidungen stellen eine Funktion dar, die diese Nutzenordnung repräsentiert. Der Nutzen einer Option, Ware bzw. eines Geldbetrags entspreche also seinem objektiven Wert.

Während das Wert-Erwartungs-Modell auf rationale Verfahren setzte und davon ausging, dass Menschen in der Lage seien, präferentielle Entscheidungen aufgrund der ersteren treffen zu können, wurde relativ schnell klar, dass die Kapazität kognitiver Systeme subrational war. Das tatsächliche Verhalten ist „oft – verglichen mit dem aus der präskriptiven Theorie ableitbaren Verhalten – nur beschränkt rational“,¹⁹³ sodass Menschen sich in Entscheidungssituationen nicht vollständig rational verhalten.¹⁹⁴ Grund dafür ist u.a., dass Ergebnisse rationaler Verfahren meistens als kontraintuitiv anzusehen sind.¹⁹⁵ Menschen setzen intuitive Strategien (heuristics) ein, die die Prinzipien rationalen Denkens systematisch (d.h. auf eine vorhersehbare Weise) verletzen¹⁹⁶ sowie zu „Verzerrungen in der Formulierung unserer Annahmen, unserer Urteilskraft und unsere[r] Schlussfolgerungen führen“.¹⁹⁷ Und während Anhänger des Nutzenerwartungsmodells auch in der juristischen Literatur¹⁹⁸ diese Verzerrungen als trivial und „minor refinements to a basically sound mo-

¹⁸¹ Anderson, Kognitive Psychologie, 7. Aufl. 2013, S. 5.

¹⁸² Anderson (Fn. 181), S. 6, et passim.

¹⁸³ Anderson (Fn.181), S. 1.

¹⁸⁴ v. Neumann/Morgenstern, Spieltheorie und wirtschaftliches Verhalten, 3. Aufl. 1973, S. 5, schreiben unmissverständlich: „Das Ziel dieses Buches liegt nicht in der Richtung empirischer Forschung.“

¹⁸⁵ Kahneman/Tversky, *Econometrica* 47 (1979), 263.

¹⁸⁶ Kahneman/Tversky, *Econometrica* 47 (1979), 263; ähnlich Thaler, *Journal of Economic Behavior and Organization* 1 (1980), 39.

¹⁸⁷ Neumann/Morgenstern (Fn.184), S. 9. Ziel der Autoren war (S. 31): „die mathematisch vollständigen Grundsätze auf[zuf]inden, die ein ‚rationales Verhalten‘ für die Teilnehmer an einer sozialen Tauschwirtschaft definieren, und aus ihnen die allgemeinen Charakterzüge dieses Verhaltens herleiten.“

¹⁸⁸ Jungermann/Pfister/Fischer, *Die Psychologie der Entscheidung*, 3. Aufl. 2010, S. 3.

¹⁸⁹ Gutmann, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, 2001, S. 16.

¹⁹⁰ Jungermann/Pfister/Fischer (Fn. 188), S. 3.

¹⁹¹ Jungermann/Pfister/Fischer (Fn. 188), S. 17.

¹⁹² Eingehend Gutmann (Fn.189), S. 17.

¹⁹³ Jungermann/Pfister/Fischer (Fn. 188), S. 6.

¹⁹⁴ Gutmann (Fn.189), S. 19.

¹⁹⁵ Tversky/Kahneman, *Science* 211 (1981), 453 (453 f.).

¹⁹⁶ Eingehend dazu Kahneman/Tversky, *Econometrica* 47 (1979), 263 (265); ähnlich Bibas, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2496): „A more basic problem with the reigning model is its assumption that actors are perfectly rational. The behavioral law and economics literature has undermined this assumption, exposing consistent irrationalities and imperfect heuristics in human decisionmaking.“

¹⁹⁷ Gutmann (Fn.189), S. 19.

¹⁹⁸ Ausführlich dazu Bibas, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2465 f.).

del“ bezeichnen,¹⁹⁹ zeigt die psychologische Forschung, dass die Anomalien nicht das Rauschen in einem im Großen und Ganzen kognitiven System sind; sie sind das kognitive System.

Eine ausführliche Behandlung dieser Problematik würde den Raum dieser Abhandlung sprengen. Ziel dieses kleinen Exkurses war den Gegenstand der Entscheidungsforschung zu konturieren und den Fachbegriff „Entscheidung“ als überlegtes, konfliktbewusstes, abwägendes und zielorientiertes Handeln“ sowie dessen Komponenten (Optionen und Konsequenzen) einzuführen.²⁰⁰ Denn bevor wir uns dem Grundbegriff „freiwillig“²⁰¹ zuwenden, ist es erforderlich, sich Klarheit darüber zu verschaffen, was man unter „Entscheidung“ und „psychischem Druck“ verstehen kann. Zu diesem Zwecke möchte ich drei psychologische Phänomene präsentieren, die Licht auf die Situation des Angeklagten werfen und zugleich erklären können, wie die „psychische Realität“ von den in der Psychologie vorherrschenden deskriptiven Modellen rationalen Verhaltens abweichen.

a) Mentales Buchführen

Um das Phänomen der mentalen Buchführung zu beleuchten, können wir folgende Szenarien annehmen:

- a) A will ins Kino gehen, das Ticket kostet € 10,-. Nachdem er das Kino betritt, stellt er fest, dass er einen Zehneuroschein verloren hat.
- b) Im zweiten Szenario stellt A, kurz nachdem er das Kino betreten hat, fest, dass er auf dem Weg dorthin die Eintrittskarte verloren hat.

Die Frage, die sich aufdrängt, lautet: Würde man sich in beiden Situationen dafür entscheiden, eine neue Eintrittskarte zu kaufen? Würde man sich bei beiden Szenarien genauso (indifferent) verhalten, insofern es um einen zahlenmäßig äquivalenten Verlust eines objektiven Betrags geht? Die klassische ökonomische Theorie (Wertnutzentheorie) besagt, dass es sich dabei um zwei strukturell identische Situationen handelt. Denn man habe in beiden Fällen ein Stück Papier verloren, welches einen Wert von zehn Euro hat. Banknoten sowie Eintrittskarten enthalten unter (klassischem) ökonomischem Blickwinkel absolute Größen, sodass die Entscheidung des Akteurs ähnlich ausfallen würde. *Tversky* und *Kahnemann* wiesen allerdings experimentell nach, dass zwar die meisten Menschen (88 %) eine Eintrittskarte kaufen, nachdem sie kurz zuvor die gleiche Summe an Bargeld verloren hatten, viel weniger Menschen (54 %) dies aber tun würden, wenn sie zuvor nicht Bargeld, sondern die Eintrittskarte selbst verloren hatten.²⁰² Obwohl der Unterschied zwischen beiden Szenarien nur in der Art des vorherigen Schadens

¹⁹⁹ *Easterbrook*, *Journal of Legal Studies* 12 (1983), 309, verwirft die oben skizzierten kognitiven Verzerrungen als „true but trivial“.

²⁰⁰ *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 3.

²⁰¹ Monographisch dazu *Gutmann* (Fn.189), S. 1.

²⁰² *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453 (457, et passim).

(Verlust eines Geldscheines oder Verlust der Eintrittskarte) identisch war, haben die Versuchsteilnehmer sich (auf eine signifikante Weise) anders entschieden.²⁰³

Diese unterschiedlichen Präferenzen werden darauf zurückgeführt, dass im Fall des Verlustes der Eintrittskarte die Ausgabe von Geld der gleichen „Buchführungskategorie“ zugeschlagen wird wie die Ausgabe für die verlorene Karte, sodass die neue Eintrittskarte vermeintlich doppelt so viel kostet.²⁰⁴ Hingegen wird der Verlust eines Geldscheines in einem anderen mentalen Konto („psychological account“²⁰⁵) verbucht. Bei der zu treffenden Entscheidung spielt also nicht die rationale Präferenzordnung, sondern der Referenzpunkt (d.i.: das mentale Konto) eine entscheidende Rolle.²⁰⁶

b) Besitztumseffekt

Das zweite Phänomen, das unser Entscheidungsverhalten beeinflusst, heißt „Besitztumseffekt“. Betrachten wir folgende Situation näher: *Kahneman et al.* (1990) schenken einer Gruppe A von Teilnehmern im Rahmen einer Studie eine Tasse. Es blieb diesen Teilnehmern überlassen, ob sie die Tasse behalten oder sie zu verkaufen versuchen und das ausgehandelte Geld mit nach Hause nehmen. Eine andere Teilnehmergruppe B konnte zwischen einer Tasse und einem kleinen Geldbetrag wählen.²⁰⁷ Die Frage lautet also, wie die Menschen (Versuchsteilnehmer) sich verhalten haben.

Die klassische ökonomische Theorie sieht vor, dass die meisten Menschen den gleichen Preis für den Verkauf eines Objektes verlangen würden wie sie ihn für ein ähnliches Objekt zu zahlen bereit wären.²⁰⁸ Die Nutzenerwartungstheorie sagt insbesondere voraus, dass a) etwa ein Gewinn von x Euro ein positives, ein Verlust von 20 Euro ein negatives Gefühl auslöst und b) dass die Intensität gleich, während die Valenz verschieden ist.²⁰⁹

Doch die empirische Forschung widerlegt diese Aussagen. Aus dem oben genannten Experiment, welches übrigens mehrmals repliziert wurde,²¹⁰ resultiert, dass Verluste doppelt so stark empfunden werden wie korrespondierende Gewin-

²⁰³ *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453 (457).

²⁰⁴ *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 74.

²⁰⁵ *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453 (456).

²⁰⁶ Ähnlich bei *Bibas*, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2512 f., insbesondere 2514); mehr dazu und zwar aus juristischer Perspektive bei *Schweizer*, *Kognitive Täuschungen vor Gericht*, Eine empirische Studie, 2005, S. 56 f. Rn. 138.

²⁰⁷ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1329 f.).

²⁰⁸ Vgl. *Willig*, *American Economic Review* 66 (1976), 589; dazu *Carmon/Ariely*, *Journal of Consumer Research* 27 (2000), 360; dazu *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1325 f., et passim m.w.N.).

²⁰⁹ *Werth*, *Psychologie für die Wirtschaft*, 2004, S. 63; *Bibas*, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2508).

²¹⁰ Vgl. *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1329 ff.).

ne.²¹¹ Die „Prospect Theory“, die eine Alternative zu dem Erwartungsnutzenmodell bietet,²¹² versucht, dieses paradoxe Risikoverhalten mithilfe einer S-förmigen Wertfunktion²¹³ abzubilden, um anschließend erklären zu können, weshalb der subjektive Wert von Geld keine lineare Funktion (Abbildung) des objektiven Wertes ist.²¹⁴ Forscher gestehen offen ein, dass es alles andere als klar ist, aus welchem Grund wir Zuneigung zu dem empfinden, was wir bereits besitzen.²¹⁵ Psychologen verwenden jedenfalls den Begriff „loss aversion“, um den sog. Besitzumseffekt zu erklären, nach dem Menschen sich im Bereich möglicher Gewinne risikoscheu (risk averse), im Bereich möglicher Verluste risikogeneigt (risk seeking) verhalten²¹⁶ – dieser Effekt vermag u.a. das Auseinanderfallen von Kauf- und Verkaufspreis beim obigen Beispiel zu erklären.²¹⁷ *Tversky* und *Kahnemann* betonen ferner, dass loss aversion damit zusammenhängt, dass Menschen sich am status quo orientieren und „Nachteilen (also einer Verschlechterung gegenüber dem status quo) eine größere Bedeutung beimessen als Vorteilen (also einer Verbesserung gegenüber dem status quo)“.²¹⁸ Besitzer eines Gutes bewerten dieses nicht nur nach seinem objektiven Wert, sondern auch nach ihrer Bindung oder Gewöhnung an das Gut.²¹⁹ Der gleiche Gegenstand erhält, sobald er sich im eigenen Besitz befindet, dadurch einen höheren Wert, dass wir uns auf das fixieren, „was wir verlieren, statt auf das, was wir

gewinnen könnten“.²²⁰ Der Besitz eines Objekts verändert einfach unsere Sichtweise²²¹ und ein Verzicht darauf „verursacht psychischen Schmerz“.²²²

c) Reziprozität

Das dritte psychologische Phänomen, welches für das Prozessverhalten des Angeklagten im Strafverfahren aufschlussreich sein könnte und welches zu Entscheidungen führt, die (gemessen an rationalen Kriterien) sich als subrational bezeichnen lassen, ist die sog. Reziprozitätsnorm (reciprocity rule). Die Regel der Gegenseitigkeit besagt, dass wir uns verpflichtet fühlen, „Gefälligkeiten“ zu erwidern.²²³ So wenig überraschend das klingen mag,²²⁴ ist der erstaunliche Befund bei diesem Phänomen, dass wir selbst dann unter Druck gesetzt werden, eine „Gefälligkeit“ zu erwidern, wenn wir sie als ungewollt oder sogar unerwünscht ansehen.²²⁵ Die radikale Erkenntnis aus dieser Studie war die Tatsache, dass das Ausmaß der Entschädigung für die Gefälligkeit in der Regel größer ist als die tatsächlich erhaltene Gefälligkeit.²²⁶ Das heißt, dass Personen nicht mit der sog. „tit for tat“-Strategie (wie du mir so ich dir) reagieren, um die Gefälligkeit auszugleichen, sondern sie sogar überbieten („tit for tat plus one“).²²⁷

4. Zur Anwendbarkeit auf das prozessuale Verhalten des Angeklagten?

Wie ist nun die Aussagekraft dieser oben in aller Kürze zusammengefassten Untersuchungen zu beurteilen? Bevor mithilfe dieser psychologischen Erkenntnisse der Versuch unternommen wird, das prozessuale Verhalten des Angeklagten entscheidungstheoretisch zu kartieren, nämlich bevor dieselben Erkenntnisse ins Strafprozessrechtsdogmatische übersetzt werden, drängt sich die Frage nach der Anwendbar-

²¹¹ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1334).

²¹² Eingehend dazu bei *Schweizer* (Fn. 206), S. 53 ff., Rn. 125 ff.

²¹³ *Tversky/Kahneman*, *Science* 211 (1981), 453 (454). Diese Wertfunktion hat folgende Form: vgl. Abbildung S. 198. Der Knick am Referenzpunkt bedeutet, dass Menschen – wie oben erwähnt – sich im Bereich möglicher Gewinne risikoscheu, im Bereich möglicher Verluste aber risikogeneigt verhalten. Das wird auf der S-förmigen Funktion abgebildet, indem dieselbe Wertfunktion für Gewinne konkav sowie für Verluste konvex verläuft; ausführlich dazu *Schweizer* (Fn. 206), S. 57 f. Rn. 139 f.

²¹⁴ Dazu *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 62; Siehe auch *Bibas*, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2507).

²¹⁵ Dazu *Schweizer* (Fn. 206), S. 58 f. Rn. 145.

²¹⁶ *Schweizer* (Fn. 206), S. 58 ff. Rn. 141 ff.

²¹⁷ *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1342).

²¹⁸ *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 69; *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *The Journal Of Economic Perspectives* 5 (1991), 193 (197): „One implication of loss aversion is that individuals have a strong tendency to remain at the status quo, because the disadvantages of leaving it loom larger than advantages.“

²¹⁹ Dabei handelt es sich eigentlich um ein Phänomen, dass bereits im 18. Jahrhundert von *Daniel Bernoulli* untersucht wurde. *Bernoulli* zeigte, dass der subjektive Wert von Geld keine lineare Funktion des objektiven Betrages ist. Eingehend dazu *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 61.

²²⁰ *Ariely*, *Predictably irrational, The hidden forces that shape our decisions*, 2008, S. 134.

²²¹ *Ariely* (Fn. 220), S. 138.

²²² *Ariely* (Fn. 220), S. 138.

²²³ Dazu *Cialdini/Green/Rusch*, *Journal of Personality and Social Psychology* 63 (1992), 30; *Whatley u.a.*, *Basic and Applied Social Psychology* 21 (1999), 251; *Burger u.a.*, *Social Influence* 1 (2006), 169; von „Gegenleistung“ ist auch bei der Verständigungsdebatte die Rede; siehe nur *Deal*, *StV* 1982, 545 (550): „Hat der Mandant die Zustimmung zum Vergleich gegeben, wird die Hauptverhandlung fortgesetzt. Der Mandant wird damit seine ‚Gegenleistung‘ erbringen“ (*Hervorhebung* nur hier).

²²⁴ Bereits *Cicero* hat dieses Phänomen angesprochen: „nulum enim officium referenda gratia magis necessarium est“, siehe *Cicero*, *De officiis*, S. 19; bei *Becker* ist sogar die Rede von „Homo Reciprocus“, siehe *Becker*, *Man in Reciprocity*, 1956, S. 1, et passim.

²²⁵ *Cialdini/Green/Rusch*, *Journal of Personality and Social Psychology* 63 (1992), 30 (30 f.).

²²⁶ Eingehend dazu bei *Werth* (Fn. 209), S. 91.

²²⁷ *van Lange*, *Journal of Personality and Social Psychology* 77 (1999), 337 f.

keit der Forschung ökonomischen Verhaltens auf andere Gebiete auf. Denn (Entscheidungs-)Theorie und Empirie haben zweifellos ihr Zentrum in der Ökonomie. Zweifellos ist auch, dass die primär intendierte Anwendung psychologischer Forschung das Marketing (siehe Werbepsychologie) ausmacht. Man sollte allerdings nicht verkennen, dass dies freilich historisch bedingter Zufall ist. Denn die Entscheidungsforschung ist „keiner einzelnen Disziplin zuzuordnen“.²²⁸ Dabei handelt es sich im Prinzip um Strukturen menschlichen Verhaltens, welche allgemeine Geltung beanspruchen.²²⁹ Mit anderen Worten geht es dabei nicht nur um Analyse von Kaufentscheidungen, die (teilweise) nach ökonomischen Gesichtspunkten erfolgen, sondern um die Analyse des Entscheidungsverhaltens von Menschen bei Kaufentscheidungen, das jedenfalls von psychologischen Determinanten beeinflusst wird.²³⁰ Insbesondere soll auch mit zwei möglichen bzw. naheliegenden Einwänden aufgeräumt werden.

Der erste Einwand könnte lauten: Ein Strafrabatt sei kein materielles Objekt, welches man besitzen bzw. loswerden könnte, sodass der Besitzumseffekt überhaupt nicht eingreife. Dieser Einwand wäre allerdings zu kurz gegriffen, denn Besitzum und folglich der Besitzumseffekt sind mitnichten auf materielle, naiv gesprochen: sinnlich wahrnehmbare, Objekte beschränkt.²³¹ Besitzum kann auch Perspektiven und Sichtweisen umfassen, auf denen Handlungen beruhen. Wie *Kahnemann et al* betonen: „Endowment effects are not limited to cases involving physical goods or to legal entitlements. The reference position of individuals and firms often includes terms of previous transactions or expectations of continuation of present, often informal, arrangements.“²³²

Der zweite Einwand könnte den Zeitpunkt des Geschehens betreffen: Der Besitzumseffekt greife nicht ein, denn es handele sich bei der Verständigung bloß um einen „Vorschlag“ (§ 257 Abs. 3 S. 4 StPO),²³³ auf welchen der Angeklagte sich (zu einem späteren Zeitpunkt) einlassen kann. Der Angeklagte „besitze“ die reduzierte Strafe noch nicht und in diesem Sinne komme es nicht darauf an, ob ihm schwer fiele, sie loszuwerden, weil es da nichts gebe, was zu verlieren wäre. Auch dieser Einwand lässt sich relativ einfach aus dem Weg räumen. Denn der Besitzumseffekt greift ein, noch bevor wir uns eine Sache (im engeren oder im weiteren Sinne) aneignen.²³⁴ Etwa bei Internetauktionen verhalten die

Bieter sich so, als ob sie bereits die Besitzer wären.²³⁵ Bieter, die sich in die Rolle des „virtuellen Besitzers“ hineinversetzt haben, sind fast gezwungen zu verhindern, dass sie ihre Position verlieren. Die Tatsache, dass sie aus demselben Grund ihr Angebot erhöhen müssen, führt zu immer steigenden Auktionspreisen (Aufwärtsspirale).

Der dritte und letzte naheliegende Einwand betrifft die Möglichkeit der Menschen, diesen Phänomenen zu entgehen und rationale Entscheidungen zu treffen. Auch hier ist die Antwort relativ einfach. Psychologische Effekte sind sehr robust und beeinflussen unser Verhalten selbst dann, wenn wir uns dessen bewusst sind, dass sie eingreifen.²³⁶

5. Übersetzung ins Strafprozessrechtsdogmatische: *Do ut des?*

Beteiligte an einer Verständigung nach § 257c Abs. 3 bis 5 StPO sind das Gericht und die Verfahrensbeteiligten.²³⁷ Gem. Abs. 3 S. 1 gibt das Gericht in der Hauptverhandlung bekannt, welchen Inhalt eine Verständigung haben könnte. Und obwohl Gegenstand und Formen der Verständigung mannigfaltig sein können,²³⁸ kann man ihnen ein „Grundmuster“ entnehmen.²³⁹ In der großen Mehrheit der Fälle stellt das Gericht aufgrund bloßer Aktenlektüre den Angeklagten vor die Wahl, gegen Ablegung eines Geständnisses ein angegebene Strafniveau (x) zu erhalten (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO).²⁴⁰ Der in diesem Angebot enthaltene vordergründige Strafrabatt impliziert allerdings, dass der Angeklagte mit einer höheren Bestrafung (x plus y) bei Durchführung der Hauptverhandlung rechnen muss. Nachdem nun das Gericht seinen Vorschlag gemacht hat „hängt das Urteilsergebnis [...] nur noch davon ab, ob der Angeklagte die ihm zur Bedingung gemachten Leistungen erbringt“.²⁴¹

Nach dem kleinen Exkurs in die Entscheidungspsychologie können wir jetzt präzisieren, weshalb durch die „Herstel-

²³⁵ Der sog. „virtuelle Besitz“ ist eine der wichtigsten Strategien, die die Werbeindustrie einsetzt, um potenzielle Kunden zu locken und unter Druck zu setzen, die Ware, die sie angeblich einfach testen können, zu kaufen. Etwa während der Probefahrt entwickelt sich ein virtuelles Besitzgefühl, so dass dem Probefahrer schwer fällt, sich von „seinem“ Auto zu trennen; ausführlich zu den sog. Kaufstrategien bei *Werth* (Fn. 209), Kap. 2.

²³⁶ Siehe *Fischhoff*, in: Kahnemann u.a. (Hrsg.), *Judgment under Uncertainty*, 1982, S. 422 (434); *Bibas*, *Harvard Law Review* 117 (2004), 2463 (2522 m.w.N.).

²³⁷ *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 45.

²³⁸ Die Rede ist bei *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 10, Fn. 104, von einer indefiniten Variation von Verfahrensabläufen, die „so unerschöpflich sind, wie die Phantasie der Beteiligten“.

²³⁹ So *Weigend*, *JZ* 1990, 774; *Altenhain u.a.*, *Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren*, 2007, S. 147 Fn. 518: „Man kann das ‚Tauschgeständnis gegen Strafmilderung‘ als Prototyp der Absprache bezeichnen.“

²⁴⁰ Vgl. *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 13; *BT-Drs.* 16/12310, S. 14.

²⁴¹ *Niemöller* (Fn. 25), Teil B Rn. 28.

²²⁸ *Jungermann/Pfister/Fischer* (Fn. 188), S. 5.

²²⁹ *Schweizer* (Fn. 206), S. 33 f. Rn. 82 f.

²³⁰ *Pars pro toto Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1344, et passim).

²³¹ *Ariely* (Fn. 220), S. 137 f.

²³² *Kahneman/Knetsch/Thaler*, *Journal of Political Economy* 98 (1990), 1325 (1345).

²³³ *Niemöller* (Fn. 25), Teil B Rn. 23; *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 48.

²³⁴ Es wird erklärt, dass Besitz unter psychologischem Blickwinkel eine Sache des Grades ist; vgl. nur *Heyman/Orhun/Ariely*, *Journal of Interactive Marketing* 18 (2004), 7.

lung einer Strafmaßdifferenz zwischen kooperativem und nicht kooperativem Prozeßverhalten²⁴² während der Verständigung ein weit über die Grenze des zulässigen psychischer Druck erzeugt wird²⁴³ bzw. die Tatbestandsmerkmale der Aussageerpressung erfüllt werden.

a) Der durch Beschluss ergehende Vorschlag des Gerichts legt den neuen Bezugsrahmen des Angeklagten fest. Der angeblich niedrige(re) Strafrahmen schafft einen (neuen) Referenzpunkt (III. 3. a). Aus der Warte des Angeklagten – und nur diese Warte ist für die Bejahung des psychischen Drucks qua seelische Qual gem. § 343 StGB relevant – gibt es nur zwei möglichen Strafen: eine Strafe x oder eine Strafe x plus y.²⁴⁴

b) Oben (III. 3. b) wurde gezeigt, dass die Haltung des Angeklagten Risiken und möglichen Verlusten/Gewinnen gegenüber seine Entscheidung über die Tilgung des Rechtes auf ein faires Verfahren bestimmen wird.²⁴⁵ Ferner wurde gezeigt, dass Menschen risikoscheu sind: Der negative Wert eines Verlustes ($-y_1$) wird doppelt so stark empfunden wie der positive Wert des gleichen Gewinns (y_1).²⁴⁶ Wir können also festhalten, dass es bei der Verständigung nicht um eine rationale Entscheidung für die beste Option, sondern um eine durch den Referenzpunkt (x) betrachtete Entscheidungssituation geht. Was als „Gewinn“ und was als „Verlust“ gilt, wird im Validationssystem des Referenzpunktes des Angeklagten dargestellt.²⁴⁷ Daraus ergibt sich, dass die Durchführung der Hauptverhandlung nicht nur als Verschlimmerung der Situation des Angeklagten gilt; der mögliche Verlust ($-y_1$) wiegt viel schwerer als ein möglicher Gewinn. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Sanktionsschere nicht nur quantitativ ist, sondern den Angeklagten ggf. vor das Dilemma stellt: Strafe auf Bewährung oder (abzusitzende) Freiheitsstrafe. Da der Angeklagte risikoscheu ist, wird er unter Druck gesetzt, seinen status quo (x) zu behalten (Besitztumseffekt), statt auf das Risiko einer Hauptverhandlung einzugehen.²⁴⁸ Er sieht sich also fast gezwungen, den ihm zur Bedingung gemachten Handlungsbeitrag zu leisten und das Geständnis abzulegen. Wie *Gutmann* – freilich mit einer anderen Begründung – bemerkt, ist es eine Voraussetzung für das Vorliegen von Zwang, „dass ein Ansinnen für den Adressaten eine Wahlsi-

tuation schafft, in der dieser keine[] vernünftige Alternative dazu hat, die geforderte Handlung auszuführen.“²⁴⁹

Das kann m.E. u.a. erklären, weshalb so viele Angeklagten kurz nach dem Ablegen eines Geständnisses ihre Unschuld beteuern.²⁵⁰

c) Last but not least kann man hier auch das Phänomen der Reziprozität ansprechen (III. 3. c). Der Vorschlag des Gerichts setzt den Angeklagten unter Druck, die Gefälligkeit (Strafrabatt) zu erwidern – dessen ungeachtet, ob jene ihm erwünscht ist oder nicht. Einen expliziten Verweis auf dieses Phänomen macht *Damaška*, wenn er den „Impuls“, der dem Austausch von Vorteilen zwischen Verfahrensbeteiligten zugrunde liegt, mit dem sozialen bzw. inneren Druck vergleicht, „Gefälligkeiten zu erwidern oder eine Gegenleistung zu erwarten“.²⁵¹

6. *Do ut dūcis*

Der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass der „Verständigung“ eine auf rationaler Basis laufende, synallagmatische Struktur (tit for tat, III. 3. c) zugrunde liegt.²⁵² Schon aufgrund einer ersten Begriffsexplikation des Begriffs „Verständigung“²⁵³ kommen wir zu dem Schluss, dass die „von beiden Seiten versprochenen Leistungen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen“.²⁵⁴ Der vorliegende Beitrag teilt die Sicht des Gesetzgebers nicht und hat – wie ich meine – gezeigt, dass a) die der Verständigung zugrunde liegende Struktur vielmehr mit der tit for tat plus one-Strategie zu tun hat (Reziprozität) und b) der Angeklagte unter erheblichen – strafrechtsrelevanten – Druck gesetzt wird, das ihm zur Bedingung gemachte Geständnis abzulegen, um seinen status quo aufrecht zu erhalten (Besitztumseffekt). Die von beiden Seiten erbrachten Leistungen stehen i.d.S. in einem asymmetrischen und einspurigen Abhängigkeitsverhältnis. Vom „Einvernehmen“, was nach dem Gesetzgeber ein wesentliches Merkmal des Begriffs „Verständigung“ ausmacht,²⁵⁵ kann bezüglich der oben genannten Situation nicht die Rede sein.

²⁴² *Weigend*, JZ 1990, 774 (779).

²⁴³ Vgl. *Toepel*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Fn. 162), § 240 Rn. 1.

²⁴⁴ Zur Rolle eines Vorschlags als „Anker“ bei einer Verhandlung/Verständigung siehe *Galinsky/Mussweiler*, Journal of Personality and Social Psychology 81, 657 (658, et passim).

²⁴⁵ Ähnlich *Bibas*, Harvard Law Review 117 (2004), 2463 (2507): „Defendants’ attitudes toward risk and loss will powerfully shape their willingness to roll the dice at trial.“

²⁴⁶ Vgl. nur *Schweizer* (Fn. 206), S. 58 Rn. 141.

²⁴⁷ Unmissverständlich so *Weigend*, JZ 1990, 774 (778): „Die ‚Normalstrafe‘ existiert in der Wirklichkeit nicht, sondern es gibt – ceteris paribus – lediglich eine Strafe x für kooperierende und eine Strafe x plus n für nicht-kooperierende Beschuldigte.“

²⁴⁸ Siehe *Ritov*, Journal of Risk and Uncertainty 5 (1992), 49; *Bibas*, Harvard Law Review 117 (2004), 2463 (2507 ff.).

²⁴⁹ *Gutmann*, Freiwilligkeit (Fn. 189), S. 109, 204, et passim.

²⁵⁰ Dabei handelt es sich um die sog. guilty-but-not-guilty pleas (alias „Alford pleas“, vgl. U.S. Supreme Court, Urt. v. 23.11.1970 – 400 US 25 [1970], 28 f. [North Carolina v. Alford]), nämlich um das prozessuale Schuldanerkenntnis bei gleichzeitiger Unschuldsbeteuerung; ausführlich dazu bei *Bibas*, Cornell Law Review 88 (2003), 1361; sehr kritisch dazu *Alschuler*, Cornell Law Review 88 (2003), 1412.

²⁵¹ *Damaška*, StV 1988, 398.

²⁵² BT-Drs. 16/12310, S. 12 f.; kritisch dazu auch *Bibas*, Harvard Law Review 117 (2004), 2463 (2498): „The rational-actor model presumes that parties evaluate options and odds dispassionately, correctly weighing pros and cons. Hundreds of psychological studies, however, show that people are consistently too optimistic and therefore overconfident in their chances of achieving favorable outcomes.“

²⁵³ Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 13.

²⁵⁴ *Peters* (Fn. 61), S. 9, (*Hervorhebung* nur hier).

²⁵⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

IV. Materiell-rechtliche Prüfung

1. Grundsätzliches

Die Frage, ob das *Rechtsgut* der Aussageerpressung zweidimensional zu bestimmen ist – sodass § 343 StGB neben seinem Charakter als Rechtspflegedelikt und zwar gleichrangig individualschützende Wirkung zukommt²⁵⁶ – oder ob Rechtsgüter wie Körperintegrität und Willensentschließungsfreiheit im Rahmen des § 343 StGB „erst in zweiter Linie in Betracht“²⁵⁷ kommen²⁵⁸, mag hier dahinstehen. Denn die Möglichkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses oder einer rechtfertigenden Einwilligung des Betroffenen (hier: des Angeklagten) scheidet nach ganz h.M. aus.²⁵⁹ D.h.: Die auf den ersten Blick wirksame Bereitschaft des Angeklagten, den zur Bedingung gemachten Beitrag zu leisten bzw. das Geständnis abzulegen – ausgerechnet darum geht es bei der Verständigung, vgl. § 257c Abs. 2 S. 2 StPO –, schließt den rechtswidrigen Charakter des Vorschlags des Gerichts nicht aus.

Umstritten ist auch die *Deliktsnatur* des § 343 StGB. Während die h.M.²⁶⁰ annimmt, § 343 StGB sei wegen der im Tatbestand vorgeschriebenen Amtsstellung des Täters ein echtes Amtsdelikt, welches als verselbständigt Sonderdelikt § 240 StGB verdrängt, spricht die Gegenmeinung sich insofern für ein unechtes Amtsdelikt aus, als es sich bei § 343 StGB um einen Spezialfall der versuchten Nötigung handle.²⁶¹ Ohne hier auf diese Problematik eingehen zu können, scheint mir die Auffassung *Schmidhäusers* folgerichtig zu sein, dass nämlich eine pauschale Antwort darüber nicht haltbar ist, solange man die Amtsträgereigenschaft als ein strafbegründendes (§ 28 Abs. 1 StGB) besonderes persönliches Merkmal versteht – vor allem, was uns hier interessiert, bei der Tatbegehungsform des „seelischen Quälens“.²⁶² Last but not least handelt es sich bei § 343 StGB um ein kupiertes Erfolgsdelikt,²⁶³ da der Nötigungszweck (hier: das Ablegen eines Geständnisses) nicht erreicht werden muss.

2. Tatbestandsvoraussetzungen

a) Täter: Amtsträger

Täter können entweder Amtsträger oder Offiziere und Unteroffiziere der Bundeswehr sein (§ 48 Abs. 1 WstG). Ferner muss der Täter zur Mitwirkung an Verfahren der betreffenden Art berufen sein. Zum Strafverfahren (Alt. 1) gehören

alle Verfahrensarten der StPO²⁶⁴ (inkl. polizeilicher und staatsanwaltlicher Ermittlungsverfahren; eine förmliche Einleitung eines solchen Verfahrens ist nicht erforderlich),²⁶⁵ daneben Jugend- und Steuerstrafverfahren.²⁶⁶ Der Richter ist gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB ein Amtsträger; zum Täterkreis gehören nach h.M. etwa Richter, Staatsanwälte, deren Hilfsbeamten, nicht aber Verteidiger, Sachverständige oder Zeugen.²⁶⁷

b) Tathandlung

Alle Tathandlungsarten sind echte (gleichwertige) Tathandlungsalternativen, die für den Tatbestand des § 343 StGB ausreichen. Bei der Verständigung werden sowohl die Gewaltandrohung (3. Var.) als auch das seelische Quälen (4. Var.) erfüllt.

aa) Der Anwendung von Gewalt ist deren Androhung gleichgestellt.²⁶⁸ Und während die Drohung mit einem sonstigen Übel (d.h.: außer Gewaltanwendung) nach h.M. nicht ausreicht,²⁶⁹ genügt insofern die Drohung mit einer an sich zulässigen Maßnahme (etwa Festnahme, Verhaftung), da der Betroffene (Angeklagte) davon ausgeht, dass der Einsatz des Zwangsmittels (hier: Verurteilung zu einer höheren Strafe) im Ermessen des Täters steht.²⁷⁰ Wie oben gezeigt, ist der vordergründige „Tausch von Freiheiten“ (do ut des) nur ein scheinbarer, da „er lediglich in der Aufhebung einer vom Drohenden bewirkten Freiheitsbeschränkung besteht“.²⁷¹ Die scheinbare Handlungsmöglichkeitserweiterung ist in Wirklichkeit nur eine Handlungsmöglichkeitenbeschränkung.²⁷² Mit anderen Worten: Der bedrohte Angeklagte muss sich nunmehr entscheiden, ob er das angedrohte Übel einer höheren Strafe ertragen oder vermeiden will.²⁷³ Die Sanktionierung der Verfahren-Alternative mit dem angedrohten Übel (höhere Strafe) verengt die dem Angeklagten verfügbaren Handlungsspielräume und schneidet ihm die Möglichkeit ab, „frei von Zwang eigenverantwortlich entscheiden zu können, ob

²⁵⁶ Wohl herrschende Meinung: *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 2; *Maiwald*, JuS 1977, 358; *Zieschang* (Fn. 169), § ? Rn. 2; *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 1; *Geppert*, Jura 1981, 81.

²⁵⁷ *Jescheck* (Fn. 174), § 343 Rn. 1 m.w.N.

²⁵⁸ So *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 3.

²⁵⁹ *Rogall* (Fn. 160), S. 524; *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 36, *Lackner/Kühl* (Fn. 167), § 343 Rn. 5, *Jescheck* (Fn. 174), § 343 Rn. 1; *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 1.

²⁶⁰ *Geppert*, Jura 1981, 81; *Jescheck* (Fn. 174), § 343 Rn. 1; *Lackner/Kühl* (Fn. 167), § 343 Rn. 1.

²⁶¹ *Maiwald*, JuS 1977, 358; *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 1.

²⁶² *Schmidhäuser*, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1983, 4/22; ausführlich dazu *Rogall* (Fn. 160), S. 521 ff.

²⁶³ Vgl. nur *Maiwald*, JuS 1977, 358.

²⁶⁴ Einschließlich der Verfahren zur Anordnung einer Maßnahme nach § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB (§§ 412 ff., 430 ff., 442 StPO); dazu *Jescheck* (Fn. 174), § 343 Rn. 4.

²⁶⁵ *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 4, m.w.N.

²⁶⁶ *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 5; *Zieschang* (Fn. 169), § 343 Rn. 12; *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 17.

²⁶⁷ *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 12.

²⁶⁸ Beides sind die zentralen Merkmale der Nötigungsdelikte sowie aller Nötigungselemente enthaltenden Strafvorschriften; ausführlich dazu bei *Küper*, GA 2006, 439 (439 f.).

²⁶⁹ *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 11.

²⁷⁰ *Wolters* (Fn. 167), § 343 Rn. 8.

²⁷¹ Beide Zitate: *Küper*, GA 2006, 439 (441).

²⁷² *Langbein*, The University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12): „We make it terribly costly for an accused to claim his right to the constitutional safeguard of trial. We threaten him with a materially increased sanction if he avails himself of his right and is thereafter convicted. This sentencing differential is what makes plea bargaining coercive.“

²⁷³ *Küper*, GA 2006, 439 (464).

und ggf. inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt²⁷⁴ bzw. die Vermeide-Alternative selbst zu bestimmen.²⁷⁵ Wie *Küper* anmerkt: „Der Bedrohte kann das Abwendungsangebot des Drohenden nur ablehnen, wenn er die Verwirklichung des angedrohten Übels durch den Täter riskiert“.²⁷⁶ Wie oben gezeigt, verhalten die Menschen sich in ähnlichen Situationen nicht wie „rationale Agenten“; sie sind risikoscheu und empfinden die Möglichkeit eines Verlustes des status quo (Strafe x) als schmerzhaft. Die Herstellung der Strafmaßdifferenz durch den Vorschlag des Gerichts erzeugt psychischen Druck, der als Gewaltandrohung zu qualifizieren ist.

bb) Aus den unter aa) genannten Gründen kann und soll der psychische Druck beim Angeklagten als „seelisches Quälen“ verstanden werden. In Relation zu den (niedrigen) Maßstäben für die Bejahung seelischen Quälens, kann man nur um den Preis des Einsatzes doppelter Maßstäbe die hier unternommene rechtliche Bewertung verneinen. *Weigend* hat bereits auf diese Asymmetrie verwiesen. Er betont, dass, weil niemand die Unfreiwilligkeit eines Geständnisses bezweifeln würde, „wenn ein Polizeibeamter den Beschuldigten durch die Verabreichung von zwei kräftigen Ohrfeigen zu seinen Angaben veranlaßt hätte“, es ein „ein unheilbarer Widerspruch“ ist, wenn man die Freiwilligkeit eines Geständnisses annimmt, „wenn der Beschuldigte faktisch vor die Wahl gestellt wurde, die Tat zu gestehen oder im Fall der Überführung eine um mehrere Jahre längere Freiheitsstrafe zu erhalten“.²⁷⁷

3. Subjektiver Tatbestand

a) Sämtliche Tatbestandsmerkmale müssen vom (mindestens) bedingten Vorsatz gedeckt werden.

b) In der außerdem erforderlichen Nötigungsabsicht handelt der Täter immer, wenn die Tathandlung in der Absicht eingesetzt wird, eine bestimmte Aussage, Erklärung oder Unterlassung herbeizuführen.²⁷⁸ Auf die – bei § 240 StGB erforderliche – Verwerflichkeit der Relation von erstrebtem Aussageverhalten und eingesetztem Mittel kommt es nach h.M. nicht an.²⁷⁹ Der durch den Vorschlag des Gerichts manifestierte Wille des Richters ist auf das Ziel des Ablegens eines Geständnisses gerichtet. Das Geständnis bezieht sich nicht einfach auf das Verfahren,²⁸⁰ sondern es schließt letzteres vielmehr ab. Irrelevant bzw. strafrechtlich belanglos ist, ob die erstrebte Aussage erfolgt oder nicht.²⁸¹

c) Problematisch im Hinblick auf etwaige Irrtümer dürfte der strafrechtliche Charakter des Prozessverhaltens des Richters gem. § 257c StPO bzw. die Widerrechtlichkeit dessen

„Vorschlags“ als Zwangsmittel sein. Dabei ist nach h.M. zwischen zwei Konstellationen zu unterscheiden.²⁸² Stellt der Täter sich irrig die tatsächlichen Voraussetzungen für einen verfahrensrechtlich zulässigen Zwangsmittel Einsatz vor, so ist die Rede von einem tatbestandsausschließendem Erlaubnistatbestandsirrtum.²⁸³ Andernfalls begründet der Irrtum über die verfahrensrechtliche Zulässigkeit des Vorschlags des Gerichts qua Zwangsmittel Einsatz lediglich einen Verbotsirrtum.²⁸⁴ Hier taucht die eigentliche Problematik dieser materiell-rechtlichen Prüfung auf.

Ein Verbotsirrtum des drohenden Richters ist zu bejahen. Denn das richterliche Prozessverhalten entspricht § 257c StPO. Das Bundesverfassungsgericht hat nun die Verfassungsmäßigkeit der Norm festgestellt, sodass die Bindung in allen Verfahren eingreift sowie die Rechtslage unmittelbar allgemeinverbindlich festgelegt wird (§ 31 BVerfGG).²⁸⁵ Die normbestätigende Entscheidung erwächst in Gesetzeskraft, soweit ein Gesetz mit dem Grundgesetz für vereinbar befunden wird (§§ 13 Abs. 8a, 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, 46 GG). Auf den ersten Blick dürfte die Lösung des Problems sehr einfach sein. Der Teufel steckt allerdings wie immer im Detail, da wir es hier mit einem Sonderfall der Vereinbarung zu tun haben:²⁸⁶ Das Judikat des 2. *Senats* steht unter dem Vorbehalt der Vorläufigkeit²⁸⁷ und führt damit eine Ausnahme von der prinzipiellen Unanfechtbarkeit und Unwiderruflichkeit der Entscheidung ein.²⁸⁸ Tatsächlich war die Entscheidung des 2. *Senats* mit einer „Appellentscheidung“²⁸⁹ verbunden, „durch die der Gesetzgeber zur Neu- bzw. Nachbehandlung angehalten wird“.²⁹⁰ Das

²⁸² *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 15.

²⁸³ *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 15; *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 32, *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 15.

²⁸⁴ *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 15; *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 15.

²⁸⁵ *Bethge*, in: Maunz u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, 45. Aufl. 2015, § 31 Rn. 156.

²⁸⁶ So bei *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 9. Aufl. 2012, Rn. 419.

²⁸⁷ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 116: „Der in erheblichem Maße defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt derzeit nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung.“

²⁸⁸ *Bethge* (Fn. 285), § 31 Rn. 36, 33; vgl. *Globke*, JR 2014, 9 (9 f.).

²⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 121: „Der Gesetzgeber [muss] die weitere Entwicklung sorgfältig im Auge behalten. Sollte sich die gerichtliche Praxis weiterhin in erheblichem Umfang über die gesetzlichen Regelungen hinwegsetzen [...] und sollten die materiellen und prozeduralen Vorkehrungen des Verständigungsgesetzes nicht ausreichen, um [...] dadurch die an eine Verständigung im Strafverfahren zu stellenden verfassungsrechtlichen Anforderungen zu erfüllen, muss der Gesetzgeber der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken“; vgl. BVerfGE 25, 1 (12 f.); 49, 89 (130); 95, 267 (314); 110, 141 (158 ff.).

²⁹⁰ *Bethge* (Fn. 285), § 31 Rn. 251.

²⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 60. Vgl. BVerfGE 38, 105 (113); 56, 37 (43).

²⁷⁵ *Küper*, GA 2006, 439 (464).

²⁷⁶ *Küper*, GA 2006, 439 (464).

²⁷⁷ Drei Zitate: *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (300).

²⁷⁸ *Wolters* (Fn. 167), § 343 Rn. 11.

²⁷⁹ Pars pro toto *Voßen* (Fn. 161), § 343 Rn. 32, anders aber *Kuhlen* (Fn. 162), § 343 Rn. 14.

²⁸⁰ *Zieschang* (Fn. 169), § 343 Rn. 25 f.; *Wolters* (Fn. 167), § 343 Rn. 11.

²⁸¹ *Hecker* (Fn. 169), § 343 Rn. 16.

Gericht fordert den Gesetzgeber auf, die weitere Entwicklung (Vollzug) des Verständigungsgesetzes „sorgfältig im Auge [zu] behalten“ und ggf. „der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegen[zum]wirken“.²⁹¹ Aus dem Urteil ergibt sich ferner kein „Unbedenklichkeitsattest mit Verfallsdatum“.²⁹² Denn der Zeitpunkt des Umschlags in die Verfassungswidrigkeit wurde vom 2. Senat nicht fixiert. Die endgültige Nichtigkeitsfeststellung des GzViS wurde hingegen von einer Bedingung abhängig gemacht, dass die Richter „die hohe Bedeutung der Schutzmechanismen“ irgendwann vollständig verinnerlichen werden, um den angeblich durch die kurze „Geltungsdauer“ bedingten defizitären Vollzug zu kompensieren.²⁹³ Im Rahmen dieser Abhandlung wurde indes gezeigt, dass der defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes²⁹⁴ auf einem „strukturellen Regelungsdefizit“²⁹⁵ beruht.

4. Rechtsfolgen

Die Tat wird als Verbrechen (§ 12 Abs. 1 StGB) mit Freiheitsstrafe zwischen einem und zehn Jahren bestraft. Keinerlei Probleme bereitet der Verlust der Amtsfähigkeit als Rechtsfolge. Als Nebenfolge ist gem. § 45 Abs. 1 StGB der Verlust der Amtsfähigkeit zwingend, i.R.d. § 343 Abs. 2 i.V.m. §§ 358, 45 Abs. 2, 3 StGB aber nur möglich.

V. Gesamtfazit

Art. 1 OP-CAT²⁹⁶ schreibt die Errichtung eines Systems regelmäßiger Besuche von Orten der Freiheitsentziehung vor, was der Prävention von Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung dienen soll.²⁹⁷ Art. 4 Abs. 1 OP-CAT umfasst aller Orte, „an denen Personen auf Grund einer Entscheidung einer Behörde oder auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis die Freiheit entzogen ist oder entzogen werden kann“. Zu den üblichen Verdächtigen, nämlich Justizvollzugsanstalten, Polizeidienststellen etc. sollen auch Gerichtssäle zählen. Auf die Erforderlichkeit dieses „Beseuchens“ verweist uns die Einschaltung der Möglichkeit einer

Verständigung im Rahmen des reformierten Inquisitionsprozesses.

Genetisches Merkmal des adversatorischen Strafverfahrens ist eine weitgehende Dispositionsmacht der Parteien über den Streitgegenstand.²⁹⁸ Daraus resultieren die sog. Effekte dieses Verfahrenstypus. Erstens: Jede Partei versucht, ein zu ihren Gunsten asymmetrisches Kräfteverhältnis zu schaffen, um anschließend ein positives Ergebnis zu erzielen (combat effect).²⁹⁹ Zweitens: Der Prozessausgang stellt eine Funktion des ökonomischen Aufwandes dar, den der Angeklagte zu machen bereit ist (wealth effect).³⁰⁰ Ausgerechnet dieser Effekt führt unausweichlich zum von mehreren Autoren angesprochenen Entstehen zweier Klassen von Beschuldigten.³⁰¹ Nur in einem so konzipierten Verfahren lassen sich die Urteilsabsprachen/Deals (der Gesetzesbegriff „Verständigung“ ist nichts anderes als ein Euphemismus) reibungslos einbetten.

Der „Zeitgeist“, welchem folgend der Gesetzgeber angeblich „Versäumnisse bei der Ausgestaltung und Praktikabilität des formellen und materiellen Rechts zu kompensieren“ versuchte,³⁰² ist weder neu noch fortschrittlich. Dabei geht es um die Wiederkehr einer düsteren Epoche, von welcher die Menschheit endgültig Abschied genommen zu haben glaubte (I.). Das reformierte Inquisitionsverfahren sowie die ihm zugrunde liegenden Verfassungsgarantien des Grundgesetzes und der EMRK ersticken adversatorische Prozessstrukturen wie diejenigen des § 257c StPO im Keim. Die Phase, die wir jetzt in der Bundesrepublik Deutschland erleben, wird just von diesem Kampf gekennzeichnet. Unvereinbare Prozessstrukturen treffen aufeinander. Das normative „Immunsystem“ des Rechtsstaates, das zugleich die Wiedererkennungsmerkmale³⁰³ des reformierten Inquisitionssystems ausmacht,

²⁹¹ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 121.

²⁹² Begriff bei *Bethge* (Fn. 285), § 31 Rn. 251.

²⁹³ Beide Zitate: BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 119.

²⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 121.

²⁹⁵ Anders aber beim BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 119.

²⁹⁶ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (nachfolgend UN-Antifolter-Konvention) vom 10.12.1984. Das Zusatzprotokoll vom 18.12.2002, welches den Schutz vor Folter und grausamer, unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe durch einen präventiven Ansatz verstärken soll, trat am 22.6.2006 in Kraft und wurde in Deutschland mit Zustimmungsgesetz des Bundestages vom 26.8.2008 in innerstaatliches Recht umgesetzt; vgl. BGBl. II 2008, S. 854.

²⁹⁷ Eingehend dazu bei *Hof/Mohsen*, MSchKrim 2012, 294 (295).

²⁹⁸ Ausführlich dazu *Weigend*, ZStW 113 (2001), 271 (272, Fn. 2): Ein wesentlicher Unterschied zwischen den beiden Verfahrenstypen besteht allerdings insoweit, als die Herrschaft über das Verfahren nach der (traditionellen) kontinental-europäischen Auffassung mit der Anklageerhebung auf das Gericht übergeht (vgl. §§ 155 Abs. 2, 156 StPO), während im common law Ankläger und Angeklagter als „Parteien“ im eigentlichen Sinne verstanden werden, mit der Folge, dass sie über den Verfahrensgegenstand disponieren können; jüngst *Swoboda*, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen, 2013, S. 791.

²⁹⁹ *Langbein*, The origins of adversary criminal trial, 2003, S. 1.

³⁰⁰ *Langbein* (Fn. 299), S. 1.

³⁰¹ Siehe etwa *Weigend*, JZ 1990, 774 (780); *Hassemer*, JuS 1989, 893 (894); bei *Schmidt-Hieber*, DRiZ 1990, 321 (324), ist gar die Rede von einer „Klassenjustiz“.

³⁰² Beide Zitate: BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, Rn. 119.

³⁰³ Dabei geht es um eine Reihe von unverzichtbaren Grundsätzen, die sich nicht ohne Grund als ungeschriebener Allgemeiner Teil der StPO bezeichnen lassen (vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. 2012, § 2 Rn. 15 ff.; *Weigend*, ZStW 113 [2001], 271 [280 ff.]). Diese Grundsätze sind: das fair-trial-Prinzip (Art 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK), die

kämpft, diesen „Keim“ zu eliminieren.³⁰⁴ Fest steht, dass eine Symbiose von vornherein auszuschließen ist. Interessant ist außerdem, dass, ähnlich wie bei der Carolina, unser Strafrechtssystem von Geständnissen abhängig gemacht worden ist und sich bereit erklärt, sämtliche staatsrechtlichen bzw. Verfahrensgarantien über Bord zu werfen und den Angeklagten zu foltern bzw. quälen, um – heute genauso wie damals – die Effizienz der Strafjustiz nicht auf Null zu reduzieren.³⁰⁵ Die „Demontage“ des auf die Amtsermittlung konzentrierten „Normalverfahrens“ hat allerdings ihren Preis:³⁰⁶ die Straffreiheit der dealenden Richter.

Was der Ausgang dieses Kampfes, der die Strafprozesslehre seit Jahrzehnten in Atem hält, sein soll, ist m.E. – vom normativen Standpunkt aus betrachtet – eindeutig. Deals sind nicht nur verfassungswidrig; dabei werden außerdem die Tatbestandsmerkmale der Aussageerpressung verwirklicht. Dieser Standpunkt und nicht die Praxis der Gerichte bzw. deren Lern- und Anpassungsfähigkeit sollte m.E. das einzige Kriterium des Bundesverfassungsgerichts sein. Gründe dafür hat u.a. auch dieser bescheidene Beitrag geliefert. Mit unverminderter Spannung und Hoffnung³⁰⁷ ist das nächste (abschließende) Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu erwarten.³⁰⁸ Davon hängt nichts Geringeres als die Zukunft des Rechtsstaates ab. Denn – das wissen wir seit *Engels* – „der [Rechts-] Staat wird nicht ‚abgeschafft‘. Er stirbt ab“.³⁰⁹ Und sein normatives Leben liegt in unserer Hand.

Offizialmaxime (§ 152 StPO), das Legalitätsprinzip (§§ 152 Abs. 2, 170 Abs. 1 StPO), der Anklagegrundsatz (§ 151 StPO), der Ermittlungsgrundsatz (§§ 155 Abs. 2, 160 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO), das Beschleunigungsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK), der Grundsatz der Öffentlichkeit, § 169 S. 1 GVG, Art. 6 Abs. 1 S. 1, 2 EMRK), das Mündlichkeitsprinzip (§ 261 StPO), der Grundsatz der Unmittelbarkeit (§§ 226, 250, 261 StPO), der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO), die Unschuldsvermutung (Art. 20 Abs. 3 GG, 6 Abs. 2 EMRK, § 261 StPO), der Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 GG), der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG), das nemo-tenetur-Prinzip (Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1, Abs. 2 EMRK).

³⁰⁴ Ähnlich spricht *Stuckenberg* (Fn. 54), § 257c Rn. 4, von „Degenerationserscheinungen des reformierten Inquisitionsprozesses“.

³⁰⁵ *Langbein*, in: Landau/Schroeder (Hrsg.), *Strafrecht, Strafprozess und Rezeption*, 1984, S. 215 (225).

³⁰⁶ Beide Zitate: *Fezer*, *NSStZ* 2010, 177 (181).

³⁰⁷ *Stuckenberg*, *ZIS* 2013, 212 (219).

³⁰⁸ Nach *Bethge* (Fn. 285), § 31 Rn. 252, ist zur gesetzeskräftigen Feststellung der Nichtigkeit bzw. Unvereinbarkeit der Norm ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht erforderlich.

³⁰⁹ *Engels*, in: Marx/Engels, *Werke*, Bd. 19, *Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft*, 1880, S. 224.

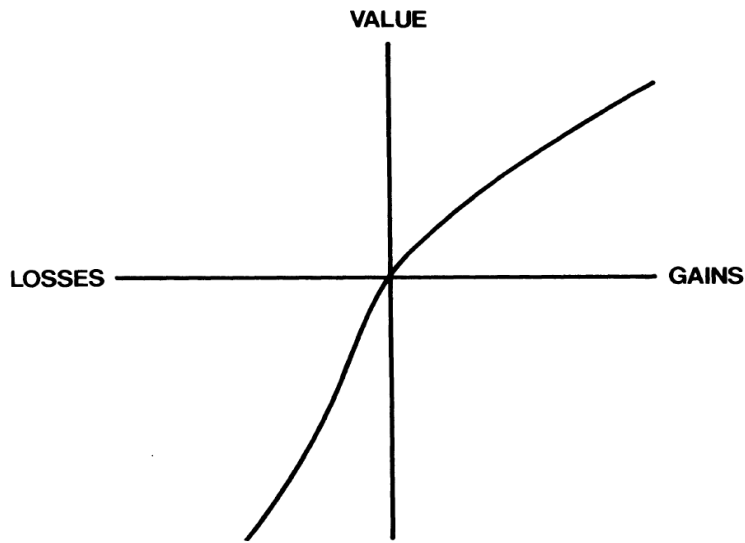


Abbildung zu Fn. 213.