

„Fair Trial“ aus der Perspektive der Verteidigung unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrensabsprache*

Von PD Dr. René Börner, Potsdam

I. Einleitung

Mir fällt es zu, den Grundsatz des fair trial aus der Sicht der Verteidigung zu behandeln. Dazu möchte ich im ersten Schritt die methodisch relevanten Besonderheiten des aus dieser Perspektive eröffneten Blicks benennen. Im zweiten Schritt soll es um das reale psychologische Fundament des Fairnessgrundsatzes und seine rechtliche Verankerung gehen. Schließlich möchte ich das deutsche Verständigungsgesetz (§ 257c StPO) unter dem Gesichtspunkt einer Fairnessheuristik beurteilen.

II. Die Perspektive der Verteidigung

1. Ausgangspunkt

Der Verteidiger steht dem Angeklagten bei und soll in dessen Interesse die rechtlich zulässigen Mittel der Verteidigung anwenden. Wie der Verteidiger das im Einzelfall tut und welchen faktischen oder rechtlichen Bindungen er unterliegt, möchte ich hier ausklammern. Es geht im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Stellung des Verteidigers als Interessenvertreter des Angeklagten oder Organ der Rechtspflege.¹ Von Bedeutung ist allein, welche Blickwinkel auf das Verfahren sich einer Verteidigung bieten, deren Wahrnehmung nicht von dem Interesse am Einzelfall beeinflusst wird. Begeben wir uns also methodisch auf den Standpunkt einer Verteidigung, deren Argumente nicht durch ein konkretes Ergebnisinteresse in den Misskredit mangelnder Objektivität gebracht werden.

Dieser Blickwinkel der Verteidigung ist auf dem Boden der StPO in zwei Wesensfragen des Strafprozesses ein deutlich anderer als derjenige des Strafrichters – und zwar bei der Feststellung der Wahrheit und bei der Beurteilung der Fairness.

2. Wahrheit

Die Wahrheit ist eine spröde Schöne und das ist sie erst recht im Strafprozess.

a) Wahrheitsbegriff

Wahrheit und materielle Gerechtigkeit gehören unmittelbar zusammen: Ohne Schuld keine Strafe und ohne Wahrheit keine Schuld. Wahrheit ist die Voraussetzung von Gerechtigkeit. Daher ist das zentrale Anliegen des Strafprozesses die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das ver-

fassungsrechtlich verankerte materielle Schuldprinzip nicht verwirklichen lässt.²

Doch die Erkenntnismöglichkeiten des Menschen sind beschränkt und fehleranfällig. Alles, was der Strafprozess zu erbringen vermag, ist das ernsthafte Streben nach einer größtmöglichen Annäherung an die materielle Wahrheit. Aber nicht diese materielle Wahrheit selbst steht am Ende der Beweisaufnahme, sondern die als verbindlich geltende Überzeugung des Gerichts (§ 261 StPO). Das ist die forensische Wahrheit, denn eine andere haben wir nicht. Ihre Verbindlichkeit steht unter dem Vorbehalt, dass die gerichtliche Überzeugung in einem formell einwandfreien Verfahren zustande kam. Ist das Verfahren fehlerhaft, bricht die Verbindlichkeit dieser einzig vorhandenen Wahrheit weg und der Erkenntnisprozess muss erneut durchlaufen werden.³

b) Wahrheitsperspektiven

In welchem Grad aber die Annäherung an die materielle Wahrheit gelungen ist, beurteilen die Beteiligten des Strafverfahrens durchaus unterschiedlich. Das Gericht hat den Sachverhalt gemäß § 244 Abs. 2 StPO von Amts wegen aufzuklären. Dazu braucht es nicht allen theoretisch möglichen Einwänden gegen seine vorläufige Bewertung nachzuspüren, um zu einer normativ akzeptierten Überzeugung von dem angeklagten Geschehen zu gelangen (§ 261 StPO).

Doch der Blickwinkel der Verteidigung ist ein anderer. Es gilt der alte Einwand von *Karl Peters*: „Die Überzeugungsbildung ist subjektiv. Das schließt ein, dass es objektiv ganz anders sein kann.“⁴ Die von dem großen *Max Alsberg* diktierete Aufgabe der Verteidigung ist es daher, dem hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit den Kritizismus des Verteidigers entgegenzusetzen.⁵ Das Mittel dazu ist die kontrovers geführte Hauptverhandlung.

Was also dem Gericht als Wirklichkeit scheint, kann aus der Perspektive der Verteidigung etwas ganz anderes sein. Das hat Konsequenzen für das Spannungsfeld von Verfahrensverständnis, Fairness und Wahrheitssuche. Der Verzicht auf aktive Verteidigung birgt immer die Gefahr, dass sich das Urteil deshalb von der Wirklichkeit entfernt, weil die Sichtweise des Angeklagten nicht verarbeitet worden ist. Ich komme darauf zurück.

3. Fairness

Wie jeder Mensch hat auch der Strafrichter den natürlichen Drang zu einem positiven Selbstbild, und zwar sowohl gegenüber sich selbst als auch vor den Augen anderer. Die am

* Der Beitrag entspricht einem Referat auf dem Symposium des Deutsch-Chinesischen Dialogs zum Strafprozessrecht am Procedural Law Research Institute, China University of Science and Law, in Peking im September 2017, die Vortragsform wurde beibehalten.

¹ Vgl. dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 19 Rn. 3 ff.

² Siehe nur BVerfG, Beschl. v. 6.10.2009 – 2 BvR 2580/08 = NJW 2010, 592 (593 Rn. 18).

³ Im einzelnen *Börner*, Legitimation durch Strafverfahren, 2014, S. 98 ff.

⁴ *Peters*, StV 1988, 457.

⁵ *Alsberg*, Max Alsberg – Ausgewählte Schriften, 1992, S. 323 (328).

heutigen Strafprozess in Deutschland beteiligten Berufsrichter zeichnen sich regelmäßig nach ihrem Selbstverständnis durch Fairness und einen ausgeprägten Anspruch auf Rechtsstaatlichkeit des eigenen Handelns aus.⁶ Das jedoch führt in ein handfestes Dilemma.⁷

Wer als Berufsrichter, sei es am Tatgericht oder am Revisionsgericht, von der eigenen rechtsstaatlichen Redlichkeit und Fairness ebenso überzeugt ist wie von seiner Urteilskraft und dies auch seinen Berufskollegen zubilligt, steht in der Gefahr, kein Verständnis dafür aufzubringen, dass ein Angeklagter auch vor einem solchen Richter – also vor ihm selbst – des legitimen Schutzes durch gewisse Formen bedarf: „Warum sollte der Angeklagte vor mir geschützt werden, wo ich doch unvoreingenommen und fair bin?“

Das Problem für die Beurteilung des Verfahrensrechts besteht also darin, dass nur der böswillige Richter die Sinnhaftigkeit der schützenden Formen real zu spüren bekommt, während der sich selbst als gerecht empfindende Richter von der Gerechtigkeit des Urteils und der Fairness seines Handelns überzeugt sein kann, ohne dass er der ihm auferlegten Form einen Anteil daran zuschreibt. Wer also als Richter den Sinn der Form – und damit auch der Verfahrensfairness – ermessen möchte, sollte seine Verfahrensrolle verlassen oder zumindest eine richterliche Perspektive einnehmen, die für sich selbst alle denkbaren menschlichen Schwächen und Böswilligkeiten in Rechnung stellt, um dann zu fragen, ob das Verfahrensreglement ihm diese durchgehen lässt. Niemand kann sich der eigenen Fairness wirklich sicher sein.

Im Folgenden möchte ich einen Vorschlag für die Außenbetrachtung richterlichen Handelns unterbreiten.

III. Fundamente des fair trial

1. Einführung

Wohl kaum ein Rechtsinstitut des Strafverfahrens hat größere Unschärfen als das fair trial. Ich möchte mich dem Problem mit der alten Frage von *Niklas Luhmann* nähern: Wie ist es möglich, wenn nur wenige entscheiden, die faktische Überzeugung von der Richtigkeit und der verbindlichen Kraft dieses Entscheidens zu verbreiten?⁸ Anders ausgedrückt: Weshalb halten sich Menschen an Entscheidungen anderer, auch wenn sie von diesen Entscheidungen selbst belastet werden?

Die empirischen Untersuchungen der Sozialpsychologie haben darauf eine Antwort im just procedure effect gefunden, der Ausdruck prozeduraler Gerechtigkeit ist, die wiederum mit empfundener Fairness gleichgesetzt wird.⁹ Danach sind Menschen eher bereit, sich einer für sie nachteiligen Entscheidung anderer zu beugen, wenn sie das Verfahren als fair erlebt haben. Hieran schließen sich vier Fragen an:¹⁰

- Nach welchen Kriterien wird ein Verfahren als fair beurteilt?
- Warum resultiert aus den Fairnesskriterien der just procedure effect?
- Was geschieht im Falle des Erlebens von Unfairness?
- Welche rechtliche Bedeutung haben diese Erkenntnisse?

2. Folgen der Unfairness und rechtliche Relevanz

Ich möchte mit den letzten beiden Punkten beginnen. Die erlebte Unfairness steht in unmittelbarer Beziehung zur Aggressionsforschung. Wenn Menschen in ihren Bedürfnissen betroffen sind, reagieren sie in Abhängigkeit davon, ob sie einem anderen Menschen deshalb einen Vorwurf machen können. Ein Beispiel: Es macht emotional einen Unterschied, ob mich ein Platzregen überrascht oder ob jemand unerwartet Wasser über meinem Kopf ausschüttet.

Genauso ist es im Strafverfahren. Wenn der vom Urteil in seinen Bedürfnissen Belastete¹¹ dem Richter gegenüber keinen persönlichen Vorwurf erheben kann, dann hat das Urteil eine höhere Chance auf Akzeptanz als in dem Fall, dass der Betroffene Anlass hat, den Richter der Unfairness zu bezichtigen. Empirisch erwiesen bergen Verletzungen der prozeduralen Gerechtigkeit eine erhebliche Gefahr, dass der Betroffene über den Einzelfall hinaus die Anerkennung des gesamten Rechtssystems aufgibt oder doch zumindest in Frage stellt.¹² Das hat höchste Brisanz für jeden Rechtsstaat. Recht gilt in ihm nicht in erster Linie aufgrund von Zwang, sondern weil die Menschen bereit sind, das Recht und damit auch die Justiz anzuerkennen. Wo genau die kritische Masse liegt, kann nicht pauschal bestimmt werden, eine Größenordnung von wenigen Prozent soll jedoch bereits systemrelevante Folgen auslösen können. Vorbehaltlich differenzierter Rechenmodelle kommt es hier darauf an, dass der Rechtsstaat seine realen Existenzgrundlagen reflektiert.

Die Glaubwürdigkeit der Justiz und das darauf bauende Vertrauen der Bevölkerung sind die Grundlage der Geltung des Rechtsstaats und können deshalb rechtlich nicht irrelevant sein. Die Glaubwürdigkeit der Justiz ist die allgemeine Geschäftsgrundlage des Rechtsstaats. Die übergreifende rechtsdogmatische Anerkennung dieses Gedankens steckt zwar noch in den Anfängen,¹³ gerade für fair trial ist dieser Gedanke jedoch bereits als Glaubwürdigkeit und Integrität der Strafrechtspflege konkret diskutiert worden.¹⁴ Nach meiner Auffassung handelt es sich um einen zwingenden Zusammenhang zwischen sozialpsychologischer Realität und Recht.

ren, was zu vermuten ist, aber genauerer empirischer Untersuchung bedarf.

¹¹ Das kann ebenso der Angeklagte bei Verurteilung wie der Verletzte oder die Öffentlichkeit bei einem Freispruch sein.

¹² Zum ganzen *Börner* (Fn. 3), S. 87 ff. m.w.N.

¹³ Zu den gesondert voneinander diskutierten Problemstellungen *Börner* (Fn. 3), S. 155 ff., sowie zur psychologischen Ebene S. 64 ff. m.w.N.

¹⁴ Siehe insb. *H. Jung*, GA 2009, 651 (654 f.), sowie im einzelnen *Börner* (Fn. 3), S. 178 ff. m.w.N.

⁶ Siehe nur *Föhrig*, Kleines Strafrichter-Brevier, 2008, S. 82.

⁷ Im einzelnen dazu *Börner* (Fn. 3), S. 187 ff.

⁸ *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 3. Aufl. 1983, S. 27.

⁹ Im Überblick *Börner* (Fn. 3), S. 64 ff. m.w.N.

¹⁰ Die fünfte Frage lautet, ob die Fairnesskriterien auch zu einer größeren Annäherung an die materielle Wahrheit füh-

Im Folgenden möchte ich näher auf die zugrundeliegenden Erkenntnisse der Sozialpsychologie eingehen.

3. Kriterien prozeduraler Gerechtigkeit

Auf breiter empirischer Grundlage¹⁵ haben sich mehrere gleichberechtigte Kriterien der wahrgenommenen Verfahrensfairness herausgestellt, die in drei Gruppen unterteilt werden können.¹⁶

a) Rahmenbedingungen des Verfahrens

Mit dem Grundsatz der Konsistenz sollen Zuteilungen konsistent über Personen und über die Zeit gehandhabt werden. Es solle jeder die gleiche Chance haben. Verfahren sollen also nach denselben Regeln und Maßstäben zu einer Entscheidung führen, wogegen Sonderbehandlungen auszuschließen sind. Umgekehrt erschüttern häufige Wechsel, auch von Teilkomponenten eines Verfahrens und Sonderbehandlungen bestimmter Personen die Gerechtigkeitsbewertung. Die schärfste Form der Inkonsistenz einer Ergebnisfindung ist die Willkür, durch die nachweislich die wahrgenommene Gerechtigkeit empfindlich reduziert wird. In der Konsistenz liegt die sozial-psychologische Wurzel der Bindung der Judikative an das Verfahrensrecht.

Zudem ist Unbefangenheit des Entscheiders erforderlich. Einerseits darf die entscheidungsberechtigte Autoritätsperson nicht voreingenommen sein. Andererseits darf sie nicht parteiisch sein, soll also kein Eigeninteresse haben, weshalb die Entscheidung allgemein nicht von Personen getroffen werden darf, die von ihrem Ausgang persönlich profitieren können.

Das Geschehen bedarf ferner einer ethischen Rechtfertigung, indem die Entscheidung in Übereinstimmung mit Vorschriften und gültigen moralischen Standards fallen sollte. Hier finden das Folterverbot sowie Beweisverwertungsverbote einen Ansatzpunkt.

Schließlich sollte das Verfahren in seiner Durchführung einer interaktionalen Fairness genügen, die in ihrem engeren Sinne die Art des persönlichen Umgangs des die Verhandlung leitenden Entscheiders mit dem Adressaten der Entscheidung betrifft. Es geht also auch darum, wie respektvoll und höflich der Betreffende behandelt wird. Zur näheren Einordnung werden beispielsweise genannt: Unehrllichkeit, Machtausübung und Unhöflichkeit. Insbesondere der wahrgenommenen Ehrlichkeit des Entscheiders kommt ein empirisch sehr deutlich bestätigter, eigenständiger Beitrag für die Fairnessbeurteilung zu.

b) Verfahrenskontrolle der Betroffenen

Ein zweiter wesentlicher Aspekt besteht darin, ob und wie der Betroffene der Entscheidung in das Verfahren einbezogen und inwiefern ihm Verfahrensherrschaft eingeräumt wird.

aa) „Mitsprache“

Die Repräsentativität bringt allgemein zum Ausdruck, dass die Interessen aller Betroffenen einbezogen werden sollen. Es sollen in allen Phasen des Verteilungsprozesses die grundlegenden Anliegen, Werte und Auffassungen der wichtigsten Untergruppen der Betroffenen repräsentiert werden. Das erfordert die Mitsprache der Beteiligten im Sinne eines rechtlichen Gehörs im Allgemeinen und erfordert den konkreten Einfluss auf die Auswahl der Informationen, welche die Grundlage der Entscheidung sind, im Besonderen. In konträktorisches Verfahren sollen die Kontrahenten gleiches Gehör bekommen und die gleichen Möglichkeiten haben, ihre Sichten und Argumente darzulegen, die wiederum von dem Entscheider auch gleichberechtigt verstanden und erwogen werden sollen.

Die Wahrnehmung eingeschränkter Bewältigungs- und Kontrollmöglichkeiten hingegen führt zu einer Bedrohlichkeitseinschätzung, die das Stresserleben erhöht und eine Problembewältigung erschwert. Ferner weisen empirische Forschungsergebnisse darauf hin, dass Mitsprache vielfach dann einen Frustrationseffekt auslöst, wenn sie keine „authentische“ Beteiligung darstellt, die sich auf die Entscheidung auswirkt.¹⁷ Dabei ergab sich im Ergebnis eine niedrige Einschätzung der Fairness, wenn die Mitsprache nur als eine „Beruhigungsspielle“ wahrgenommen worden ist.¹⁸ Dann kann es passieren, dass Mitsprache von den angesprochenen Personen als ein Versuch der Täuschung aufgefasst wird. Die Mitsprache ist ein sozial-psychologisches Gegenstück zu dem Anspruch auf rechtliches Gehör.

bb) „Berufung“

Als zweites Element der Verfahrenskontrolle gilt die Korrigierbarkeit. Danach soll das Verfahren Gelegenheiten zur Überprüfung der Entscheidung auf Initiative der Betroffenen eröffnen. Ein Verfahren, in dem eine „Berufungsmöglichkeit“ vorgesehen ist, wird als fairer beurteilt, als ein Verfahren, in dem es eine solche Möglichkeit nicht gibt. Dabei hat die Korrigierbarkeit zwei Seiten. Einerseits besteht die Möglichkeit, die Entscheidung zu revidieren. Andererseits gibt die bloße Möglichkeit der Nachprüfung und Korrektur dem Entscheider Anlass, Fehler zu vermeiden, wodurch das Vertrauen in die Qualität der Entscheidung gestärkt wird. Es wirkt sich aber besonders nachteilig auf die Entscheidungsakzeptanz aus, wenn eine Behinderung der Berufungschancen unmittelbar wahrnehmbar ist. Insgesamt gilt, dass eine vom Entscheider hintertriebene (oder hintertreibbare) Berufungschance tendenziell schädlicher ist, als wenn es gar keine Berufungsmöglichkeit gäbe.

c) Die entscheidungsbezogenen Kriterien

Die Arbeitsweise, mit der die Entscheidung gewonnen wird, muss der Genauigkeit genügen. Das Ziel sind Entscheidungen

¹⁵ Mit einer Übersicht zu den empirischen Forschungen etwa Bierhoff, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (165).

¹⁶ Im einzelnen Börner (Fn. 3), S. 71 ff. m.w.N.

¹⁷ Siehe nur Bierhoff, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (168).

¹⁸ Siehe nur Bierhoff, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (170).

gen von objektiv hoher Qualität. Hierzu sollen sorgfältig genügend verlässliche Informationen gesammelt, relevante Informationsquellen ausgeschöpft und fehlerhafte Vorannahmen nach Möglichkeit vermieden werden. Die Tragfähigkeit von entscheidungsrelevanten Informationen soll überprüft werden.

Ferner sollten negative Entscheidungen plausible Begründungen mitteilen, was rationale und nachprüfbare Argumente erfordert.¹⁹ Diese Rechtfertigung der Entscheidung hat einen empirisch erwiesenen, unabhängigen fördernden Einfluss auf die Akzeptanz einer für den Betroffenen negativen Entscheidung.²⁰ Als Ursache dieses Effektes werden mehrere Dinge besonders hervorgehoben. Erstens entspreche es den Regeln der Gesprächsführung, dass eine hinreichende Begründung für ein Ereignis gegeben werde, wogegen fehlerhafte oder unzureichende Erklärungen die Regeln des Argumentierens verletzen.²¹ Ferner würden sich die Betroffenen ernst genommen fühlen, wenn ihnen plausible Erklärungen geliefert würden. Schließlich habe sich gezeigt, dass negative Vorgaben in Gestalt von Verboten besser befolgt würden, wenn dafür eine kognitive Struktur durch eine angemessene Erklärung bereitgestellt werde. Durch Erklärungen würden kognitive Kontrollmechanismen eingeschaltet, die es den Betroffenen ermöglichen, das Ereignis in ein Bezugssystem einzuordnen und die normative Angemessenheit zu überprüfen.²² Über die Begründung nimmt der Betroffene den eigentlichen gerichtlichen Urteilsprozess zur Kenntnis und kann abschätzen, wie gründlich das Gericht die verschiedenen Standpunkte behandelt hat und weshalb alternative Entscheidungsmöglichkeiten zumindest im Ergebnis ausgeschieden sind. Kurzum – mag man auch eine Entscheidung nicht schön finden, so will man sie doch wenigstens verstehen.

4. Erklärungsmodelle

Nun wende ich mich der Frage zu, weshalb der im Verfahren erlebte Grad an Fairness Einfluss auf die Akzeptanz des belastenden Urteils hat. Wie alle psychologischen Mechanismen ist auch das im Einzelnen umstritten, weshalb ich mich auf die wesentlichen Grundzüge beschränke. Als plausibel jedoch erachte ich alle Ansätze und es kann auf sich beruhen, welche exakten Mechanismen im jeweiligen Einzelfall greifen. Mir kommt es darauf an, durch die Plausibilität der Erklärungsmodelle das rechtliche Gewicht der empfundenen Verfahrensfairness zu unterstreichen.

Die psychologischen Theorien zur prozeduralen Gerechtigkeit²³ laufen alle auf eine Abschätzung der Billigungswürdigkeit der Entscheidung anhand der Beurteilung des erlebten Verfahrens hinaus. Das erlebte Verfahren veranlasst also ein

heuristisches Urteil über die am Ende des Verfahrens stehende Entscheidung.

Die Referent-Cognition-Theorie fragt danach, ob alternative Verfahrensabläufe zu weniger belastenden Ergebnissen geführt haben würden. Der Betroffene fragt sich also, ob die Entscheidung günstiger ausgefallen wäre, wenn der Entscheider seine Verfahrensherrschaft anders ausgeübt hätte.

Für die Equity-Theorie ist die erlebte Verfahrensfairness das maßgebende Indiz dafür, ob das bewertete Urteil im Vergleich zu anderen Urteilen inhaltlich akzeptabel ist. Hier vergleicht der Betroffene sein Verfahren mit anderen Verfahren. Wenn er sich unfair behandelt sieht, wogegen anderen Personen prozedurale Fairness zuteilwurde, dann fragt er sich, ob auch sein Verfahrensergebnis schlechter ausgefallen ist.

Ausgangspunkt der Group-Value-Theorie ist das Selbstwertgefühl des Adressaten. Gerade in einem Konfliktfall möchten die Beteiligten mit Würde und Neutralität behandelt und in ihrem Anliegen ernst genommen werden. Hierdurch wird zunächst – unabhängig vom späteren Urteil – der gesellschaftliche Achtungsanspruch des Belasteten geschützt und das wirkt für sich genommen emotional stabilisierend. In Fortentwicklung dieser Grundannahme der Group-value-Theorie begründet die Fairnessbewertung des erlebten Verfahrens auch eine subjektive Einstellung gegenüber dem Entscheidungsprozess bis hin zum Urteil selbst, so dass sich die Wahrnehmung des Verfahrens als Vorurteil auf die Bewertung der späteren Entscheidung auswirkt. Der Betroffene meint also, wenn schon das Verfahren Geringschätzung zum Ausdruck bringt, dann habe er auch vom Ergebnis des Verfahrens nicht viel zu erwarten.

Nach allen drei Betrachtungsweisen wird die inhaltliche Akzeptanz der Entscheidung erheblich gefördert, wenn das Verfahren nach Maßgabe der jeweiligen Beurteilungsgrundlage ein belastbares Vertrauen in die Entscheidung geschaffen hat. Je nach Betrachtungsweise kommt es dabei auf das Vertrauen darauf an, dass auf keinem unvertretbar vermiedenen anderen Weg ein besseres Ergebnis zu erreichen gewesen wäre, dass keine Schlechterstellung im Vergleich zu anderen Verfahren erfolgt oder dass die Entscheidung ebenso redlich sein wird, wie es das Auftreten der Autoritäten vermuten lässt. Umgekehrt kann eine Verletzung der wahrgenommenen Fairness zu einer Verantwortungszuschreibung an den Entscheider führen und zu einem empfindlichen Hindernis für die Verarbeitung der Entscheidung werden. Die aus empfundener Unfairness entstandene Frustration stört die Urteilsakzeptanz und gefährdet die Geltung des Rechts.

IV. Wahrheit, Verständigung und prozedurale Gerechtigkeit

1. Einleitung

Wahrheit und Fairness berühren sich in der Glaubwürdigkeit der Strafjustiz. Die forensische Wahrheit ist die einzige Wahrheit, die im Strafprozess zur Verfügung steht. Sie ist trotz allen Strebens nach der objektiven Wahrheit nicht notwendig mit dieser identisch – und ebenso wie die Geltung des Urteils beruht auch die Geltung der zur Überzeugung des Gerichts festgestellten forensischen Wahrheit darauf, dass die

¹⁹ Siehe nur *Bierhoff*, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (171).

²⁰ Dazu *Bierhoff*, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (171).

²¹ Siehe nur *Bierhoff*, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (171).

²² Siehe nur *Bierhoff*, Zeitschrift für Sozialpsychologie 1992, 163 (171).

²³ Vertieft dazu *Börner* (Fn. 3), S. 78 ff. m.w.N.

Mehrheit der Gesellschaft dazu bereit ist, die Tätigkeit der Strafjustiz auch dann zu akzeptieren, wenn Ergebnisse den eigenen Bedürfnissen widersprechen. Doch jeder Fairnessverstoß enthält einen Vertrauensverlust und damit einen Legitimationsschaden für die Geltung des festgestellten Sachverhalts. Es gilt: Ohne Glaubwürdigkeit und Integrität der Justiz taugt die schönste Wahrheit gar nichts.

2. Abgrenzung zum Problem der eingeschränkten Wahrheits-suche

Doch bevor ich auf den Legitimationsschaden der Verständigung nach § 257c StPO eingehe, möchte ich zur Abgrenzung klarstellen, dass die anzustellende Fairnessheuristik nur *einen* Aspekt der Gesamtproblematik Verfahrensverständigung verkörpert. Nicht minder schwer wiegt die Frage, ob das verfassungsrechtlich verankerte materielle Schuldprinzip eine Lockerung des Strebens nach der materiellen Wahrheit trägt. In seiner Entscheidung zu § 257c StPO hat sich das BVerfG hiermit beschäftigt und dem Gesetzgeber – unter Unverbrüchlichkeit des Ziels einer bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit – für die Umsetzung der Aufklärungspflicht einen gewissen Toleranzbereich eingeräumt.²⁴ Im Grunde geht es bei diesem Toleranzbereich aber gerade um die Lockerung der Anforderungen an eine bestmögliche Erforschung der materiellen Wahrheit und damit um eine größere Fehleranfälligkeit der forensischen Wahrheit.²⁵ Verfassungsrechtlich handelt es sich um einen Spannungsbogen zwischen der materiellen Wahrheit, der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und dem Vertrauen in eine objektiv und gründlich arbeitende Strafjustiz. Dieser Gedanke rüttelt an der Wahrheit als Ideal des Rechts und birgt deshalb Sprengkraft. Dennoch ist er als Kern des Problems beim Namen zu nennen und offen zu diskutieren, was jedoch nicht Gegenstand meiner Themenstellung ist.

Doch immerhin ein bedeutender Aspekt dieser Diskussion ist die Frage, ob die Verfahrensverständigung als fair empfunden werden kann oder aber zu einem Legitimationsschaden des Sachverhaltes und damit zu einem Geltungsverlust des Urteils sowie der Strafjustiz insgesamt führt.

3. Fairnessheuristik der Verfahrensabsprache

Die Kriterien der prozeduralen Gerechtigkeit haben den Vorzug, dass sich der Legitimationsschaden der Verfahrensverständigung (§ 257c StPO) empirisch untersuchen lässt. Solange allerdings solche gezielten Untersuchungen fehlen, muss ich mich auf die Formulierung von Thesen beschrän-

²⁴ BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10 = NJW 2013, 1058 (1068 Rn. 104).

²⁵ Bei keiner einzigen der vielfachen Verständigungen, an denen ich als Verteidiger – nach altem oder neuem Recht – mitgewirkt habe, war ich je der Ansicht, dass eine gründliche Beweisaufnahme zu derselben Sachverhaltsfeststellung gelangt wäre. Diese Annahme wird durch jene Fälle bestätigt, in denen eine Absprache scheiterte – was dann in der Strafhöhe meist zum Nachteil, mitunter aber auch erheblich zugunsten des Angeklagten ausgegangen ist.

ken, die es dann ihrerseits mit entsprechenden Studien zu überprüfen gilt. Die Größe des Themas erfordert zudem eine Beschränkung, weshalb ich mich auf vier Punkte konzentrieren möchte: die Strukturveränderung des Verfahrens, die beteiligten Richter, das Machtungleichgewicht sowie die Verteilungsgerechtigkeit.

a) Strukturveränderung des Verfahrens

Das Geständnis wird als Kernstück der Verfahrensabsprache (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO) grundsätzlich vor der Beweisaufnahme ausgehandelt (§ 243 Abs. 4 StPO). Darauf folgt eine Bestätigung anhand jener aktenkundigen Beweismittel, welche bereits die Grundlage der Anklageschrift sind, die ihrerseits wiederum durch das Geständnis bestätigt wird. Hier dreht sich die Erkenntnis im Kreis. Weicht der Angeklagte indes bei seiner Erklärung zur Sache von dem belastenden Akteninhalt ab, läuft er Gefahr, vertragsbrüchig zu werden. Pointiert, aber in der Sache zutreffend, sieht *Schünemann* hierdurch die im 19. Jahrhundert geschaffene Struktur des deutschen Strafverfahrens zertrümmert.²⁶ Das hat Relevanz für die Fairnesskriterien.

Der Behauptung, es finde eine Geständnisüberprüfung statt, mangelt es an der Ernsthaftigkeit. Unter dem Gesichtspunkt der interaktionalen Fairness muss es als unehrlich empfunden werden, dass von Sachaufklärung und Überprüfung die Rede ist, während es sich nach der Natur der Sache und für jeden erkennbar bei dem Vollzug der Verständigung lediglich um einen formalen Abgleich mit den zum hinreichenden Tatverdacht führenden Akteninhalten handelt. Die begriffliche Verdeckung dieses Problems wirkt aber nicht nur unehrlich, sondern lässt auch die als entscheidungsbezogenes Kriterium relevante Genauigkeit und Ernsthaftigkeit vermissen.

Zudem wird dieser Fehler auch nicht geheilt. Zwar kann das Rechtsmittel nicht ausgeschlossen werden (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO), aber insbesondere die Revision hat nur geringen Wert. Sie beschränkt sich auf die Formalitäten der Absprache, lässt jedoch die Beweiswürdigung und Strafzumessung als originäre Aufgabe des Tatgerichts grundsätzlich unberührt. Diese Überprüfbarkeit trägt daher den Makel der faktischen Nutzlosigkeit in sich. Bessere Chancen gegen den Inhalt des Urteils hätte eine Revision geboten, der ein nennenswertes Verteidigungsverhalten in der Hauptverhandlung zugrunde liegt. Aber dazu kommt es aufgrund der Verständigung gerade nicht.²⁷ Das kann bei dem Eindruck einer nur zum Schein gewährten Kontrollmöglichkeit schädlichere Folgen haben, als wenn es gar kein Rechtsmittel gäbe.

Schließlich ist das Nebeneinander der zwei völlig unterschiedlichen Verfahrensmodi – Verständigung hier und gründliche Hauptverhandlung dort – von Bedeutung. Die Konsistenz verlangt einheitliche Verfahren und gleiche Verfahrenschancen für jeden. Doch daran fehlt es. Die Unvorhersehbarkeit, ob und zu welchen Bedingungen die Justiz zu einer Verständigung bereit ist, zwingt zu der Frage, ob in

²⁶ *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 8b passim.

²⁷ Siehe § 257c Abs. 2 S. 1 StPO: „Gegenstand [...] das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten“.

einem anderen Verfahrensmodus etwas anderes herausgekommen wäre (referent cognition) und die Verantwortung dafür liegt bei der in ihrer Entschließung völlig freien Justiz. Gerade in letzterem liegt aber noch ein weiterer Fairnessverstoß. Die freie gerichtliche Entschließung über den Modus braucht keine Gründe zu benennen.²⁸ Deshalb fehlt dem Betroffenen jede Stütze für das Verständnis für die Positionierung der Justiz für oder gegen eine Verständigung. Diese Verletzung des Fairnesskriteriums der Entscheidungsbegründung weckt schädlichen Argwohn.

b) Die beteiligten Richter

Die Verfahrensstruktur mutet dem Tatrichter zu, unbefangen eine Beweisaufnahme durchzuführen, obwohl er sich nach der Verfahrensstruktur zuvor – unter Geltung des Schlußeseffektes zur Staatsanwaltschaft – über den Ausgang der Beweisaufnahme die Meinung gebildet hat, dass an deren Ende wahrscheinlich eine Verurteilung stehen werde (§§ 203, 170 Abs. 1 StPO). Das gilt erst recht für die Annahme des dringenden Tatverdachts in Haftsachen. Dem derart und unfreiwillig manipulierten Dritten²⁹ wird nun die Erwägung aufgetragen, wie sich ein Geständnis des Angeklagten auswirke, und ob dieses Geständnis denn wohl auch richtig sei. Das grenzt an Spott und verstärkt schon für sich genommen die negativen Effekte.³⁰ Bereits das spricht auf der realpsychologischen Ebene gegen die notwendige Unvoreingenommenheit, mag die normative Bewertung auch bislang anders ausfallen.

Hinzu kommt jedoch, dass der für § 257c StPO zuständige Richter – bewusst oder unbewusst – ein wohl kaum zu entkräftendes persönliches Interesse daran hat, dass sich seine Verurteilungserwartung (§ 203 StPO) möglichst rasch bestätige und ihn somit der Aufwand des Verfahrens möglichst wenig belaste. Solange hier keine zuverlässige personelle Trennung zwischen den an Verständigungsgesprächen beteiligten Richtern und den Richtern der regulären Hauptverhandlung erfolgt, trägt der Tatrichter bei objektiver Betrachtung den Makel, dass er in der Sache voreingenommen eigenen Interessen diene.³¹ Das ist ein empfindlicher Verstoß gegen die interaktionale Fairness.

c) Machtungleichgewicht

Durch beide zuvor genannten Problembereiche entsteht ein Machtungleichgewicht, das in der Perspektive auf die Wahrheit wurzelt. Bei Beginn der Hauptverhandlung orientiert sich die Amtsaufklärungspflicht an der Akte. Gericht und Staatsanwaltschaft sind sich regelmäßig noch immer einig auf dem Weg zur Verurteilung (§§ 203, 170 Abs. 1 StPO). Zugleich hat das Tatgericht bei einer späteren Beweiswürdigung

(§ 261 StPO) sowie bei der Strafzumessung einen weiten, kaum überprüfaren Handlungsspielraum.

Kernstück jeder Verteidigung ist deshalb die bange Abwägung der Chancen zur Änderung der Auffassung des Gerichts mit den drohenden Nachteilen einer durchgeführten Hauptverhandlung – und dabei geht es nicht allein um das Ergebnis der Beweisaufnahme. Die bloße Existenz der Verständigungsbereitschaft der Justiz setzt den Angeklagten dem Risiko aus, dass ihm der Umstand, dass eine reguläre Hauptverhandlung durchgeführt worden ist, später strafscharfend zur Last gelegt wird – zumindest faktisch. Der darin liegende Geständnisdruck gegenüber einer verständigungsbereiten Justiz hebt die herkömmliche Funktion der Hauptverhandlung weiter aus und degradiert sie zur Fassade.

Das betrifft neben der interaktionalen Fairness sowie der Gründlichkeit und Ernsthaftigkeit der Sachaufklärung auch das Kriterium der Mitwirkung am Verfahren. Das Hintertreiben einer Mitwirkungsmöglichkeit wirkt sich weit negativer auf das Fairnessempfinden aus als das Fehlen der Mitwirkungsmöglichkeit. So liegt es hier. Ein Angeklagter soll sich nicht vor der Ausübung seiner Verfahrensrechte in der Hauptverhandlung fürchten müssen, denn diese Rechte sind die notwendige Gegenleistung dafür, dass er kaum Einfluss im Ermittlungsverfahren hat. Wenn dann aber gerade die Ausübung dieser Rechte mit dem faktischen Risiko einer Straferhöhung verbunden ist, so muss das als Behinderung seiner Rechtsausübung zu einer negativen Fairnessbeurteilung führen. Genau dieser Konflikt prägt den strafgerichtlichen Alltag der Verteidigung.

Ich hege keinen Zweifel, dass sich die dahingehende Kritik von *Schünemann* an dem bestehenden Machtgefälle³² empirisch hoch signifikant als erlebter Fairnessverstoß messen lassen wird.

d) Verteilungsgerechtigkeit

Ernsthaft verhandeln kann nur, wer Verhandlungsmasse hat. Bei der Verständigung steht die Vereinfachung des Verfahrens einem korrespondierenden Strafnachlass gegenüber. Dabei werden mitunter Ergebnisse erzielt, die weit unter jenen einer kontrovers geführten Verhandlung liegen. Das lässt an der Gesetzesbindung der Justiz und der Identität der angewendeten Maßstäbe für alle Angeklagten zweifeln,³³ betrifft also erneut die Ehrlichkeit und Gründlichkeit der Entscheider sowie die Konsistenz des Verfahrens.

e) Ergebnis

Ich habe versucht, die Grundsätze der prozeduralen Gerechtigkeit auf einige Kernpunkte der Verfahrensverständigung zu übertragen. Das Ergebnis deckt sich im Wesentlichen mit der Kritik an der Verfahrensverständigung. Die Besonderheit besteht jedoch darin, dass diese Hypothesen die Chance auf eine empirische Bestätigung der Kritik bieten. Das Gewicht der rechtlichen Argumente könnte flankierend zur normativen Würdigung auch nach einer objektiven Methode be-

²⁸ Hierin verortet Willkür *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 35.

²⁹ Grundlegend dazu sowie zu den daraus resultierenden psychologischen Effekten *Schünemann*, StV 2000, 159.

³⁰ Nachdrücklich *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 29.

³¹ Vgl. auch dazu nur *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 35.

³² *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 35 passim.

³³ Siehe nur *Roxin/Schünemann* (Fn. 1), § 17 Rn. 21 m.w.N.

stimmt werden. Das ist eine lohnenswerte Herausforderung für die Wissenschaft.

V. Schluss

Der Grundsatz des fair trial ist in dem sozialpsychologisch erwiesenen Effekt der erhöhten Entscheidungsakzeptanz bei empfundener prozeduraler Gerechtigkeit verankert. Das erlaubt einen rationalisierten Umgang mit Fairnessargumenten. Vorbehaltlich gezielter empirischer Untersuchungen spricht aus dieser Perspektive wenig für eine Verfahrensverständigung nach dem geltenden § 257c StPO. Die darin liegende Lockerung des ernsthaften Strebens nach einer bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit ist im Interesse des materiellen Schuldprinzips sowie der Glaubwürdigkeit und Integrität der Strafjustiz abzulehnen.