

Das deutsche Absprachemodell auf dem Prüfstand – zwischen Pest und Cholera

Von Prof. Dr. Thomas Rönnau, Hamburg*

I. Einführung

Das Thema „Absprachen im deutschen Strafprozess“ ist mir nicht völlig unbekannt, habe ich doch dazu die erste, 1990 veröffentlichte Dissertation geschrieben.¹ Dabei war für mich Eile geboten. Denn ich wollte mein Manuskript unbedingt fertigstellen, bevor mein geschätzter Kollege *Bernd Schünemann* in demselben Jahr sein großes Gutachten zu dieser Fragestellung auf dem 58. Deutschen Juristentag in München präsentiert.² Wer *Bernd Schünemann* kennt weiß, dass er gerade bei so umstrittenen und grundlegenden Fragen, wie sie heute auf unserer Tagung zu diskutieren sind, zur Höchstform aufläuft – und dabei möglicherweise für einen kleinen Doktoranden wie mich damals argumentativ nichts mehr übrigbleibt.

Eines ist sicher – kein strafprozessuales Thema der letzten 30 Jahre hat die Gemüter in Deutschland so erhitzt und hat zu solchen ideologischen Grabenkämpfen geführt wie die „Absprachen im Strafprozess“.³ Die Aufregung resultiert insbesondere daher, dass die Aushandlung von Prozessergebnissen gerade in Form der Urteilsabsprachen das Grundmauerwerk des deutschen Strafprozesses mächtig erschüttert. Denn hier treten – so die Beobachtung bzw. Befürchtung – an die Stelle einer an strenge Beweisregeln gebundenen Beweisaufnahme zum Zwecke der materiellen Wahrheitsfindung prozessökonomisch angetriebene informelle Vereinbarungen zwischen den professionellen Verfahrensbeteiligten, deren Resultate weitgehend von der Verhandlungsmacht der Vertragspartner abhängen. Wenn also der diskursive „Kampf ums Recht“ wie im herkömmlichen inquisitorischen Prozessmodell durch den „Dialog der Wissenden und Profitierenden“⁴ verdrängt werden soll, muss sich jeder am Strafprozess Interessierte zu einer Stellungnahme aufgefordert fühlen. Deshalb gibt es diese heftige Diskussion – und deshalb ist es auch richtig und gut, dass wir auf diesem Symposium über diese wichtige Frage des Strafprozessrechts sprechen und versuchen, angemessene Lösungen – vielleicht auch unter Einbeziehung unterschiedlicher Verfahrensmodelle – auszuloten.

* Geringfügig ergänzte und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrages, den der *Verfasser* am 13.9.2017 auf dem Chinesisch-Deutschen Strafrechtssymposium zum Thema: „Der Grundsatz des ‚fair trial‘ und Verfahrensabsprache in China und Deutschland“ in Peking gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

¹ *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990.

² *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, 1990.

³ Einschätzung geteilt von *Landau*, NSTZ 2014, 425.

⁴ So treffend *Wessing*, FAZ v. 26.3.2014 (nachzulesen unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/recht-steuern/hoeness-prozess-ein-deal-ohne-absprache-12863486.html> [17.4.2018]); auch *Paeffgen*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 4, 5. Aufl. 2015, § 202a Rn. 33.

Ich werde daher nach dem Übersichtsreferat von *Bernd Schünemann*⁵ in meinem Vortrag – vereinbarungsgemäß etwas spezieller – versuchen, zentrale Zulässigkeitsfragen, die die Absprachen umgeben, etwas näher zu beleuchten, die in der Diskussion in diesem Zusammenhang vorgetragenen Argumente kritisch zu überprüfen und dabei möglichst die im Hintergrund stehenden Strukturprobleme aufzudecken. In einem ersten Schritt ist dazu kurz darzulegen, warum Absprachen im Strafprozess überhaupt getroffen werden und wie Rechtsprechung und Gesetzgeber in Deutschland bisher auf dieses Phänomen reagiert haben (II.). Im Anschluss daran werden Grundprobleme aufgezeigt, die Verständigungen im System des konventionellen reformierten Strafprozesses aufwerfen (III.), um dann – vor einem Fazit und Ausblick (V.) – zu erörtern, ob das Verständigungsgesetz von 2009 in seiner Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom März 2013 die Probleme gelöst hat (IV.). Bei seriösem Umgang mit dem Thema zeigt sich allerdings schnell, dass es für einen etwa 40-minütigen Vortrag eigentlich viel zu komplex und schwierig ist. Die dazu verfasste Literatur und selbst die einschlägige Rechtsprechung ist nicht mehr überschaubar. Zu leisten ist in der vorgegebenen Zeit daher nur ein kleiner Streifzug durch das in diesem Zusammenhang interessanteste dogmatische Feld – das der Urteilsabsprachen; alle anderen Formen der Verfahrenserledigung (wie etwa die Einstellung des Verfahrens gegen Geldauflage [gem. § 153a StPO] oder der Einsatz von Strafbefehlen [vgl. §§ 407 ff. StPO]) bleiben unerörtert. Angesichts der schillernden Begrifflichkeiten für das Phänomen der Vereinbarung zwischen den Verfahrensbeteiligten möchte ich nachfolgend von „Absprachen“ oder wie das Verständigungsgesetz von „Verständigungen“ und nicht – da ausschließlich negativ konnotiert – vom „Deal“ sprechen.

II. Gründe und Historie der Absprachen

1. Ursachen der Existenz von Absprachen

Fragt man zunächst nach den Gründen, warum sich nicht nur im deutschen Strafprozess die Absprachen fast epidemieartig ausgebreitet haben, ist die Kernursache schnell benannt: Prozessökonomie! Die mit Verständigungen regelmäßig einhergehende Verfahrensabkürzung erhöht die Erledigungsfrequenz bzw. -quote auf Seiten des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und auch der Verteidigung und führt damit zu einer deutlichen Zeit- und Ressourceneinsparung.⁶ Beschul-

⁵ *Schünemann*, GA 2018, 181.

⁶ Dazu nur *Rönnau* (Fn. 1), S. 41 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), B S. 27 ff.; eingehend *Krey/Windgätter*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 233 ff.; auch BVerfGE 133, 168 (171 f. m.w.N.). Daten einer repräsentativen empirischen Studie zur Praxis der Verständigung im Strafverfahren (am Beispiel der nordrhein-westfälischen Justiz) und die für und gegen Absprachen sprechenden Gründe liefern *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, 2013, S. 28 ff.; skeptisch gegenüber

digte, die geständig sind und zu Recht verfolgt werden, profitieren dabei regelmäßig – nach allerdings umstrittener Ansicht⁷ – von einem Strafabatt, der nach empirischen Studien ein Viertel bis ein Drittel der Strafe ausmacht, die bei „streitigen“ Verhandlungen zu erwarten gewesen wäre.⁸ Unschuldige, aber durch die „Sanktionsschere“ (dazu später) zu Geständnissen gedrängte Beschuldigte zahlen dagegen häufig einen hohen Preis (konkret: Falschgeständnis und im Anschluss daran Haft- oder Geldstrafe).⁹ Katalysatoren der Absprachepraxis sind sicher auch – ohne das hier näher ausführen zu können – die Zweifel an der Möglichkeit einer unverzerrten Wirklichkeitsfeststellung im Strafprozess (als Basis für den Schuld- bzw. Freispruch)¹⁰ sowie der Wandel bei den Straftheorien, also die Abkehr von der absoluten Schuldvergeltungstheorie und eine Hinwendung zu relativen Strafzwecktheorien, die in ihrer wissenschaftlich am stärksten vertretenen Variante auf Bekräftigung der Normgeltung, d.h. auf positive Generalprävention, setzen.¹¹

2. Skizze zur Entwicklung des Absprachemodells im deutschen Strafverfahren

Schaut man weiter auf die Historie der Absprachen im deutschen Strafverfahren, ist in aller Kürze Folgendes festzuhalten:

Das Phänomen der Urteilsabsprachen hat sich als ein Instrument zur schnelleren Bewältigung von Strafverfahren

einer Arbeitersparnis, wenn in weiteren Instanzen die bisherigen Feststellungen korrigiert werden müssen, *Eschelbach*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Stand: 1.1.2017, § 257c Rn. 1.12.

⁷ Zweifel etwa bei *Schünemann* (Fn. 2), B S. 36 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. 2017, § 17 Rn. 28; siehe auch *Streng*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 46 Rn. 86 m.w.N. in Fn. 453.

⁸ Siehe die empirischen Daten von *Altenhain/Hagemeier/Haimerl*, NSZ 2007, 71 (72); *Altenhain/Dietmeier/May* (Fn. 6), S. 115 ff.; referiert in BVerfGE 133, 168 (196 Rn. 49). Auch nach der von Praktikern verfassten Literatur sollte die Sanktionsschere nicht mehr als ein Drittel betragen, so etwa *Meyer-Goßner/Schmitt*, Strafprozessordnung, Kommentar, 60. Aufl. 2017, § 257c Rn. 19 m.w.N. Kritisch dazu – für viele – *Eschelbach* (Fn. 6), § 257c Rn. 14 ff.; *Velten*, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK, Bd. 5, 5. Aufl. 2016, Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 13; *Stuckenberg*, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. 2013, § 257c Rn. 50.

⁹ Näher zu Einflussmöglichkeiten des unschuldigen Angeklagten in Absprachesituationen *Velten* (Fn. 8), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 15 f. (dort in den Rn. 17 f. auch zu den Verteidigungsmöglichkeiten des schuldigen Angeklagten); weiterhin *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 14.

¹⁰ *Knapp Rönna* (Fn. 1), S. 57 ff. m.w.N.

¹¹ Dazu ausführlicher *Rönna* (Fn. 1), S. 61 ff.

praeter legem¹² – richtig wäre wohl: contra legem¹³ – herausgebildet. Feststellbar sind Absprachen in Deutschland jedenfalls seit den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts.¹⁴ Kern des Modells sind Vereinbarungen zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung, nach denen das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses einen meist erheblichen Strafabatt zusagt (Prototyp: „Tausche Geständnis gegen Strafmilderung“). Angeklagter, Schöffen und ggf. Nebenkläger spielen im Rahmen des Aushandlungsprozesses keine oder nur eine untergeordnete Rolle. Absprachen wurden lange Zeit häufig im Geheimen, also vollständig außerhalb der Hauptverhandlung getroffen und über sie wurde in der öffentlichen Hauptverhandlung auch nicht berichtet. Die angestrebte Verfahrensverkürzung resultierte daraus, dass bei Ablegung des Geständnisses regelmäßig auf eine weitere Beweisaufnahme verzichtet und zudem das Austauschgeschäft mit einem Rechtsmittelverzicht „versiegelt“ wurde.

Die Rechtsprechung hat im Laufe der zunehmenden Etablierung des Modells in der Praxis zunächst durch zwei Grundsatzentscheidungen in den Jahren 1997 und 2005 versucht, den „Wildwuchs“ dieser informellen Verfahrenserledigungen, die fast immer mit tragenden Grundsätzen des Verfassungs- und Prozessrechts kollidieren, einzudämmen. Dazu hat der BGH im Wege richterlicher Rechtsfortbildung Korsettstangen in Form von Mindestbedingungen für die Zulässigkeit einer Verständigung eingezogen.¹⁵ Nach dieser „Abspracheverfahrensordnung“ sind Verständigungen im Strafverfahren nicht generell unzulässig. Sie müssen aber – wenn sie verbindlich sein sollen – unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung stattfinden. Auch bei verständigungsbasierten Urteilen sind die allgemeinen Strafzumessungsregeln zu beachten. Dass ein Geständnis im Rahmen einer Absprache abgelegt wurde, soll dessen strafmildernde Berücksichtigung nicht entgegenstehen.¹⁶ Ein Rechtsmittelverzicht ist schließlich nach dieser Rechtsprechung möglich, erfordert aber eine qualifizierte Belehrung des Rechtsmittelberechtigten darüber, dass er frei ist, trotz der Absprache Rechtsmittel einzulegen.¹⁷ In Reaktion auf den

¹² Für viele *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 8), Einl. Rn. 119a, und *Weigend*, StV 2013, 424.

¹³ So etwa *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 1 m.w.N., und *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 44 Rn. 1, sowie die Diskussion bei *M. Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprache im Strafverfahren, 2008, S. 79 ff.

¹⁴ Zur Historie der Verständigungen siehe nur *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 8), Einl. Rn. 119b ff., und *Velten* (Fn. 8), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 1 ff.; Kurzaufsatz bei BVerfGE 133, 168 (171 Rn. 2 ff.).

¹⁵ BGHSt 43, 195; 50, 40. Eine Zusammenfassung der vom BGH aufgestellten Regeln findet sich bei *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 9 ff. Erste kritische Überprüfungen der Absprachepraxis am Maßstab von Verfassungs- und Prozessrechtsgrundsätzen lieferten *Rönna* (Fn. 1), S. 73 ff., und *Schünemann* (Fn. 2), B S. 80 ff.

¹⁶ Aus den Leitsätzen des BGHSt 43, 195.

¹⁷ Aus den Leitsätzen des BGHSt 50, 40.

Appell des Großen Senats für Strafsachen¹⁸ und angesichts vermuteten fortgesetzten Rechts- bzw. Gesetzesungehorsams der Rechtsanwender¹⁹ machte sich schließlich der Gesetzgeber auf, mit dem Verständigungsgesetz von 2009²⁰ die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Im Verbundverfahren über drei Verfassungsbeschwerden hat in der Folge das BVerfG in seinem grundlegenden Urteil vom 19.3.2013 im Rahmen einer „verfassungsorientierten Gesetzesauslegung“²¹ das Verständigungsgesetz als „derzeit noch“ verfassungsgemäß eingestuft, dem Gesetzgeber aber gleichzeitig eine Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflicht auferlegt.²² Nach Ansicht des Gerichts statuiert die Regelungskonzeption des Verständigungsgesetzes kein neues, „konsensuales“ Verfahrensmodell, sondern integriert die vom Verständigungsgesetz zugelassene Verständigung in das geltende Strafprozessrechtssystem. Besondere Bedeutung kommt dabei § 257c StPO als „Herzstück des Verständigungsgesetzes“ zu, der abschließend die wesentlichen Elemente einer verbindlichen Verständigung, also Voraussetzungen, Gegenstand, Verständigungspartner usw., regelt. Einen weiteren Schwerpunkt der Neuregelung – und Garant für die Legalität und Legitimität der Verständigung – sieht das BVerfG in Auslegung des gesetzgeberischen Willens „in der Herstellung von Transparenz, Öffentlichkeit und einer vollständigen Dokumentation des mit der Verständigung verbundenen Geschehens [...], die wiederum die vom Gesetzgeber als erforderlich bewertete ‚volumfängliche‘ Rechtsmittelkontrolle ermöglichen und wirksam ausgestalten soll“.²³ Außerhalb dieses gesetzlichen Regelungskonzepts praktizierte informelle Absprachen sind nach diesen Vorgaben unzulässig;²⁴ auch ein Rechtsmittelverzicht nach vorausgegangener

Verständigung ist nach neuem Recht ausgeschlossen (vgl. § 302 Abs. 1 S. 2 StPO).

III. Ausgewählte Grundprobleme der Urteilsabsprachen vor dem Hintergrund der Struktur des konventionellen reformierten Strafprozesses

Fragt man nach den Problemen, die Verständigungen im Rahmen des konventionellen deutschen Verfahrensmodells erzeugen, lässt sich vorwegnehmen: Die auf Verfahrensabkürzung zielenden Absprachen kollidieren mit fast allen Prozessmaximen, die den im Kern als „Akkusationsprozess mit inquisitorischer Hauptverhandlung“²⁵ ausgestalteten deutschen Strafprozess prägen. Hinzu kommen Friktionen mit verfassungsrechtlich verankerten Grundsätzen und mit dem Strafzumessungsrecht, das den Erklärungshintergrund für den hohen Strafabatt bei Ablegung des Geständnisses abgeben müsste. Angesichts des knappen Zeitrahmens kann hier naturgemäß nur zu einigen zentralen Aspekten ausgeführt werden.

1. Friktionen mit dem Amtsermittlungsgrundsatz

Begonnen werden soll die Prüfung mit der wichtigsten Verfahrensmaxime, dem Amtsermittlungsgrundsatz. Das Strafverfahren dient bekanntlich dazu, den Strafanspruch des Staates um des Schutzes der Rechtsgüter Einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen.²⁶ Im Rahmen der verfassungsrechtlich verbürgten Pflicht zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege kommt dem Amtsermittlungsgrundsatz eine zentrale Rolle zu. Denn ohne die Ermittlung des wahren Sachverhalts kann das materielle Schuldprinzip, das seinerseits Verfassungsrang hat, nicht verwirklicht werden. Gericht und Staatsanwaltschaft sind also von Verfassungs wegen verpflichtet, die materielle Wahrheit zu erforschen, um auf dieser Basis die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld und die daraus zu ziehenden Folgerungen zu treffen. Diese Pflicht zur „bestmöglichen Erforschung der materiellen Wahrheit“²⁷ zwecks Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe oder eines Freispruchs steht nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Damit ist allen Formen konstitutiv konsensualler Erledigungen ein verfassungsrechtlicher Riegel vorgeschoben.²⁸ Dass das BVerfG einer Konsentheorie der Wahrheit, die verschiedentlich als Legitimationsgrundlage der Absprachen erwogen wird,²⁹ eine klare Absage erteilt, ist

¹⁸ BGHSt 50, 40 (64).

¹⁹ Hierzu die Schilderung der wichtigsten (erschreckenden!) Ergebnisse einer repräsentativen empirischen Studie, die das BVerfG 2012 zur Vorbereitung seiner Verständigungsentcheidung in Auftrag gegeben hat, BVerfGE 133, 168 (194 ff. Rn. 49).

²⁰ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.7.2009 (BGBl. I 2009, S. 2353), in Kraft getreten am 4.8.2009.

²¹ Zum Begriff nur *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 10. Aufl. 2015, Rn. 448. Das BVerfG betont, dass es sich bei der von ihm vorgenommenen Auslegung um keine verfassungskonforme Auslegung des einfachen Rechts handelt, BVerfGE 133, 168 (236 Rn. 122; dazu *Landau* [Berichterstatter], NStZ 2014, 425 [426]), zu der es nach herkömmlicher Verfassungsdogmatik auch gar nicht berechtigt gewesen wäre. Näher zum methodisch-dogmatischen Vorgehen des BVerfG *Henckel*, Faires Verständigungsverfahren durch Transparenz, Mitteilungs- und Dokumentationspflichten im Rahmen der strafprozessualen Verständigung, 2017 (im Erscheinen), 4. Kap. A. I. 1.

²² Zum Folgenden BVerfGE 133, 168 (203 ff.).

²³ BVerfGE 133, 168 (206 Rn. 67).

²⁴ BVerfGE 133, 168 (212 Rn. 75).

²⁵ *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn 6 (näher § 13 Rn. 4 ff.).

²⁶ Zu den verfassungsrechtlichen Vorgaben BVerfGE 133, 168 (199 ff.) und *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 6 ff. – beide m.w.N.

²⁷ BVerfGE 133, 168 (226 Rn. 104).

²⁸ Vgl. *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (216); *ders.* (Fn. 8), § 257c Rn. 100.

²⁹ Etwa von *Jahn*, GA 2004, 272; *ders.*, ZStW 118 (2006), 427 (441 ff.); *ders./Müller*, JA 2006, 681 (685 f.); sympathisierend *Rosenau*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse

richtig.³⁰ Gegen eine konsensbasierte Wahrheitsfindung sprechen nicht nur die unterschiedlichen Gründe, die Prozessbeteiligte zur Verständigung motivieren und zudem, dass auf die von Amts wegen zu betreibende Wahrheitssuche gar nicht verzichtet werden kann. Anzuführen ist hier auch die Chancenungleichheit der Dialogbeteiligten (die Allgemeinheit und die Opfer bleiben zumeist ausgespart) sowie der Zwang, der sich für den Angeklagten regelmäßig daraus ergibt, dass ihm bei Ablehnung des angebotenen Strafrabatts eine deutlich höhere Strafe droht (sog. „Sanktionsschere“).³¹ Ob eine erwünschte Sanktion überhaupt noch „Strafcharakter“ hat, ist überdies zweifelhaft.³²

Muss danach das Gericht alle zur Erforschung der Wahrheit nötigen Beweiserhebungen anordnen, stellt sich die Frage, ob dieser Pflicht bei einem geständnisbasierten Urteil nach Absprache noch genügt wird. Genau hier liegt die Crux der Absprachen, deren Wesen gerade darin besteht, die Strafverfahren erheblich zu verkürzen. Das Geständnis als „Hauptaustauschgut“ des Angeklagten stellt im deutschen Strafverfahren – anders als etwa in Strafverfahren anglo-amerikanischer Prägung – keine Verfügungserklärung, sondern ein persönliches Beweismittel dar,³³ das wie die übrigen Beweismittel der richterlichen Beweiswürdigung (gem. § 261 StPO) unterliegt und im System der Beweismittel keinerlei Vorrangstellung besitzt. Nur dann, wenn der Angeklagte in einfach gelagerten Fällen ein glaubhaftes, „qualifiziertes“ Geständnis ablegt, das eine weitere Sachverhaltsaufklärung überflüssig macht, mag sich das Gericht mit der Überprüfung des Schuldbekenntnisses anhand der Akten begnügen. Die Erfahrungen zeigen jedoch, dass Gerichte – jedenfalls bis vor Kurzem – häufig äußerst „schlanke“ Geständnisse ohne kritische Überprüfung ihrer Sachentscheidung zugrunde gelegt haben.³⁴

Der neugierige Betrachter fragt sich aber ohnehin, welchen Beweiswert eigentlich ein abgesprochenes Geständnis

und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 1597 (1622 ff.); w. Nachw. bei *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 9 in Fn. 92.

³⁰ BVerfGE 133, 168 (204 ff.).

³¹ Zur Kritik an einer Konsensstheorie der Wahrheit siehe nur *Rode*, *StraFo* 2015, 89; *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 2, 9; *Schünemann*, *StraFo* 2015, 177 (179 f.), und *Velten* (Fn. 8), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 11 ff.; weiter *Heger/Pest*, *ZStW* 126 (2014), 446 (450); näher *Schünemann*, in: *Posch/Schleifer/Ferz* (Hrsg.), 7. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz, 2010, S. 51 ff.; *Sacher*, in: *Hefendehl/Hörnle/Greco* (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag am 1. November 2014, 2014, S. 957; eingehend *Wefßlau*, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?*, 2002, S. 128 ff.

³² Vgl. *Schünemann* (Fn. 31 – Fakultätstag), S. 51 (54).

³³ *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 8.

³⁴ Empirische Daten zur Frage des Geständnisses und der Geständnisüberprüfung bei *Altenhain/Dietmeyer/May* (Fn. 6), S. 89 ff.; weiter zur Praxis des „schlanken Geständnisses“ für viele *Schünemann* (Fn. 2), B S. 81 ff.

hat, das zumeist taktisch motiviert ist und in der Regel in einem sehr frühen Zeitpunkt (also im Zwischenverfahren oder in der Phase der Vorbereitung der Hauptverhandlung) allein auf Grundlage des aus den Akten erwachsenen Tatverdachts – und damit letztlich nur einer Prognose! – abgelegt wird.³⁵ Die Fälle, in denen sich später im Rahmen einer ernsthaft betriebenen Beweisaufnahme alles ganz anders darstellt, sind Legion.³⁶ Das Geständnis erhält damit die Funktion einer Unterwerfungserklärung, um in den Genuss einer milderen Strafsanktion zu kommen.³⁷ Aus gutem Grund kennt aber das deutsche Strafprozessrecht bis heute kein Anerkenntnisurteil.³⁸ Bedenkt man schließlich, dass es zahlreiche Straftatbestände gibt, bei denen der Beschuldigte zu Teilen des objektiven Tatbestandes gar nichts gestehen kann³⁹ – etwa beim Betrug mit Blick auf den Irrtum oder den Vermögensschaden – zeigt sich, dass dem Geständnis im Absprachekontext *prozessual* eine völlig überzogene Bedeutung zugemessen wird, die in aller Regel die drastische Verkürzung der Hauptverhandlung nicht rechtfertigt und damit das Ziel der Wahrheitssuche, wie es das Verfassungsrecht vorschreibt, weitgehend aufgegeben wird.⁴⁰ Dass das Geständnis auch *materiell* – also im Rahmen der Strafzumessung – nicht das leistet, was ihm verbreitet zugeschrieben wird, ist noch zu erörtern.

2. Verletzung des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzips

Eine weitere Messlatte für die Zulässigkeit von Absprachen ist ihre Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip. Beide Prozessmaximen flankieren den Amtsermittlungsgrundsatz mit dem Ziel, der Richterbank zur Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung und späteren Beurteilung der Tat einen möglichst unmittelbaren und lebendigen Eindruck vom Angeklagten und sämtlichen Beweismitteln zu verschaffen. Das Urteil darf sich nur auf Prozessstoff stützen, der in der Hauptverhandlung prozessordnungsgemäß eingeführt und zum Gegenstand der Erörterung gemacht worden ist. Alle Erkenntnisquellen außerhalb der Hauptverhandlung sind als Urteilsgrundlage ausgeschlossen

³⁵ Für viele *Salditt*, in: *Schulz/Reinhart/Sahan/Knauer* (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 687 (690). Näher zum Beweiswert verschiedener Arten von Geständnissen *Velten* (Fn. 8), § 257c Rn. 34a ff.; zu Formalgeständnissen *Eschelbach*, in: *Stuckenberg/Gärditz* (Hrsg.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat*, Festschrift für Hans-Ullrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. Juli 2015, 2015, S. 637 (649).

³⁶ Vgl. *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 12a.

³⁷ *Pars pro toto Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 20, 27; *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 17 („Konzessions- oder Unterwerfungssystem“) m.w.N.

³⁸ *Paeffgen* (Fn. 4) § 202a Rn. 12a; auch *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 10.

³⁹ So schon *Rönnau* (Fn. 1), S. 145 f.; *Schünemann*, in: *Geisler/Kraatz/Kretschmer/Schneider/Sowada* (Hrsg.), Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011, 2011, S. 649 (651 m. Fn. 10).

⁴⁰ *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 10.

– der Richter soll seine Überzeugung allein aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpfen (§ 261 StPO). Damit ist auch die Nutzung von Beweissurrogaten grundsätzlich untersagt.⁴¹

Bei formaler Betrachtung mögen nun Absprachen dem Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip genügen, werden deren Ergebnisse doch gewöhnlich in der Hauptverhandlung kurz vorgetragen und können dann als Urteilsbasis verwendet werden. Materiell führt die Verlagerung der maßgeblichen verständigungsbezogenen Erörterungen in das Vor- und Umfeld der Hauptverhandlung aber zu deren weitgehender Entleerung.⁴² In der öffentlichen Hauptverhandlung wird nämlich nur noch vollzogen, was zuvor vereinbart wurde. Dabei spielt das Geständnis, dessen Qualität – wie erwähnt – im Wesentlichen nur anhand der Akten überprüft werden kann,⁴³ eine überragende Rolle. Zwar erzeugen die außerhalb der Hauptverhandlung erzielten Absprachen für die Beteiligten keine Bindungswirkung. Verständigungen sind – auch nach neuem Recht – nur verbindlich, wenn sie in der Hauptverhandlung erfolgen (§ 257c Abs. 3 StPO). Bei dieser von den Absprachebefürwortern zur Entlastung vorgetragenen Betrachtung wird aber die faktische Bindungswirkung der Absprachen stark vernachlässigt.⁴⁴ Nach mühsamen Vorverhandlungen wird man sich vom Vereinbarten nur lösen, wenn Gravierendes übersehen wurde. Aber selbst wenn bei Annahme der Unverbindlichkeit der Verständigungsvorgespräche ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip grundsätzlich vermieden würde, bliebe das gewichtige Problem, dass der Angeklagte mit dem in Aussicht gestellten Geständnis in Vorleistung tritt – und damit ein nicht unbeträchtliches Risiko informeller Vereinbarungen trägt.⁴⁵ Allein durch die Ankündigung eines Schuldbekenntnisses überschreitet er den „point of no return“; auf seine bisherige, ggf. auf streitiges Prozessieren angelegte Verteidigungslinie wird er sich aufgrund der psychologischen Wirkung der signalisierten Geständnisbereitschaft nicht mehr zurückziehen können. Mag auch nach neuem Recht bei gescheiterten Verständigungen das Geständnis unverwertbar sein (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Die Richter, die trotz des Scheiterns weiterhin über den Fall verhandeln – ein schwer erträglicher Zustand! – werden die Geständnisbereitschaft bei ihrem weiteren Handeln kaum ausblenden können. Ein faires Verfahren mit unbefangenen Richtern scheint hier nicht mehr gesichert.⁴⁶

⁴¹ Einführend zum Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 46 Rn. 1 ff.; auch *Rönnau* (Fn. 1), S. 151 ff.

⁴² *Rönnau* (Fn. 1), S. 156, 160 f.

⁴³ Vgl. nur *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 10, 13 f.; *Eschelbach* (Fn. 35), S. 637 (646).

⁴⁴ Zur faktischen Bindungswirkung der Absprache *Schünemann*, NJW 1989, 1895 (1897); *Rönnau* (Fn. 1), S. 157 ff.

⁴⁵ Zu den Risiken der Vorleistung *Rönnau* (Fn. 1), S. 158 ff.

⁴⁶ Dass der Spruchkörper nach fehlgeschlagenen Abspracheverhandlungen nicht ausgetauscht wird, ist ein gravierender Mangel des deutschen Absprachemodells; dazu für viele *Schünemann* (Fn. 2), B S. 116; *Roxin/ders.* (Fn. 7), § 47 Rn. 29; auch *Rönnau* (Fn. 1), S. 187.

Der geschilderte Funktionsverlust der Hauptverhandlung bleibt natürlich auch nicht ohne Konsequenzen für den Angeklagten sowie für die in Deutschland am Schöffengericht und Landgericht mitwirkenden Laienrichter.⁴⁷ Beide Verfahrensteilnehmer werden im Regelfall an den weichenstellenden Verständigungsgesprächen nicht beteiligt. Ob die durch das Verständigungsgesetz eingeführte Pflicht zur Offenlegung der außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gespräche in der Hauptverhandlung hier einen ausreichenden Ausgleich schafft, um ihnen eine eigenverantwortliche Mitwirkung im Prozess zu ermöglichen, wird noch zu diskutieren sein. Für die Laienrichter ist die Situation im Absprachekontext zudem deshalb überaus misslich, weil sie noch erheblich stärker als im herkömmlichen Verfahren in eine Nebenrolle abgedrängt werden,⁴⁸ obwohl sie nach dem Gesetz während des Laufs der Hauptverhandlung das Richteramt grundsätzlich „in vollem Umfang und mit gleichem Stimmrecht“ (vgl. §§ 30 Abs. 1, 77 Abs. 1 GVG) wie die Berufsrichter ausüben. In ihrer eigentlichen Kernfunktion, als einzige Verfahrensbeeteiligte (ohne Aktenkenntnis) ihre Überzeugung frei und allein „aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpfen“ zu können, werden sie bei nach der Absprache deutlich verkürzter Hauptverhandlung nicht mehr gebraucht. Mittelfristig wird das bei anhaltender Abspracheeuphorie zu ihrer Abschaffung führen.

3. Kollision mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz

Ein weiterer Grundsatz, der im Konzert mit anderen prozessrechtlichen Maximen die Justizförmigkeit des Strafverfahrens sichernde wichtige Öffentlichkeitsgrundsatz, ist durch die lange übliche Absprachepraxis, bei der bis auf die Verkündung des Abspracheergebnisses fast alles außerhalb der Hauptverhandlung besprochen wurde, nur dann nicht berührt, wenn er streng formal interpretiert wird. Denn die Präsentation des Abspracheergebnisses erfolgt ja zumeist öffentlich in der stark verkürzten Hauptverhandlung. Mit dem Zweck der Hauptverhandlungsöffentlichkeit, neben der Befriedigung des Informationsinteresses der Allgemeinheit vornehmlich die Kontrolle der Justiz zu gewährleisten und damit das Vertrauen in die Rechtsprechung der Gerichte zu fördern, lässt sich eine solche Zeremonie (ähnlich der auf dem „Endlichen Rechtstag“ im überkommenen inquisitorischen Strafprozess) allerdings nur schwer vereinbaren.⁴⁹ Erforderlich ist daher eine weite, materiell ansetzende Interpretation der Öffentlichkeit, die – insoweit im Gleichschritt mit dem Unmittelbarkeitsprinzip – besagt, dass alles, was in der Hauptverhandlung stattfinden muss, auch der Kontrolle der Öffentlichkeit

⁴⁷ Ausführlich zur („Marionetten“-)Rolle der Schöffen im Verständigungsverfahren *Rönnau*, in: Barton/Fischer/Jahn/Park (Hrsg.), Festschrift für Reinhold Schlothauer zum 70. Geburtstag, 2018, S. 367.

⁴⁸ Drastisch *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 31a: „erbärmliche Rolle der Laienrichter“ als „dekorative, aber marginalisierbare ‚Gerichtsbeischläfer‘“.

⁴⁹ Näher zur Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes *Rönnau* (Fn. 1), S. 165 ff.

zu unterwerfen ist.⁵⁰ Im Kontext der Absprachen gehört daher der gesamte Absprachevorgang – und nicht nur das Ergebnis – in die öffentliche Hauptverhandlung. Allein diese Position bietet auch den Schöffen wenigstens ansatzweise die Möglichkeit, sinnvoll bei der Urteilsfindung mitzuwirken, verdrängt doch die Absprache weitgehend die Beweisaufnahme.

4. Verstöße gegen die Unschuldsvermutung und den Nemo tenetur-Grundsatz

Die Praxis der Absprachen ist weiterhin strukturell darauf angelegt, die Unschuldsvermutung zu überspielen.⁵¹ Nach diesem im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden und in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie in Art. 48 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der EU positivierten Fundamentalgrundsatz des Strafverfahrens wird bei jedem Angeklagten bis zum gesetzmäßigen Nachweis seiner Schuld vermutet, dass er unschuldig ist.⁵² Dabei ist zunächst unbestritten, dass die auf der bloßen Verdächtigung beruhenden strafprozessualen Maßnahmen wie etwa die Anordnung von Untersuchungshaft mit ihr ebenso zu vereinbaren sind wie die nach dem Grad des Tatverdachts abgestuften staatlichen Eingriffsbefugnisse (etwa die Eröffnung des Hauptverfahrens). Ähnlich wie die Menschenwürde bezeichnet die Unschuldsvermutung aber eine letzte, abwägungsfeste Grenze: Was einem Unschuldigen schlechterdings nicht als Aufopferung im öffentlichen Interesse zugemutet werden kann, darf auch keinem Tatverdächtigen auferlegt werden.⁵³

Die Absprache verkehrt nun die Unschuldsvermutung in ihr Gegenteil.⁵⁴ Denn sie setzt – insbesondere bei der Prognose eines möglichen Strafrahmens – die Schuld des Angeklagten voraus. Der auf Verständigung zielende Prozess steht damit auf dem Kopf: Was sonst erst am Ende nach Beweisaufnahme und -würdigung aller in der Hauptverhandlung dargebotenen Beweismittel stattfinden kann, die Feststellung von Schuld, findet hier (tendenziell) am Beginn des Rituals statt.⁵⁵ Etwaige Rechtfertigungsversuche der Richter für ihr Verhalten dahingehend, man sei hinsichtlich der Schuld des Angeklagten noch nicht festgelegt, wolle vielmehr nur dessen Verstrickung in die Tat bzw. seine Schuld „testen“, müssen nicht ernst genommen werden. Dagegen sprechen nicht nur das auf Verfahrensverkürzung angelegte Wesen der Absprache, sondern auch die zumeist schon sehr konkreten Vorstel-

lungen vom Strafmaß.⁵⁶ Überdies wären Abspracheverhandlungen ohne eine starke Schuldvermutung für den Angeklagten eine schlicht „sittenwidrige Zumutung“.⁵⁷ Wer gegen die Verletzung der Unschuldsvermutung nun einwendet, der Angeklagte könne ja das Angebot „Strafmilderung gegen Geständnis“ ablehnen, unterstellt der Entscheidung des Angeklagten eine „Freiwilligkeit“, die – wenn überhaupt – nur ausnahmsweise, etwa in Fällen starker wirtschaftlicher Verteidigungsmacht, gegeben ist.⁵⁸

Damit leite ich über zu einem weiteren Kritikpunkt in der Absprachepraxis, dem Verstoß gegen den Nemo tenetur-Grundsatz. Danach darf niemand dazu gezwungen werden, durch aktives Tun an seiner eigenen Überführung mitzuwirken.⁵⁹ Dieses „grundrechtsgleiche Recht“ verbietet es also, den Menschen zum Beweismittel gegen sich selbst zu machen.

Wiederum bietet die Verständigungspraxis ein Paradebeispiel für den Angriff auf einen Prozessgrundsatz, hier nun die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten (die u.a. durch § 136a StPO geschützt wird).⁶⁰ Denn Aushandlungsprozesse, wie sie zum Kern der Absprache gehören, erzeugen einen latenten Druck auf die Verhandlungsposition des Angeklagten.⁶¹ Die Angebote der Strafmilderung kommen als Versprechen für ein bestimmtes prozessuales Verhalten – zumeist ein Schuldbekennnis – daher, enthalten auf der Kehrseite aber fast immer die implizite Drohung, im Falle der Verweigerung nicht nur die angebotene Vergünstigung nicht zu gewähren, sondern die auszuurteilende Strafe gegenüber der, die bei einer Kooperation angesetzt worden wäre, deutlich zu verschärfen, wenigstens aber in Zukunft von Seiten des Gerichts keinerlei Entgegenkommen mehr zu zeigen.⁶² Die bei Absprachen beabsichtigte Kopplung von Prozessverhalten und Strafmaßbestimmung wäre nur dann zulässig – und damit dem Vorwurf eines rechtswidrigen Eingriffs in die Aussagefreiheit des Beschuldigten der Boden entzogen –, wenn die prozessuale Kooperation unabhängig von ihrem prozessverkürzenden Effekt ein legitimes Kriterium für die Strafzumessung wäre.⁶³ Das ist – wie gleich noch zu zeigen sein wird – beim Prozessverhalten des Beschuldigten im Rahmen von Verständigungsgesprächen grundsätzlich nicht der Fall. Das taktisch motivierte Geständnis erfüllt keinen der legitimen Strafzwecke. Damit wird bei einer vom Gericht angesonne-

⁵⁰ In diesem Sinne *Schünemann* (Fn. 2), B S. 88 f.; zuvor schon *Rönnau* (Fn. 1), S. 167 ff.

⁵¹ So statt vieler *Eschelbach* (Fn. 6), § 257b Rn. 5.

⁵² *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 8), Art. 6 MRK Rn. 12 m.w.N.

⁵³ *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 11 Rn. 3.

⁵⁴ Für viele *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 24; *Weigend*, JZ 1990, 774 (777); *Schünemann* (Fn. 2), B S. 93 ff.

⁵⁵ So *Salditt*, in: *Schöch/Satzger/Schäfer/Ignor/Knauer* (Hrsg.), *Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften*, Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag, 2008, S. 545 (549); *ders.*, in: *Dencker/Galke/Voßkuhle* (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Tolksdorf*, 2014, S. 377 (396); zust. *Eschelbach* (Fn. 35), S. 652; *ders.* (Fn. 6), § 257b Rn. 8.

⁵⁶ Vgl. *Schünemann* (Fn. 2), B S. 96 f.

⁵⁷ Ausdrücklich *Dencker/Hamm*, *Der Vergleich im Strafprozess*, 1988, S. 53, 56, 94; ebenso *Hassemer*, JuS 1989, 890 (892).

⁵⁸ *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 25.

⁵⁹ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt* (Fn. 8), Einl. Rn. 29a m.w.N.

⁶⁰ Nachw. bei *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 26.

⁶¹ Zur latenten Drucksituation für den Angeklagten in Absprachefällen siehe *Velten* (Fn. 8), § 257c Rn. 26; *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 26a; *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 14; *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 44 Rn. 65.

⁶² Zur Drohung als notwendige Kehrseite des Vorteilsversprechens vgl. *Grünwald*, NJW 1960, 1941; *Velten* (Fn. 8), § 257c Rn. 26.

⁶³ *Weigend*, JZ 1990, 774 (778).

nen Verständigung regelmäßig massiver Geständniszwang aufgebaut.⁶⁴ Der Angeklagte kann eben nicht – wie typischerweise bei Vertragsverhandlungen im Zivilrecht – ohne negative Konsequenzen die Verhandlung einfach abbrechen, sondern ist auch weiterhin an die Richter gebunden, die die Absprache orchestrieren *und* – selbst bei fehlgeschlagenen Absprachen – über ihn urteilen! Von einer Selbstbelastungsfreiheit, wie sie die Verfassung garantiert, kann unter diesen Umständen nicht mehr gesprochen werden.

5. Ungleichbehandlung der Angeklagten

Von der Absprachepraxis geht auch eine Bedrohung für den verfassungsrechtlich verankerten Gedanken der Gleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG) aus. Zwar ist zuzugeben, dass im Strafrecht gerade bei der Strafzumessung trotz der Existenz von Strafzumessungsregeln (vgl. §§ 46, 56 StGB) dem Richter erhebliche Ermessensspielräume eröffnet sind, die häufig schon aufgrund unterschiedlicher regionaler Gepflogenheiten verschieden ausgefüllt werden. Auch ist zu berücksichtigen, dass letztlich kein Fall dem anderen vollkommen gleicht und daher ggf. eine andere Bewertung erfordert. Unvergleichbar größer sind allerdings die Gefahren, die sich aus der Absprachepraxis für die Realisierung des Gleichbehandlungsgebots ergeben.⁶⁵ Es fehlt ersichtlich an rechtlich validen Differenzierungskriterien dafür, wann Fälle mit und wann sie ohne Absprachen erledigt werden. Die Beliebigkeit bei der Aufnahme von Verständigungsgesprächen drückt sich etwa darin aus, dass anwaltlich nicht vertretene Beschuldigte (wie häufig vor den Amtsgerichten) selten mit Abspracheangeboten konfrontiert werden. Auch hängt für den Zugang zu Absprachen viel davon ab, welche „Verhandlungsmasse“ der Betroffene mitbringt. Insbesondere der Zeitpunkt der Kooperation und die Dimension der Arbeits erleichterung (und damit Kostenersparnis) spielen hier eine große Rolle. Nur geringe Chancen auf einen Strafabatt hat, wer etwa sein Geständnis zu früh oder zu spät ablegt oder sonst der Justiz nichts anzubieten hat. Besonderes Gewicht kommt bei der Strafzumessung weiter dem Kriterium der Verfahrensschwierigkeit zu. Ohne sachlichen Grund werden hier vergleichbare Fälle je nach Problemen beim Tatnachweis mit unterschiedlichen Strafen belegt. Beschuldigte der zumeist recht einfach gelagerten Massenkriminalität haben dabei regelmäßig das Nachsehen gegenüber Wirtschaftskriminellen, bei denen die Tataufklärung in komplexen Fällen erheblich schwieriger ist und die sich qualifizierte und teure Verteidiger leisten können. Auf ungleich verteilte Abspracheoptionen bei mehreren Beschuldigten (Stichwort: „Wettrennen“ der Geständnisse!)

soll hier nur hingewiesen werden.⁶⁶ Gerade die skizzierte Willkür im Einsatz des Abspracheinstruments hat in Deutschland selbst ehemals glühende Verfechter der Absprachepraxis wie den Oberstaatsanwalt *Schmidt-Hieber* zu Absprachekritikern gemacht.⁶⁷

6. Geringe Strafzumessungsrelevanz von abgesprochenen Geständnissen

In der dogmatischen Konstruktion kooperativer Prozessmodelle kommt schließlich dem Geständnis des Angeklagten nicht nur – wie gezeigt – als prozessuales Beweismittel, sondern auch als Strafmilderungsgrund allergrößte Bedeutung zu. Strafabatte von bis zu einem Drittel im Vergleich zur erwarteten Strafe bei streitig geführter Hauptverhandlung sind in der Praxis durchaus üblich. Allerdings ist (auch) die materiell-rechtliche Begründung dieses für die Absprachepraxis (über-)lebenswichtigen dogmatischen Bausteins in höchstem Maße defizitär. Das ergibt sich aus Folgendem:⁶⁸

Grundlage für die Zumessung der Strafe ist die Schuld des Täters, die nach überwiegender Ansicht in einem engeren Spielraum durch spezial- und generalpräventive Aspekte beeinflussbar ist. Da nachträgliches prozessuales Verhalten – und damit auch das Geständnis – an der Tatschuld nichts mehr ändern kann, hat das Nachtatverhalten, das grundsätzlich als Strafmilderungsgrund anerkannt ist, lediglich Indizcharakter. Es stellt ein Erkenntnismittel für die Beurteilung der vorangegangenen Tat und der Täterpersönlichkeit dar, sodass strafmildernd nicht das Geständnis als solches, sondern allein dessen eigentlicher Beweggrund (insbesondere Schuldeinsicht und Reue) zu berücksichtigen ist. Der BGH ist nun der Meinung, dass grundsätzlich auch Zweckgeständnisse, die im Rahmen einer Absprache abgelegt werden, eine Strafmilderung rechtfertigen. Denn es könne jedenfalls in dubio pro reo nicht ausgeschlossen werden, dass Reue und Schuldeinsicht auch hier handlungsleitend gewesen sind. Zudem bekenne sich der Angeklagte zu seiner Tat, fördere das Prozessziel des Rechtsfriedens und trage mit seinem Geständnis zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung bei.⁶⁹ Das alles kann nicht überzeugen.

Es ist schon schwer nachzuvollziehen, wie ein ausgehandeltes Geständnis den Rechtsfrieden oder den Ausgleich zwischen Opfer und Täter fördern können soll, wenn die Opfer- bzw. Nebenklägerbelange bei den Verhandlungen regelmäßig keine Rolle spielen. Zudem fällt es schwer, in einem abgesprochenen, gar vom Gericht angeregten Schulbekenntnis Anzeichen von Reue und Schuldeinsicht zu erkennen.⁷⁰ Darüber kann auch die Anwendung des Zweifels-

⁶⁴ Siehe nur *Ransiek*, ZIS 2008, 116 (122); *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 26a; *Rosenau* (Fn. 29), S. 1597 (1620); *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 14 m.w.N.

⁶⁵ Überzeugend dazu *Velten* (Fn. 8), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 19 f.; weiterhin *Eschelbach* (Fn. 6), § 257c Rn. 1.15, 7; *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 21; *Weigend*, StV 2013, 424 (425).

⁶⁶ Zum „Wetttlauf“ der Verteidiger (mit dem Effekt eines „Vertrags zulasten Dritter“) nur *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 44 Rn. 77.

⁶⁷ *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884 (1885).

⁶⁸ Siehe dazu *Rönnau*, wistra 1998, 49 (53).

⁶⁹ BGHSt 43, 195 (209 f.); ferner BGHSt 42, 191 (194 f.); BGH NStZ 2000, 366; NStZ 2014, 453.

⁷⁰ Zur nachfolgenden Kritik am (auf § 46 StGB gestützten) Strafabattmodell pars pro toto *Velten* (Fn. 8), § 257c Rn. 16,

grundsatzes nicht hinweghelfen, der eine auf Restzweifel im Einzelfall zugeschnittene Regel enthält, konkret: Es müssen nach Ausschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass eine Tatsachenannahme wahr ist. Die bloße abstrakte Möglichkeit der Reue kann eine Strafmilderung nicht rechtfertigen. Sie liegt bei einem prozessaktisch abgelegten Geständnis nicht einmal nahe. Auch müsste die in dubio-Argumentation dann ebenfalls auf das Leugnen des Angeklagten anwendbar sein, welches genauso gut auf abgrundtiefer Scham und Reue beruhen könnte. Der Versuch, die gewünschte Verfahrensabkürzung unter dem Deckmantel der „Auswirkungen der Tat“ zu prämiieren, ist ebenfalls zum Scheitern verurteilt, weil der Gesetzgeber darunter allein die von der Tat ausgehenden Sozialschäden, sicher aber nicht das durch jede Tat ausgelöste Bedürfnis nach Strafverfolgung gemeint hat – und auch nicht meinen konnte, weil ansonsten langwierige Strafprozesse wegen der Schwierigkeit des Tatnachweises strafscharfend berücksichtigt werden müssten.⁷¹ Sind damit alle bisherigen dogmatischen Anstrengungen misslungen, das Geständnis pauschal als strafmildernd zu qualifizieren, kann dem Beschuldigten nur noch positiv angerechnet werden, er habe immerhin zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung beigetragen. Das ist aber sicher kein mit dem Schuldgrundsatz vereinbarer Strafzumessungsaspekt, folgte doch aus der Belohnung prozessbeschleunigenden Verhaltens des Beschuldigten einerseits auf der Kehrseite die strafscharfende Berücksichtigung der dem Beklagten durch das Grundgesetz und die StPO eingeräumten Verteidigungsrechte.⁷² Abschließend ist damit festzuhalten, dass das Geständnis – gerade im Absprachekontext – nicht generell als strafmildernder Faktor zu qualifizieren ist, eine dahingehende Praxis sich also mit der geltenden deutschen Gesetzeslage nicht verträgt.

Ich breche die Zulässigkeitsprüfung der Absprachen, wie sie sich jedenfalls bis zum Urteil des BVerfG im Jahre 2013 in Deutschland gezeigt haben, jetzt ab. Es ließen sich leicht noch weitere Bereiche identifizieren, in denen die Absprachepaxis vor dem Hintergrund der Strukturen des reformierten Strafprozesses zu massiven Problemen führt. Aus Zeitgründen und in Rücksprache mit *Bernd Schünemann* habe ich etwa das übergreifende Thema der „Fairness im Strafprozess“, dem für die kritische Überprüfung eines aus der Balance geratenen Strafverfahrens eine besondere Bedeutung zukommt, ebenso ausgespart wie die Befangenheit der beteiligten Justizpersonen oder die Wiederaufnahme des Verfahrens z.B. wegen Widerrufs des Geständnisses. Aber auch nach dem Vorgetragenen ist hoffentlich deutlich geworden, dass

26, *Stuckenberg* (Fn. 8), § 257c Rn. 15 und *Rönnau* (Fn. 1), S. 94 ff.

⁷¹ Näher zu dieser Variante des § 46 Abs. 2 StGB im Absprachekontext *Rönnau* (Fn. 1), S. 102 ff.

⁷² Dazu etwa *Schünemann* (Fn. 2), B S. 112 f. Nach *Eschelbach* (in: *Fischer/Bernsmann* (Hrsg.), *Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011*, 2011, S. 115 [130 f.]) verstoßen die Gerichte gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sie Geständnisse honorieren, weil es der Justiz Aufklärungsarbeit erspart.

die Einführung konsensualer Elemente in ein Strafverfahren, das von der Struktur her die Entscheidung nach umfassender Sachaufklärung durch das Gericht sucht, zu vielfältigen Unverträglichkeiten mit den Strukturprinzipien der StPO führt! Wie kritisch die Lage ist, lässt sich auch gut daran ablesen, dass in Deutschland, anfangs noch zögerlich, mittlerweile aber intensiver, sogar über die Strafbarkeit der Verfahrensbeteiligten diskutiert wird⁷³ – mit bejahenden Stellungnahmen durch mehrere Strafrichter am BGH!⁷⁴ In den Blick kommt hier vor allem die Rechtsbeugung (§ 339 StGB). Aber auch Straftatbestände wie die Strafvereitelung im Amt (§§ 258, 258a StGB), die Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) oder – auf Seiten der Verteidiger – der Parteiverrat (§ 356 StGB) bzw. die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB) bergen Strafbarkeitsrisiken.

IV. Problemlösung durch das Verständigungsgesetz und das BVerfG-Urteil vom März 2013?

Nach dieser ernüchternden Befundaufnahme, deren Ergebnisse im Kern jedenfalls seit den Untersuchungen von *Schünemann* und mir und damit seit fast dreißig Jahren bekannt sind und über die in Deutschland schon lange heftig diskutiert wird, durfte man gespannt sein, welche regulatorischen Vorschläge zur Behebung der Misere vom Gesetzgeber auf den Tisch gelegt werden – und wie das BVerfG, sollte es angerufen werden, darauf reagiert. Der Gesetzgeber hat mittlerweile – wie erwähnt – 2009 mit dem Verständigungsgesetz geantwortet⁷⁵ und das BVerfG hat im März 2013 eine Grundsatzentscheidung getroffen.⁷⁶ Die Umrisse des neuen Regelungskonzepts, das im Schwerpunkt die Kriterien aus den vorangegangenen Leitentscheidungen aufnimmt und zu einem Transparenzschutzkonzept ausbaut, hatte ich Ihnen am Anfang des Vortrags schon skizziert. Nachfolgend geht es mir in der verbleibenden Zeit allein darum, in einem kleinen Parforceritt anhand der oben aufgelisteten Kritikpunkte wenigstens stichwortartig festzuhalten, ob das neue Recht Problemlösungen oder zumindest Problemmilderungen gebracht hat.

Einer der heikelsten, da ins Mark der Absprache zielenen Kritikpunkte betrifft deren Auswirkungen auf die Pflicht zur bestmöglichen Erforschung der Wahrheit (als unerlässliche Voraussetzung der Verwirklichung des Schuldprinzips). Die Ankernorm der neuen Verständigungsregelungen – § 257c StPO – hält in seinem Abs. 1 S. 2 ausdrücklich an der Pflicht einer von Amts wegen zu ermittelnden Wahrheit fest. Gegner der Verständigungspraxis fragen an dieser Stelle aber

⁷³ Zur Strafbarkeit der Verfahrensbeteiligten finden sich erste detailliertere Ausführungen schon bei *Siolek*, *Verständigung in der Hauptverhandlung*, 1988, S. 208 ff.; *Rönnau* (Fn. 1), S. 227 ff.; *Schünemann* (Fn. 2), B S. 131 ff.; später dann auch bei *Schlothauer*, in: *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, Kommentar, 2010, S. 199 ff.

⁷⁴ So *Fischer* (HRRS 2014, 324) und *Eschelbach* ([Fn 35], S. 637 [641 ff.]) zu den Strafbarkeitsrisiken wegen Rechtsbeugung!

⁷⁵ BGBI. I 2009, S. 2353.

⁷⁶ BVerfGE 133, 168.

nun völlig zu Recht, welchen Sinn denn eine zum Zwecke der Verfahrensvereinfachung, insbesondere Verfahrensbeschleunigung arrangierte Absprache noch haben soll, nachdem das Gericht seiner Pflicht zur „bestmöglichen Aufklärung“ nachgekommen ist. Aufzudecken ist hier im Verhältnis von Verständigung und Wahrheitsermittlungspflicht „zwar kein logischer, wohl aber ein teleologischer Widerspruch“: Ohne Verkürzung der Wahrheitssuche ist eine Verständigung sinn- und zwecklos.⁷⁷ Auch das BVerfG kann dieses Dilemma nicht wirklich auflösen. Zwar betont es in seinem Grundsatzurteil, dass das Tatgericht seine Entscheidung auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht auf ein bloßes Formalgeständnis des Angeklagten oder ein Anerkenntnis des Anklagesatzes stützen darf, selbst wenn das Geständnis mit dem Inhalt der Ermittlungsakten übereinstimmt⁷⁸ – und fordert damit mehr als der Gesetzgeber und die bisherige BGH-Rechtsprechung.⁷⁹ Allerdings lässt es das BVerfG gleichzeitig genügen, dass die relevanten Teile der Ermittlungsakten als Urkundenbeweis im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt werden.⁸⁰ In der Sache läuft das wiederum auf eine bloße Bestätigung der Ergebnisse aus den polizeilichen Ermittlungsakten durch den Angeklagten ohne eigene Ermittlungstätigkeit des Gerichts hinaus.⁸¹ Fälle, in denen ein Angeklagter ein vollständig glaubhaftes und alle abzuurteilenden Delikte abdeckendes Geständnis ablegt, das sämtliche weiteren Beweiserhebungen überflüssig macht, werden die absolute Ausnahme sein. Weil aber ansonsten – abspracheimmanent – irgendwo kräftig gespart werden muss, kann das nur auf Kosten der Wahrheitssuche gehen.

Neben dem in vielen Fällen fraglichen Beweiswert des faktischen Geständnisses wird seit langem und zutreffend kritisiert, dass die Rechtsprechung dem Schuldbekennnis im Absprachekontext ein viel zu hohes Gewicht beimisst.⁸² Zu diesem Punkt findet sich in der Begründung des Verständi-

gungsgesetzes nichts, während das BVerfG nur darauf hinweist, dass die Strafe auch bei absprachebasierten Urteilen „in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat und zum Verschulden des Täters“ stehen muss.⁸³ Ausführungen dazu, welchen Stellenwert die prozessuale Kooperation und insbesondere das Geständnis des Angeklagten in einem auf das Schuldstrafrecht gegründeten Strafzumessungsrecht überhaupt annehmen darf, sucht man – obwohl tragender Pfeiler des Absprachemodells – vergebens.⁸⁴

Gleiches gilt für die oben skizzierte eklatante Ungleichbehandlung der Beschuldigten im Absprachekontext. Nach der gesetzlichen Regelung des § 257c StPO – aber auch nach den anderen Kommunikationsvorschriften des Verständigungsgesetzes (vgl. §§ 202a, 212, 257b StPO) – liegt es im Ermessen des Gerichts, ob und unter welchen Umständen eine Verständigung vorgeschlagen wird. Leitkriterien für die Ermessensausübung fehlen und werden vom BVerfG auch nicht angemahnt.⁸⁵ Die Gleichbehandlung der durch ein Strafverfahren Betroffenen ist daher nicht gewährleistet.

Der Blick auf die Unschuldsvermutung und den Nemo tenetur-Grundsatz hat gezeigt, dass hier in der bisherigen Absprachepraxis vieles im Argen liegt. Die Gesetzesmaterialien zum Verständigungsgesetz und auch das BVerfG schweigen sich hierzu weitgehend aus.⁸⁶ Mit keinem Wort wird auch nur erwähnt, dass nach einem geplatzten Verständigungsversuch derselbe Spruchkörper für die Hauptverhandlung zuständig bleibt. Dass das oben thematisierte Problem der Schuldvermutung schon bei Aufnahme der Abspracheaktivitäten dadurch verschwindet, dass in Vor- und Begleitverhandlungen nur unverbindlich über das Thema gesprochen werden kann, ist ausgeschlossen. Auch diese strukturelle Frage bleibt auf der Ebene des Gesetzgebers und des BVerfG undiskutiert. Solange die Alternative zwischen kontradiktorischem und konsensual geprägtem Strafverfahren eröffnet ist und vom BVerfG auf Sanktionsebene eine Strafe nur beanstandet wird, wenn sie „den Boden schuldangemessenen Strafens“ verlässt,⁸⁷ bleibt für den Angeklagten auch der Druck durch die „Sanktionsschere“ bestehen.

Die Probleme, die sich durch die Verlagerung der eigentlich wichtigen Verständigungsgespräche aus der Hauptverhandlung hinaus für die Vereinbarkeit mit dem Unmittelbarkeits-, Mündlichkeits- und Öffentlichkeitsgrundsatz ergeben, behandeln die neuen Verständigungsvorschriften nunmehr unter dem Topos der Transparenz, die einen herausragenden

⁷⁷ So *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215, 218); *ders.* (Fn. 8), § 257c Rn. 12, 23 (m. Nachw. weiterer Literaturstimmen zur „in sich widersprüchlichen Regelung“ in Fn. 207); zust. auch *Velten* (Fn. 8), Vor §§ 257b-257c ff. Rn. 8b (einen Ausgleich versuchend aber *dies.* [Fn. 8], § 257c Rn. 33, 36a); *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 26b; *Weigend*, StV 2013, 424 (425); *Schünemann*, StraFo 2015, 177 (182 f.); *Eschelbach* (Fn. 35), S. 637 (646); *Fezer*, HRRS 2013, 117 (118); a.A. BVerfGE 133, 168 (210 Rn. 72); *Kröpil*, JR 2010, 96 (99); versöhnend *Kudlich*, Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?, Gutachten C zum 68. DJT, 2010, C S. 61 ff.; kritiklos *Moldenhauer/Wenske*, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 257c Rn. 13.

⁷⁸ BVerfGE 133, 168 (209 Rn. 70 f.).

⁷⁹ Nach BGH (BGHSt 50, 40 [49]) musste das Geständnis nur so konkret sein, „dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt“.

⁸⁰ BVerfGE 133, 168 (209 f. Rn. 71).

⁸¹ *Weigend*, StV 2013, 424 (425); siehe auch *Eschelbach* (Fn. 6), § 257c Rn. 6.1.

⁸² Statt vieler *Eschelbach* (Fn. 35), S. 637 (651).

⁸³ BVerfGE 133, 168 (198 Rn. 55).

⁸⁴ Ebenso *Weigend*, StV 2013, 424 (425).

⁸⁵ Für viele *Eschelbach* (Fn. 6), § 257c Rn. 7 m.w.N.

⁸⁶ Soweit das BVerfG meint, dem Schutz der Selbstbelastungsfreiheit sei bereits ausreichend mit den allgemeinen Vorschriften der §§ 136, 136a, 163a Abs. 4 S. 2, 243 Abs. 5 S. 1 StPO sowie mit der in § 257c Abs. 5 StPO verankerten Belehrungspflicht über die Reichweite der Bindungswirkung und die Folgen eines Scheiterns der Verständigung Sorge getragen (BVerfGE 133, 168 [231 Rn. 112]), verkennt es den immensen Geständnisdruck, dem der Beschuldigte in Absprachesituationen ausgesetzt ist.

⁸⁷ BVerfGE 133, 168 (231 Rn. 113).

Legitimationsbaustein für das neue Regelungskonzept darstellt.⁸⁸ Weil die Absprachedynamik es ersichtlich verlangt, dass die weichenstellenden Gespräche *nicht* in der Hauptverhandlung vor den Augen und Ohren sämtlicher Verfahrensbeteiligter stattfinden, sind in der StPO jetzt verschiedene Offenlegungs- und Protokollierungspflichten verankert, die einmal sicherstellen sollen, dass der wesentliche Inhalt der Verständigungsgespräche in öffentlicher Hauptverhandlung präsentiert und damit zur Grundlage weiteren Prozessverhaltens gemacht werden kann (vgl. §§ 243 Abs. 4, 257c Abs. 4, 5, 273 Abs. 1a StPO). Zum Zweiten hat man die Kontrollmöglichkeiten durch die Rechtsmittelgerichte verbessert, indem die Missachtung der Offenlegungs-, Belehrungs- und Protokollierungspflichten im Wege eines vom BVerfG neu geschaffenen Sonderrevisionsrechts zu quasi absoluten Revisionsgründen hochgestuft wurden.⁸⁹ Zur letztgenannten Frage der Modifizierung des Revisionsrechts, zu der das BVerfG nicht ermächtigt war, möchte ich hier nichts weiter sagen.⁹⁰ Zur vorgeschalteten Verschärfung der Transparenz ist hier aber immerhin Folgendes anzumerken: In Reaktion auf korruptionsähnliche Strukturen, wie sie bei der Absprachepraxis zu besichtigen sind,⁹¹ ist die Herstellung von Transparenz natürlich das Gegenmittel der ersten Wahl – und damit grundsätzlich zu begrüßen! Allerdings muss auch hier Wasser in den Wein gegossen werden, denn die durch den installierten Schutzmechanismus erzeugte Transparenz ist nur eine mittelbare: Weder der Angeklagte noch die Öffentlichkeit, weder die Schöffen noch etwaig beteiligte Nebenkläger bekommen allein aufgrund der Bekanntgabe der Ergebnisse und des wesentlichen Inhalts der Verhandlungen ein tieferes Verständnis von den für die Bewertung der Verständigung oft entscheidenden Details der maßgeblichen Absprachekommunikation.⁹² Damit werden die Öffentlichkeit in ihrer Kontrollfunktion, der Angeklagte in seiner Subjekts- und Verteidigungsstellung und auch die Schöffen in ihrer Rolle als formal gleichberechtigte Partner bei der Urteilsfindung in problematischer Weise beschränkt. Als Ersatz für eine saubere Überprüfung der Beweise in der Hauptverhandlung kann ein solches Transparenzverfahren, in dem zumeist nur über die

Aushandlung eines aktengestützten Geständnisses informiert wird, nicht durchgehen.

Nun ist dieser nicht vollständig überzeugende Transparenzschutzmechanismus zwar misslich, aber nicht das eigentliche Manko, an dem sowohl das Verständigungsgesetz als auch das Urteil des BVerfG leiden. Viel gravierender schlägt zu Buche, dass – wie dargelegt – das neue Regelungskonzept an den neuralgischen Punkten der Absprachepraxis nahezu vollständig vorbeigeht. Es betont vornehmlich das Verfahren und die Form, setzt sich aber mit den zentralen inhaltlichen Fragen nicht auseinander. Das Verständigungsgesetz wird vom BVerfG nicht anhand der objektiven verfassungsrechtlichen Maßstäbe überprüft, sondern anhand des gesetzgeberischen Willens⁹³ – und letztlich vom Gericht kein strukturelles Regelungsdefizit erkannt, sondern allein ein Vollzugsdefizit.⁹⁴ Damit wird insbesondere die Frage nach der Macht nicht gestellt, die sich im deutschen Abspracheverfahren – im Vergleich zum herkömmlichen kontradiktorischen Strafprozess – deutlich zugunsten des Gerichts verschoben hat.⁹⁵ Das ist ohne Aufrüstung der Verteidigungsrechte nicht hinnehmbar. Die Frage der Waffengleichheit muss daher unbedingt diskutiert werden. Kosmetik ersetzt hier keine Substanz!

V. Fazit und Ausblick

Ich komme zum Schluss und fasse knapp zusammen: Das deutsche Strafverfahren ist durch die weit verbreitete Absprachepraxis, die anlässlich der Überlastung der Justiz als Überdruckventil fungiert, in große Turbulenzen geraten. Im grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestalteten reformierten Inquisitionsprozess geraten Absprachen mit fast allen Prozessmaximen und vielen Verfassungsgrundsätzen in Konflikt. Der Versuch des Gesetzgebers und in seinem Fahrwasser des BVerfG, geständnisbasierte Aushandlungsprozesse in den konventionellen Strafprozess zu integrieren, ist nach Auffassung des ganz überwiegenden Schrifttums gescheitert. Das vom BVerfG als „derzeit noch“ verfassungsgemäß eingestufte Verständigungsgesetz kann darüber nicht hinwegtäuschen. Aber selbst das durch die Neuregelungen implementierte, eher Äußerlichkeiten des Verfahrens hochstilisierende Schutzkonzept gerät schon wieder in die Gefahr, unterlaufen zu werden. Praktiker berichten von einer verstärkten Flucht in die Opportunitätseinstellung gegen Geldauflage (§ 153a StPO), um dem als unnötigen Formalismus empfundenen neuen Recht aus dem Wege zu gehen⁹⁶ – andere stellen je-

⁸⁸ Vgl. dazu in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung (BT-Drs. 16/12310) die Seiten 1, 9, 12 f., 15 und BVerfGE 133, 168 (207, 214-224).

⁸⁹ Angelegt in BVerfGE 133, 168 (221-224).

⁹⁰ In der Literatur wird die – inhaltlich hoch problematische – verfassungsrechtliche Einfärbung von Fragen des Revisionsrechts verbreitet abgelehnt, siehe nur *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (215 f.), und *Niemöller*, GA 2014, 179. Zu diesbezüglichen Kontroversen innerhalb der *Strafsenate* des BGH sowie zwischen diesen und der 2. Kammer des BVerfG siehe *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 44 Rn. 68a, b.

⁹¹ Von korruptiven Zügen der Absprache sprechen etwa *Eschelbach* (Fn. 6), § 257b Rn. 1.4; § 257c Rn. 1, 1.8, 6.3; *Paeffgen* (Fn. 4), § 202a Rn. 11, 20; *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (214); auch *Landau*, NSTZ 2014, 425 (428).

⁹² Zutreffend *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 36; mit Blick auf die Schöffen *Rönnau* (Fn. 47), S. 374 f.

⁹³ Näher zum methodisch-dogmatischen Vorgehen des BVerfG (als „verfassungsorientierte Gesetzesauslegung“) *Henckel* (Fn. 21), 4. Kap. A. I. 1.

⁹⁴ Das Ausblenden der eigentlichen Probleme der Absprache in der Leitentscheidung des BVerfG beklagen auch – *pars pro toto* – *Stuckenberg*, ZIS 2013, 212 (216 ff.), *Weigend*, StV 2013, 424 (426 f.) und *Duttge*, in: *Hefendehl/Hörnle/Greco* (Fn. 31), S. 875 (881 ff.).

⁹⁵ Deutlich *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 35.

⁹⁶ Nach *Jahn/Kudlich*, in: *Knauer/Kudlich/Schneider* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Bd. 2, 2016, § 257c Rn. 57 f. macht die „überstrenge praktische Handhabung im Bereich der Transparenz- und Formvor-

denfalls bei den Landgerichten nach dem Paukenschlag des BVerfG eine größere Zurückhaltung bei den Abspracheaktivitäten fest.⁹⁷ Ob die Neuregelungen eingehalten werden, lässt das Bundesjustizministerium nach Aufforderung durch das BVerfG derzeit in einer weit ausgreifenden Evaluation untersuchen.

Trotz einer gewissen Ratlosigkeit aller Beteiligten im Umgang mit den strafprozessualen Absprachen ist der Blick nach vorn zu richten und dabei zeigt sich: Eine Gesamtreform des Strafverfahrens muss her, will man nicht mit einem Verbot der Absprachepraxis die Justizpraktiker weiterhin zu Umgehungen anreizen und damit in die Illegalität treiben.⁹⁸ Bei der Neuausrichtung ist natürlich der Gestaltungskorridor, den das BVerfG durch die Betonung verschiedener unumstößlicher Verfassungsgrundsätze gesteckt hat, zu beachten. Eine Reihe mehr oder weniger gut ausgearbeiteter Vorschläge liegen dazu auf dem Tisch.⁹⁹ Zahlreiche andere Staaten sind hier schon weiter, wenngleich viele Gesetz gewordene Lösungen ebenfalls nicht überzeugen können. Einiges spricht dafür, angesichts der durch die Absprache zu Lasten des Angeklagten und seiner Verteidigung völlig verschobenen Verfahrensbalance die Verteidigungsrechte im Ermittlungsverfahren auszubauen und die Hauptverhandlung deutlich zu verkürzen.¹⁰⁰ Aber das ist ein neues, sehr komplexes Thema, zu dem ich hier nicht mehr Stellung nehmen kann.

schriften“ des VerStG die „Flucht in die Opportunität“ (wegen der dort herrschenden besonderen Informalität) für die Strafverfolgungsbehörden attraktiv; ebenso *Heger/Pest*, ZStW 126 (2014), 446 (449).

⁹⁷ *Meyer*, StV 2015, 790 (791).

⁹⁸ Zur Forderung nach einer (Gesamt-)Reform des deutschen Strafprozesses nur *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 31-32, *Stuckenberg*, ZIS 2013, 214 (218), und *Landau*, NStZ 2014, 425 (429).

⁹⁹ Eine Skizze zu Lösungsoptionen aus jüngerer Zeit erstellt *Meyer*, StV 2015, 790 (792 ff.).

¹⁰⁰ Zum – für die Wiederherstellung der Verfahrensbalance notwendigen – rechtsstaatlichen Ausbau des Ermittlungsverfahrens siehe die Vorschläge von *Roxin/Schünemann* (Fn. 7), § 17 Rn. 8b, § 69 Rn. 3 ff. Aspekte, die für die Weiterentwicklung des Ermittlungsverfahrens in Richtung auf ein kontradiktorisches Vorverfahren zu beachten sind, präsentiert *Schlothauer*, StV 2016, 607 (610 ff.).
