

# Zwischen Effektivität und Legitimität: Zum Handlungsspielraum des Gesetzgebers nach der „Deal“-Entscheidung des BVerfG

Von Prof. Dr. Michael Kubiciel, Köln \*

## I. Der Zielkonflikt

Eine Absprache setzt konvergierende Interessen voraus. Ist diese Konvergenz strukturbedingt, entsteht ein Markt, auf dem eine Vielzahl gleichartiger Absprachen getroffen wird. Seit den 1970er Jahren ist in deutschen Kriminalgerichten ein Markt entstanden, auf dem nach Meinung vieler mit nichts Geringerem gehandelt wird als der Gerechtigkeit.<sup>1</sup> Gemeint ist die Praxis verfahrensbeendender Verständigungen zwischen Gerichten und Angeklagten bzw. deren Verteidigern. Die Etablierung von verfahrensbeendenden Absprachen ist kein Ausdruck richterlicher Willkür,<sup>2</sup> sondern Folge veränderter Rahmenbedingungen der Strafrechtspflege: Während das Strafrecht seit den späten 1970er Jahren verstärkt zur Bekämpfung der Wirtschafts – und Betäubungsmittelkriminalität, der organisierten Kriminalität und der Umweltverschmutzung eingesetzt wurde,<sup>3</sup> nahmen die Schulden des Bundes und der Länder zu und damit die Möglichkeiten zum Ausbau der Strafjustiz ab.<sup>4</sup> Infolgedessen mussten Gerichte und Staatsanwaltschaften eine ansteigende Zahl von komplexen Fällen mit gleichbleibenden oder sogar geringeren personellen Ressourcen bewältigen. Der Druck, sowohl mehr als auch kompliziertere Verfahren in einem erträglichen Zeitrahmen bewältigen zu müssen, führte dazu, dass gerade Verfahren der Wirtschafts-

Betäubungsmittel – und Bandenkriminalität nach einer Verständigung zwischen Gericht und Verteidigung beendet wurden.<sup>5</sup> Gestand der Angeklagte die Tat, konnten die Gerichte auf eine zeitaufwändige Beweisaufnahme verzichten und honorierten dies mit der Verhängung einer vergleichsweise milden Strafe.<sup>6</sup>

Die Rahmenbedingungen der Strafrechtspflege haben sich seither nicht verbessert – im Gegenteil: Die Revisionsrechtsprechung hat die Anforderungen an Umfang und Qualität der schriftlichen Urteilsgründe schrittweise, aber deutlich erhöht.<sup>7</sup> Zuletzt hat das BVerfG den Staatsanwaltschaften und Instanzgerichten in Wirtschaftsstrafverfahren noch dadurch einen erheblichen Mehraufwand verschafft, dass es die Anforderungen an die Feststellung einer Schadenshöhe verschärft hat.<sup>8</sup> Schließlich lässt sich nicht leugnen, dass Verteidiger in stärkerem Ausmaß als vor drei oder vier Jahrzehnten die Möglichkeiten einer auf die Schwachpunkte der Justiz zielenden Konfliktverteidigung ausschöpfen, um die direkten und indirekten Kosten eines Verfahrens zu erhöhen.<sup>9</sup> Es kann daher nicht überraschen, dass nach einer repräsentativen Umfrage des Allensbach-Instituts für Demoskopie zwei von drei Richtern und vier von fünf Staatsanwälten der Auffassung sind, sie hätten zu wenig Zeit für die Bearbeitung von Fällen.<sup>10</sup> 77% der Befragten sehen die Staatsanwaltschaften nicht „auf Augenhöhe“ mit spezialisierten Ver-

\* Der Autor ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität zu Köln und Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafrechtstheorie und Strafrechtsvergleichung. Der Text ist die aktualisierte Fassung eines Vortrages, den der Verf. am 11.10.2013 bei einer Tagung der Universitäten Köln und Kyoto zum Verfahrensrecht an der Universität zu Köln gehalten hat. S. zu dieser Tagung *Weigend* JZ 2014, 133 f.

<sup>1</sup> *Hettinger* JZ 2011, 292, 301. Ähnlich *Duttge*, in: Festschrift für Böttcher (2007), S. 53, 59. Mit Bezug auf das amerikanische plea-bargaining so bereits *Schumann*, Der Handel mit Gerechtigkeit (1982).

<sup>2</sup> S. aber *Schünemann* ZRP 2009, 104. Ähnlich *Harms*, Festschrift für Nehm (2006), S. 289, 295; *Fischer* NSTZ 2007, 433, 434 f.

<sup>3</sup> Zur seinerzeit ansteigenden Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts *Kubink*, Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel (2001), S. 547 f.

<sup>4</sup> Zum Einfluss der öffentlichen „Finanznot“ auf das Entstehen von Absprachen *Gössel*, Festschrift für Böttcher (2009), S. 79 f.

<sup>5</sup> Zum Entstehen der Absprachen gerade in diesen Bereichen *Caspari* DRiZ 2013, 6; *Niemöller/Schlothauer/Wieder*, Gesetz zur Verständigung in Strafsachen – Kommentar (2010), S. 10, 27. Rechtsvergleichend *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren (1990); zu Absprachen in den USA *Vogler* ZStW 116 (2004), 129 ff.; *Rosenau*, Festschrift für Puppe (2011), S. 1597, 1612 ff.

<sup>6</sup> *Niemöller/Schlothauer/Wieder* (Fn. 5), S. 10, 18 ff.

<sup>7</sup> *Gössel* (Fn. 4), S. 80; *Hettinger* JZ 2011, 295, 293.

<sup>8</sup> BVerfGE 126, 170, 226 ff. = HRRS 2010 Nr. 656; BVerfGE 130, 1, 47 = HRRS 2012 Nr. 27. Krit. dazu *Kubiciel* JZ 2014, 99, 100 f. Zur Auswirkung auf die Verfahrensbeendigung qua Absprache *Kuhlen* JR 2011, 246, 253.

<sup>9</sup> So schon *Nestler*, in: Lüderssen/Nestler/E. Weigend (Hrsg.), Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip (1990), S. 159, 162.

<sup>10</sup> Publiziert als *Roland Rechtsreport*, Sonderbericht: das deutsche Rechts – und Justizsystem aus Sicht von Richtern und Staatsanwälten (2014), S. 10.

teidigern in Wirtschaftsstrafsachen.<sup>11</sup> Der Grund ist leicht zu erraten: Die personelle Ausstattung ist nach Meinung von 85% der insgesamt 1.770 interviewten Richter und Staatsanwälte schlecht oder sehr schlecht.<sup>12</sup> Diese Einschätzung lässt sich nicht damit abtun, Richter und Staatsanwälte wähten sich gleichsam habituell am Rande der Belastbarkeit,<sup>13</sup> sondern kann durch objektive Daten untermauert werden. Einem Presseartikel zufolge erreicht lediglich ein Bundesland (Sachsen-Anhalt) die Richtwerte für eine Personalausstattung in der Justiz.<sup>14</sup> Die Strafrechtspflege operiert folglich in einem Zielkonflikt: Sie soll steigenden Erwartungen in Bezug auf Quantität und Qualität ihrer Arbeit mit gleichbleibenden oder sogar abnehmenden Ressourcen genügen.

## II. Handlungsbedarf

Da weder der Gesetzgeber noch das BVerfG diesen Zielkonflikt aufgelöst haben (dazu III.), fragt sich, wie der Druck auf die Instanzgerichte mit rechtsstaatlichen Mitteln abgemildert werden kann. Bislang ist das nach der Entscheidung erwartete „Erdbeben“ zwar ausgeblieben.<sup>15</sup> Geschieht jedoch weiterhin nichts, ist damit zu rechnen, dass nach Ablauf einer Schamfrist die Praxis informeller Verständigungen auflebt, um dem hohen Effektivitätsdruck mit Hilfe von „managerial approaches“<sup>16</sup> abzumildern. 40% der Richter und Staatsanwälte erwarten daher, dass die Verfassungsgerichtsentscheidung (*on the long run*) nichts an der Praxis ändern werde.<sup>17</sup> Eher früher als später stellt sich folglich die Frage, wie der Gesetzgeber mit der vom BVerfG statuierten Beobachtungs- und Abhilfepflicht umgehen soll und wie das Strafverfahren unter Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze praxistauglicher ausgestaltet werden kann.<sup>18</sup> Nach hiesiger Auffassung ist die Stärkung bestehender und Implementierung neuer hybrid-konsensualen Erledigungsformen unerlässlich. So könnte das Strafbefehlsverfahren ausgebaut und mit einer zusätzlichen Verständigungsphase angereichert werden, um so ein größeres bzw. zusätzliches „Ablassventil“ für den auf Staatsanwaltschaften und Instanzgerichten lastenden Druck zu schaffen. Weder die „Deal“-Entscheidung des BVerfG noch der strafprozessuale Wahrheitsbegriff stehen diesen Schritten im Wege (IV.).

<sup>11</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 23.

<sup>12</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 11.

<sup>13</sup> So aber Fischer NSTZ 2007, 433.

<sup>14</sup> Amann/Salden/Traufetter Der Spiegel, Heft 50/2013, 47.

<sup>15</sup> Schünemann, in: Festschrift für Wolter, S. 1107, 1128.

<sup>16</sup> Treffend Hamdan/Jung/Stuckenberg GA 2013, 711, 717.

<sup>17</sup> Roland Rechtsreport (Fn. 10), S. 30.

<sup>18</sup> Die Regierungsparteien haben sich zum Ziel gesetzt, die Regeln über die Verständigung zu evaluieren, s. Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 146.

## III. Die Festschreibung des Zielkonflikts

### 1. Konsequentialistische und deontologische Kritik an § 257c StPO

Die vom BGH „zur Sicherstellung der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“<sup>19</sup> tolerierten Absprachen hat der Gesetzgeber im Jahr 2009 formell legalisiert. Er verfolgte dabei das Ziel, die in der Praxis verbreiteten „Deals“ mit den Grundsätzen des Strafprozesses in Übereinstimmung zu bringen.<sup>20</sup> Dieses Ziel hat er nach ganz herrschender Auffassung verfehlt.<sup>21</sup> Eine konsequentialistische Kritiklinie bemängelt, der Gesetzgeber habe die Tatgerichte nicht entlastet, sondern den eingangs skizzierten Zielkonflikt festgeschrieben. Tatsächlich bedeuten die Dokumentations- und Protokollierungspflichten<sup>22</sup> eine erhebliche Mehrarbeit,<sup>23</sup> während der Ermittlungsaufwand durch das grundsätzliche Festhalten am Amtsermittlungsgrundsatz nicht wesentlich abgemildert wird.<sup>24</sup> So gesehen zeigt die in *Altenhains* empirischer Studie offengelegte Umgehung gesetzlicher Vorgaben vor allem die praktische Ungeeignetheit des Verständigungsgesetzes.<sup>25</sup> Ökonomisch betrachtet stellt sich die Etablierung einer gesetzesumgehenden Praxis informeller Absprachen daher als Form funktioneller oder „brauchbarer“ Illegalität dar.<sup>26</sup>

Andere Kritiker blenden die Funktionsbedingungen der Strafrechtspflege aus, sondern sehen tradierte strafverfahrensrechtliche Prinzipien verletzt. Sie monieren insbesondere, dass an die Stelle der vom Richter betriebenen Suche nach der materiellen Wahrheit jene prozedurale Richtigkeitsgewähr trete, die eine zwischen Parteien getroffene Vereinbarung verspreche.<sup>27</sup> Dies käme einer

<sup>19</sup> BGHSt 43, 195, 202; 50, 40, 64 = HRRS 2005 Nr. 310. – Von einer „verfehlten Nachsicht des Bundesgerichtshofs mit den Nöten der Tatgerichte“ spricht hingegen SK-StPO/Paeffgen, Bd. 4, 4. Aufl. (2011), § 202a Rn. 2; schärfer Fischer NSTZ 2007, 433, 434.

<sup>20</sup> BT-Drs. 16/12310 S. 18. Zu Auswüchsen in der Praxis eindringlich Duttge (Fn. 1), S. 54 ff.

<sup>21</sup> Positivere Bewertung hingegen bei Jahn/M. Müller NJW 2009, 2625, 2631: großer Schritt in die richtige Richtung; ähnlich Kudlich, in: Verhandlungen des 68. Deutschen Juristentages (2010), Bd. 1, Gutachten C: Erfordert das Beschleunigungsgebot eine Umgestaltung des Strafverfahrens?, S. 62 ff.

<sup>22</sup> S. die Dokumentationspflichten in §§ 160b S. 2; 202a S. 2; 212; 267 Abs. 3 S. 5, Abs. 4 S. 2 StPO; eine Mitteilungspflicht enthält § 243 Abs. 4 StPO, eine Protokollierungspflicht § 273 Abs. 1 S. 2, Abs. 1a StPO.

<sup>23</sup> Niemöller/Schlothauer/Wieder (Fn. 5), S. 28 f. Vgl. auch Meyer NJW 2013, 1850, 1852; Meyer-Goßner, Festschrift für Böttcher, S. 105, 123.

<sup>24</sup> S. § 257c Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>25</sup> *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren (2013). S. ferner Schünemann, in: Festschrift für Wolter, S. 1107, 1119.

<sup>26</sup> Treffend *Altenhain*, in: Jahn/Nack (Hrsg.), Rechtsprechung in Strafsachen zwischen Theorie und Praxis – zwei Seiten einer Medaille? (2013), S. 63, 65; Röhl, in: Festschrift für Heldrich (2005), S. 1161, 1172 f.

<sup>27</sup> Grundlegend zur Richtigkeitsgewähr von zivilrechtlichen Verträgen Schmidt-Rimpler AcP 147 (1941), 130 ff., eine brillante Verteidigung der Privatautonomie gegen ideologische Kritik nationalsozialistischer Rechtswissenschaftler.

„totalen Umstürzung des Verfahrensmodells“ gleich, sei jedenfalls mit den Strukturen des Strafverfahrens – Offizialmaxime, Anklage – und Untersuchungsgrundsatz – und dem „fundamentalen Verfahrensziel der materiellen Wahrheitsfindung“ unvereinbar.<sup>28</sup> Für sich gesehen stellt dies ein schwaches Argument dar. Denn der Gesetzgeber kann die Strukturen eines Gesetzes ändern bzw. fortentwickeln, solange er sich in den Grenzen der Verfassung hält. Dies gilt auch für das Strafverfahrensrecht, das keineswegs sakrosankt, sondern auch für substantielle Änderungen zugänglich ist.<sup>29</sup> Daher unterfüttern die Kritiker ihr Strukturargument straftheoretisch und verfassungsrechtlich. Sie machen geltend, im Strafverfahren müsse – anders als im Zivilprozess – die materielle Wahrheit festgestellt werden,<sup>30</sup> wenn eine schuldangemessene und damit legitime Strafe verhängt werden solle. Absprachen dienen jedoch weder der Ermittlung der Wahrheit noch der Verhängung einer schuldangemessenen Strafe, sie seien im Gegenteil ein Weg, beide Ziele zu umgehen.<sup>31</sup> Diese Umgehung sei prinzipiell unzulässig, so dass sich (konsequentialistische) Kosten-/Nutzen-Überlegungen von vornherein verböten. Daher kann auch das Ziel der Effektivierung der Strafrechtspflege die Gerichte nicht von ihrer Pflicht zur Verhängung einer auf Wahrheit gegründeten und schuldangemessenen Strafe entbinden.

Beide Kritiklinien teilen, so unterschiedlich sie sind, ein und dieselbe Schwäche: Sowohl die konsequentialistische als auch die deontologische Kritik erfassen lediglich einen Ausschnitt einer weitaus komplexeren Problematik. Diese lautet: Wie ist ein Strafverfahren ausgestaltet, dass sowohl der Ressourcenknappheit Rechnung trägt als auch ein hohes Maß an Richtigtkeitsgewähr bietet?

## 2. Die Folgen

Das BVerfG hat diese Frage nicht beantwortet, freilich auch nicht beantworten müssen. Gegenstand der Entscheidung waren lediglich die geltenden Regeln zur Verständigung. Diese erklärt der Zweite Senat trotz aller Kritik für zulässig.<sup>32</sup> Der Gesetzgeber habe aber zu beobachten, ob die Praxis weiterhin von informellen Ab-

sprachen Gebrauch macht; gegebenenfalls müsse er „geeignete“ Gegenmaßnahmen ergreifen.<sup>33</sup>

Das Urteil ist auf breite Ablehnung gestoßen.<sup>34</sup> Die Kritiker der Absprachen in Strafverfahren müssen zähneknirschend zur Kenntnis nehmen, dass konsensuale Verfahrensbeendigungen durch Absprachen grundsätzlich verfassungskonform sind.<sup>35</sup> Die Rechtspraxis muss sich hingegen die „bange Frage“ stellen, wie sie in der Lage sein wird, den hohen Anforderungen des Verständigungsgesetzes zu entsprechen.<sup>36</sup> Aus dem oben beschriebenen Dilemma – steigende Anforderungen an die Gerichte bei unzureichender Ausstattung – weist das BVerfG jedenfalls keinen Ausweg.<sup>37</sup> Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass die informellen Absprachen in der einen oder anderen Form überleben werden.<sup>38</sup>

Das BVerfG hält dem entgegen, das Recht bestimme die Praxis „und nicht die Praxis das Recht.“<sup>39</sup> Dieser Satz ist in seiner apodiktischen Kürze nicht haltbar.<sup>40</sup> Das Recht kann nicht einseitig, gleichsam „hydraulisch“, auf seine Adressaten einwirken. Sollen und Sein – Recht und soziale Praxis – beeinflussen sich vielmehr wechselseitig.<sup>41</sup> Auch strafprozessuale Normen haben tatsächliche Geltungsvoraussetzungen.<sup>42</sup> Kann eine Regel die mit ihr angestrebte Wirkung aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) erzielen, beginnt die Norm zu erodieren, wie das Beispiel der Verfahrensabsprachen eindrücklich zeigt. Zwar kann versucht werden, diesen Erosionsprozess durch Kontrolle und Zwang aufzuhalten. Doch ist dies mit hohen Folgekosten verbunden. Dies gilt auch für den Vorschlag, das Verbot informeller Verfahrensabsprachen strafrechtlich zu erzwingen.<sup>43</sup> Eine Pönalisierung trägt zweifelsohne dazu bei, die Verständigungsregeln in der Praxis durchzusetzen. Sie führt jedoch zu Normerosionen an anderen Stellen: Unter den Bedingungen knapper Ressourcen ist es schlechterdings unmöglich, dass die Gerichte ohne ressourcenschonende Erledigungsformen

<sup>28</sup> So *Schünemann*, in: Festschrift für Wolter (2013), S. 1107, 1114, 1117; *ders.* ZRP 2009, 104, 105; *ders.* in: *ders.* (Hrsg.) Risse im Fundament Flammen in Gebäck, 2010, S. 93, 102 f. Ferner *Fahl* ZStW 117 (2005), 605 ff.; *Gössel* (Fn. 4), S. 85; *Harms* (Fn. 2), S. 294 f.; *Hettinger* JZ 2011, 292, 301; *SK-StPO/Paeffgen* (Fn. 19), § 202a Rn. 2.

<sup>29</sup> Zur Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers *Jahn* GA 2004, 272, 275.

<sup>30</sup> S. *Tsujimoto* ZIS 2012, 612 mit Verweis auf *Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl. (2012), Rn. 21; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. (2012), § 1 Rn. 3 ff.

<sup>31</sup> Zu dieser Kritik *Duttge* (Fn. 1), S. 58 ff.; *Lien* GA 2006, 129, 142 f.; *Murmann* ZIS 2009, 526, 532. – Krit. ferner *Duttge/Salditt* ZStW 111 (2003), 539 ff.; *Fezer* NStZ 2012, 177 ff.; *Fischer* NStZ 2007, 433 ff.; *Kempf*, in: Festschrift für E. Müller (2008), S. 246 ff.; *Meyer-Goßner* ZRP 2009, 107 ff.; *Rieß* ZStW 119 (2007), 945, 950 ff.; *Ransiek* ZIS 2009, 122 ff.; *Rönnau*, Absprachen im Strafprozess (1990), S. 73 ff.; *Weßlau*, Festschrift für E. Müller (2008), S. 794 ff.

<sup>32</sup> BVerfG JZ 2013, 676 (Leitsätze 1 u. 2) = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>33</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 688 (Rz. 121) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 134).

<sup>34</sup> So *Meyer-Goßner* StV 2013, Editorial Heft 7 (S. I). S. weiterhin *Meyer* NJW 2013, 1850 ff.; *Niemöller* StV 2013, 420 ff.; *Stuckenberg* ZIS 2013, 212 ff.; *Weigend* StV 2013, 424 ff.

<sup>35</sup> Insofern setzt das Urteil tatsächlich einen „Schlusspunkt unter die Debatte“, so *Niemöller* StV 2013, 420, 424; ähnlich *Kudlich* ZRP 2013, 162. S. auch *Weigend*, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829: Hoffnung auf ein Verbot sei „illusionär“.

<sup>36</sup> So *Beulke/Stoffer* JZ 2013, 662, 673.

<sup>37</sup> Daher ist das Urteil in der Tat eine vertane Chance, so *Weigend* StV 2013, 424, 427.

<sup>38</sup> Dazu *Tsambikakis* ZHW 2013, 209, 211; *Weigend* StV 2013, 424, 426 (mit Anm. 15). Optimistisch *Kudlich* ZRP 2013, 162, 163; *Mosbacher* NZWiSt 2013, 201, 206. Zweifelnd *Meyer* NJW 2013, 1850, 1852. S. auch *Stuckenberg* ZIS 2013, 212, 219: Frage nach praktischen Folgen sei „völlig offen“.

<sup>39</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 687 (Rz. 119) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 132).

<sup>40</sup> Krit. auch *Jahn*, in: *ders./Nack* (Fn. 26), S. 7.

<sup>41</sup> Näher dazu *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom Besonderen Teil, 2013, S. 43 ff.

<sup>42</sup> Am Beispiel der Beweisverwertungsregeln *Kubiciel* GA 2013, 226 ff.

<sup>43</sup> *Scheinfeld* ZJS 2013, 296, 301. Dies immerhin erwägend *Stuckenberg* ZIS 2013, 212, 218. Umfassend zur Strafbarkeit informeller Absprachen *Erb* StV 2014, 103 ff.; *Globke* JR 2014, 9, 16 ff.

sämtliche Strafverfahren in einer angemessenen Zeit bewältigen können. Daher wird entweder eine nicht geringe Anzahl von Straftaten nicht mehr verfolgt werden können<sup>44</sup> oder die Länge der Verfahren wird erheblich zunehmen. Im erstgenannten Fall erleiden die Strafnormen einen Geltungsschaden,<sup>45</sup> im zweiten Fall bleibt der Rechtsanspruch der Beschuldigten auf eine Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist unerfüllt.<sup>46</sup>

## IV. Auflösung des Zielkonflikts

### 1. Zielrichtung: Erweiterung hybrid-konsensualer Erledigungsformen

Was ist zu tun? Welcher Weg führt aus dem Zielkonflikt? Die Forderung, es müssten mehr Stellen für Richter und Staatsanwaltschaften geschaffen werden,<sup>47</sup> dürfte auch weiterhin unerhört bleiben. Es ist kaum zu erwarten, dass die Bundesländer ihre – mit dem Greifen der sog. Schuldenbremse kleiner werdenden – finanziellen Spielräume für den Ausbau eines Verwaltungsbereiches nutzen werden, der nur wenig gesellschaftliche Aufmerksamkeit erhält und eine entsprechend geringe „politische Rendite“ verspricht. In einer solchen Situation ist in der Tat rechtspolitische Kreativität gefragt.<sup>48</sup> Denkbar ist es zum einen, Ressourcen durch eine umfassende Erneuerung des Strafverfahrensrechts freizusetzen.<sup>49</sup> Doch ist eine solche „große Lösung“ mittel – und auch langfristig nicht in Sicht.<sup>50</sup> Daher kann die Losung nur lauten: „Wir müssen mehr Konsens wagen.“<sup>51</sup> Der Gesetzgeber wird in Zukunft nicht umhinkommen, neue Formen konsensualer Verfahrensbeendigung in das deutsche Strafverfahren zu integrieren, um Staatsanwaltschaften und Gerichte zu entlasten.<sup>52</sup> Sollten Änderungen der geltenden Abspracheregelungen gegenwärtig rechts – und ver-

fassungspolitisch inopportun erscheinen, müssen andere Wege der Entlastung der Staatsanwaltschaften und Gerichte gefunden werden. Denkbare wäre es beispielsweise, das Strafbefehlsverfahren auszuweiten und zudem vorzuschreiben, dass die Gerichte auf eine Verständigung hinzuwirken haben, wenn der Beschuldigte Einspruch gegen einen Strafbefehl einlegt. Für die Verständigung in diesem Bereich ließe sich auch eine Absenkung der richterlichen Untersuchungs-, Dokumentations – und Protokollierungspflicht rechtfertigen. Denn in einer Strafsache, die mit einem Strafbefehl und also ohne Verhandlung hätte beendet werden können, ist ein Verständigungsverfahren für den Angeklagten vor allem eine zweite Möglichkeit, über den Nutzen eines beschleunigten Verfahrens (§§ 417 ff. StPO) nachzudenken. Zum Schutz des Angeklagten müsste vor allem die sog. Sanktionsschere untersagt und ein (Pflicht-)Verteidiger bestellt werden. Widerspricht der Angeklagte nach einer angemessenen Frist der Verständigung nicht, ist diese Form der Beendigung rechtsstaatlich nicht weniger tragfähig als der Strafbefehl. Rechtsmittel gegen eine bestandskräftig gewordene Verständigung sind folglich entbehrlich, so dass die Protokollierungs – und Dokumentationsanforderungen deutlich reduziert werden könnten.

### 2. Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben

Dass der Gesetzgeber nach der Entscheidung des BVerfG überhaupt noch Spielraum für die Einführung neuer Verständigungsmodelle hat, wird indes von manchen bezweifelt.<sup>53</sup> Doch lassen sich die Zweifel m.E. entkräften. Denn das BVerfG interpretiert in seiner Entscheidung lediglich das Verständigungsgesetz und weist diesbezüglich nach, dass der Gesetzgeber kein konsensuales Verfahrensmodell eingeführt habe.<sup>54</sup> Weil der Gesetzgeber eine abschließende Regelung habe schaffen wollen, sei die Gerichtspraxis der informellen Absprachen unzulässig.<sup>55</sup> Das BVerfG hält also – wie in der Untreuentscheidung – die Gesetzesanwender an, die Entscheidung des Gesetzgebers zu respektieren. Dem Gesetzgeber hat das BVerfG hingegen nicht untersagt, neue konsensuale Erledigungsformen in die Strafverfahrensordnung aufzunehmen. Es hat lediglich ausgeschlossen, die Wahrheitserforschung, Subsumtion und Strafzumessung zur „freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.“ Das Gericht dürfe nicht im Wege vertragsähnlicher Vereinbarungen über die Pflicht zur Erforschung der Wahrheit verfügen.<sup>56</sup> Das schließt zwar rein konsensuale Erledigungsformen aus, nicht aber die Einführung (weiterer) Hybridmodelle, die konsensuale Elemente mit der richterlichen Untersuchungsmaxime mischen. Anders gewendet: Der Untersuchungsgrundsatz darf nicht gänzlich abgeschafft, die Wahrheit nicht zur „freien Disposition“ der Verfahrensbeteiligten gestellt werden. Diesseits dieser roten Linien aber kann der Ge-

<sup>44</sup> Ott/Schäfer, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 15 (1996), S. 107, 122.

<sup>45</sup> Näher dazu Kubiciel ZStW 118 (2006), 44 ff.

<sup>46</sup> Zu diesem Anspruch Radtke/Hohmann/Ambos/Ziehn, StPO, 2011, § 257c Rn. 2. Vgl. auch Caspari DRiZ 2013, 6.

<sup>47</sup> Caspari DRiZ 2013, 6, 9; Malek StV 2011, 559, 565; Scheinfeld ZJS 2013, 296, 301.

<sup>48</sup> In diesem Sinne auch Erhard StV 2013, 655, 656; Meyer NJW 2013, 1850, 1852 f.; Sturm, in: Jahn/Nack (Fn. 26), S. 49, 52. Jedoch lässt sich bezweifeln, dass durch die von Meyer (a.a.O.) vorgeschlagenen Organisationsverbesserungen innerhalb der Justiz die notwendigen Ressourcen freigesetzt werden, zumal in den letzten Jahren viele Justizverwaltungen Restrukturierungen vorgenommen haben.

<sup>49</sup> Fischer NStZ 2007, 433, 435. – Ein großer, wenn auch nicht primär auf Ressourcenschonung abzielender Wurf ist der Alternativ-Entwurf Beweisaufnahme (AE-Beweisaufnahme) GA 2014, 1 ff.

<sup>50</sup> Erhard StV 2013, 655, 656 f.; Rieß StraFo 2006, 4, 14; Weigend, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829, 847.

<sup>51</sup> Dass das Festhalten am Amtsaufklärungsgrundsatz kein taugliches Mittel zur Bewältigung der steigenden Anforderungen an die Strafrechtspflege ist, meinen auch Radtke/Hohmann/Ambos/Ziehn, § 257c Rn. 2.

<sup>52</sup> S. dazu Jahn GA 2004, 272 ff.; ders. ZStW 118 (2006), 427 ff.; ders. StV 2011, 497 ff.; Vogel/Matt, in: Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer (2006), S. 391 ff. Krit. Radtke, in: Festschrift für Schreiber (2003), S. 375 ff. S. ferner Theile NStZ 2012, 666 ff.

<sup>53</sup> Beulke/Stoffer JZ 2013, 662, 664; Meyer NJW 2013, 1850, 1853. Zweifelnd auch Kudlich ZRP 2013, 162.

<sup>54</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 679 (Rz. 65) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 78). Vgl. dazu auch Niemöller StV 2013, 420 ff.

<sup>55</sup> BVerfG JZ 2013, 676 (Leitsatz 4) = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>56</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 685 (Rz. 105) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 118).

setzgeber auch nach der Entscheidung des BVerfG seine rechtspolitische Einschätzungsprärogative zur Geltung bringen.<sup>57</sup>

### 3. Konsens und Wahrheit

Wie groß der Gestaltungsspielraum ist, hängt davon ab, wie fest die „Ankerpunkte“ sind,<sup>58</sup> an die das BVerfG die konsensualen Verfahrensmodelle gebunden hat. Gemeint ist vor allem der strafprozessuale Wahrheitsbegriff. Was ist darunter zu verstehen, wenn das BVerfG sagt, „zentrales Anliegen“ des Strafprozesses soll die Ermittlung des wahren Sachverhalts sein, ohne den sich das „materielle Schuldprinzip“ nicht verwirklichen lasse.<sup>59</sup> Verweist dieser Satz auf die Korrespondenztheorie der Wahrheit? Wäre dem so, müsste der Sachverhalt, der einem Urteil oder einer anderen verfahrensbeendenden Entscheidung zugrunde gelegt wird, eine dem strafprozessualen Erkenntnisprozess vorgegebene und feststehende Realität abbilden.<sup>60</sup> Jedoch ist bereits epistemologisch zu bezweifeln, dass ein menschlicher Erkenntnisvorgang hinsichtlich eines in der Vergangenheit liegenden sozialen Geschehens die (eine) Wahrheit zu Tage fördern kann.<sup>61</sup> Zudem schränken die Beweisregeln des Strafverfahrensrechts die Erkenntnismöglichkeiten des Gerichtes erheblich ein.<sup>62</sup> Wahrheitserforschung im Strafrecht ist daher immer eine verfahrens- und regelgeleitete Annäherung an die außerprozessuale Wahrheit oder anders: eine Konstruktion strafprozessualer Wahrheit. Eine einzige Konstruktionsweise der Wahrheit in Form der umfassenden Sachverhaltsaufklärung in einer Hauptverhandlung kennt die *lex lata* nicht. So verzichtet sie bei einer Einstellung nach § 153a StPO auf jede Form des *Tatnachweises* und begnügt sich mit einem hinreichenden *Tatverdacht*.<sup>63</sup> Zwar lässt sich einwenden, die Verhängung einer Auflage sei keine Strafe i.e.S. Doch besteht zwischen beiden Formen der Übelszufügung nur ein dünner straftheoretischer Unterschied.<sup>64</sup> Aus verfassungsrechtlicher Perspektive betrachtet verschwindet der Unterschied sogar völlig, stellen sanktionsähnliche Auflage und Strafe doch rechtfertigungsbedürftige Grundrechtseingriffe dar. Dies gilt erst recht für den Erlass eines Strafbefehls, für den eine „Wahrheit nach Aktenlage“<sup>65</sup> ausreicht. Zulässig sind

beide Formen alternativer Verfahrensbeendigung, weil die Zustimmung des Beschuldigten von einem weiteren Legitimationsgrund – hinreichender Tatverdacht bzw. überzeugende Aktenlage – ergänzt wird. Insofern handelt es sich bei diesen Verfahrensbeendigungen um hybrid-konsensuale Erledigungsformen.

Die StPO enthält also neben den Regeln über die Verständigung weitere Formen auch-konsensualer Verfahrensbeendigungen.<sup>66</sup> Ferner zeigen die Beispiele, dass das Strafverfahrensrecht nicht nur verschiedene Formen der Konstruktion der prozessualen Wahrheit, sondern vor allem auch unterschiedliche Grade der Annäherung an die *außerprozessuale* Wahrheit kennt.<sup>67</sup> Was diese Formen verbindet ist der strafprozessuale Wahrheitsbegriff:<sup>68</sup> Danach gilt das strafprozessual als wahr, was unter Beachtung der jeweils einschlägigen Strafverfahrensregeln ermittelt worden ist. Dies kann das Resultat einer Beweisaufnahme oder der Akteninhalt sein, mit dem die Staatsanwaltschaft die Verhängung einer Auflage (§ 153a Abs. 1 StPO) begründet oder auf den das Gericht einen Strafbefehl (§ 408 Abs. 2, 3 StPO) stützt, wenn der Beschuldigte dieser Begründung nicht widerspricht.

Auch das BVerfG erkennt an, dass es verschiedene Wege zu einer auf Wahrheit gegründeten Entscheidung gibt. Selbst die wiederholte Anmahnung, die Wahrheit sei „bestmöglich“ zu erforschen,<sup>69</sup> lässt noch anklingen, dass die Wahrheitssuche nicht das einzige Ziel des Verfahrens und erst recht kein Selbstzweck ist. Die strafprozessuale Wahrheit ist vielmehr eine *Voraussetzung* einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege unter anderen.<sup>70</sup> Dabei impliziert die Verwendung des Relationsbegriffs „bestmöglich“ zum einen, dass keine normativen Anforderungen an die Erforschung der Wahrheit gestellt werden können, die *faktisch* nicht realisierbar sind. Weil die strafprozessuale Wahrheitssuche einen dienenden Charakter hat, d.h. eine Entscheidung im Strafverfahren ermöglichen und nicht verhindern soll, muss die Erforschung der Wahrheit Regeln folgen, welche die Kapazitäten der Strafverfolgungsbehörden und Gerichte berücksichtigen. Doch müssen die Verfahren, die zu einer Entscheidung führen, für die Gesellschaft, deren Recht wiederhergestellt werden soll, anschlussfähig sein. Die Entscheidung soll das Strafverfahren nicht nur irgendwie beenden, sondern den Rechtsfrieden (wieder)herstellen.<sup>71</sup> Daher sind bei der Beendigung von Verfahren *normative* Grundbedingungen für die Akzeptabilität der Entscheidungsgrundlage zu beachten. Die Gesellschaft kann durch eine Entscheidung ihren *Rechtsfrieden* nicht wiederhergestellt sehen, wenn

könne zu einer für den Erlass eines Strafbefehls erforderlichen Überzeugung von der Schuld führen.

<sup>57</sup> Zu dieser *Kudlich* NStZ 2013, 379; *ders.* (Fn. 21), S. 63.

<sup>58</sup> *Hettinger* JZ 2011, 292, 296.

<sup>59</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 678 (Rz. 56) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 69).

<sup>60</sup> Zur Korrespondenztheorie zuletzt *Jung* JZ 2009, 1129, 1130 f.; *Malek* StV 2011, 559, 560; *Volk*, in: Festschrift für Dahs (2005), 495, 496; *Weigend*, in: Festschrift für Rissing-van Saan, 749, 752 f. S. ferner *Krauß*, in: *Jäger* (Hrsg.), *Kriminologie im Strafprozess* (1980), S. 65 ff.; *I. Müller, Leviathan* (1977), 523 ff.

<sup>61</sup> Daran zweifelnd auch *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829, 839; *Volk*, in: Festschrift für Salger (1995), S. 411.

<sup>62</sup> *Hassemer* ZStW 121 (2009), 829, 833 f.; *Neumann* ZStW 101 (1989), 52, 60; *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 161 f.

<sup>63</sup> LR/*Beulke*, StPO, Bd. 5, 26. Aufl. (2008), § 153a Rn. 39 f.; KMR/*Plöd*, StPO, Bd. 3, 66. Lieferung (Mai 2013), § 153 Rn. 6.

<sup>64</sup> Vgl. LR/*Beulke* (Fn. 63), § 153a Rn. 2 „sanktionsähnliche“ Übelszufügung.

<sup>65</sup> *Stamp*, Die Wahrheit im Strafverfahren (1998), S. 20 f. KMR/*Metzger*, StPO, Bd. 6, 61. Ergänzungslieferung (Juli 2011), Vor § 407 Rn. 24: Die Bewertung des Akteninhalts

<sup>66</sup> *Meyer-Goßner* StV 2013, Editorial Heft 7 (S. I). Zu „konsensualen Partikeln“ im Strafverfahren *Hassemer*, in: Festschrift für Hamm (2008), S. 171, 185; s. auch *Hamm* StV 2013, 652, 652 f.

<sup>67</sup> Ähnlich *Volk*, in: Festschrift für Salger, S. 411, 418.

<sup>68</sup> *Jahn* GA 2004, 272, 279; *Weßlau* (Fn. 31), S. 14.

<sup>69</sup> BVerfG JZ 2013, 676, 679 (Rz. 59), 685 (Rz. 102, 104) = HRRS 2013 Nr. 222 (dort Rz. 72, 115, 117).

<sup>70</sup> *Jung* JZ 2009, 1129, 1130; *Neumann* ZStW 101 (1989), 52; *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 168.

<sup>71</sup> *Weigend* Harvard Journal of Law and Public Policy 26 (2003), 157, 168 ff.

das zu der Entscheidung führende Verfahren in einer Weise strukturiert ist, in der die Suche nach der Wahrheit keine Rolle mehr spielt.<sup>72</sup> Dies zwingt jedoch nicht zur Durchführung einer Hauptverhandlung. Vielmehr scheint der Gesellschaft für die Fälle kleinerer und mittlerer Kriminalität am wichtigsten zu sein, dass der Staat auf den Verdacht eines Rechtsbruchs überhaupt in einer sinnvollen Weise reagiert.<sup>73</sup> Zu diesen sinnvollen Reaktionen gehören hybride Beendigungsmodelle wie die verfahrensbeendenden Absprachen, die Einstellung unter Auflagen, das Strafbefehlsverfahren oder andere (zukünftige) Formen. Eine Grenze für die Einführung hybrid-konsensualer Modelle lässt sich in Anlehnung an *Gustav Radbruch* formulieren: Eine Ausgestaltung des Verfahrens, die das Ziel der Wahrheitserforschung nicht einmal anstrebt, ist nicht einfach nur unrichtig, sondern verfehlt Zweck und Natur eines Strafverfahrens.<sup>74</sup> Die StPO hat

<sup>72</sup> Weigend *Harvard Journal of Law and Public Policy* 26 (2003), 157, 168 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Rissing-van Saan (2010), S. 749, 751 ff.

<sup>73</sup> Frisch, in: Festschrift für Jung, S. 189, 203.

<sup>74</sup> Vgl. *Radbruch* SJZ 1946, 105, 107: „[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird (...), da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.“ – Zum Festhalten an der „Zieldefinition“ Wahrheitserforschung auf Grundlage eines prozessualen Wahrheitsverständnisses *Jahn* GA 2004, 272, 284.

diese Grenze – anders als die Praxis informeller Deals – bislang nicht überschritten.

## V. Schluss

Die Kunst des Gesetzgebers besteht nicht darin, Regeln zu entwerfen, die entweder die Wahrheitssuche optimieren oder das Strafverfahren effektiveren. Er hat vielmehr einen Kompromiss anzustreben zwischen einer effizienten Organisation der Verfahren einerseits<sup>75</sup> und dem ernsthaften „Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit“<sup>76</sup> andererseits. Daher stehen schon jetzt unterschiedliche strafprozessuale Wege zu einem „recht verstandenen Rechtsfrieden“<sup>77</sup> zu Verfügung. Der strafprozessuale Wahrheitsbegriff kennt schon heute verschiedene Erscheinungsformen. Es ist notwendig und möglich, ihm weitere Erscheinungsformen, etwa im Umfeld des Strafbefehlsverfahrens, hinzuzufügen.

<sup>75</sup> Weigend, in: Festschrift für Maiwald (2010), S. 829, 831, 845 f.

<sup>76</sup> Weigend *ZStW* 113 (2001) 271, 304.

<sup>77</sup> So *Krefß* *ZStW* 116 (2004) 172, 186; insoweit zustimmend *Duttge* (Fn. 1), 59.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Geschichten von staatlicher Komplizenschaft und evidenten Rechtsbrüchen

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2014 Nr. 163

Von Mohamad El-Ghazi, Ingeborg Zerbes\*

## I. Einführung

Die staatlich veranlasste Tatprovokation wird gemeinhin als geeignetes Mittel zur Aufklärung bestimmter Straftaten kolportiert: Verwirklicht die provozierte Person das von staatlicher Seite in Aussicht genommene Delikt (insbesondere Straftaten aus dem Bereich der Betäubungsmittelkriminalität), kann ihr jedenfalls diese Tat bestens nachgewiesen werden, denn diese Tat begeht sie geradezu vor den Augen und unter der Kontrolle der Behörden. Allerdings ist der Verzicht auf staatliche Tatanreize ebenso geeignet, Straftaten zu verhindern; ist doch die staatliche Förderung des zu diesem Zeitpunkt erst potenziellen Täters i. d. R. notwendige Bedingung für die konkrete Straftat. Anders gewendet: Die konkrete Tat wäre ohne

vorhergehende Provokation des Täters gar nicht begangen worden. Sie wird aufgeklärt, indem sie initiiert wird.

Nicht nur vor dem Hintergrund dieser Paradoxie ist die staatliche Beteiligung an Straftaten längst erkannten rechtsstaatlichen Bedenken ausgesetzt, die sich auch auf der Ebene internationaler Menschenrechtsjudikatur niederschlagen. So sieht insbesondere der EGMR die Fairness des Verfahrens tangiert und dementsprechende Grenzen gesetzt.<sup>1</sup> Auch der BGH erkennt die staatliche

\* Frau Professor Dr. Ingeborg Zerbes ist Inhaberin eines Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bremen; Dr. Mohamad El-Ghazi ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an diesem Lehrstuhl.

<sup>1</sup> Beginnend mit EGMR, Urt. v. 09.06.1998, 25829/94 (Teixeira de Castro) = *NStZ* 1999, 47 = *StV* 1999, 127 =