

# Risse im Fundament, Flammen im Gebälk: Die Strafprozessordnung nach 130 Jahren\*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Bernd Schünemann**, München

## I. Überblick

1. Als Mitherausgeber der ZIS möchte ich dem Initiator, der Seele und dem atlasgleichen Alter Ego dieser Zeitschrift, *Thomas Rotsch*, meine respektvollen Glückwünsche dazu aussprechen, dass er diese Ausgabe dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung vor 130 Jahren gewidmet hat und für den Überblicksaufsatz über ihre Entwicklung in der Bundesrepublik deren unbestritten ersten Sachkenner, *Peter Rieß*, gewinnen konnte. Indem *Rieß* nicht nur von seinem unerschöpflichen Fundus als jahrzehntelanger (zunächst) zuständiger Referent, später Abteilungsleiter im Bundesministerium der Justiz zehren, sondern auch gewissermaßen die Quersumme aus seinen sich mit so gut wie allen Themen des Strafverfahrensrechts befassenden Abhandlungen ziehen kann, hat er einen Überblick über die einschlägige Gesetzgebung der letzten 50 Jahre vorgelegt und mit den wichtigsten Beispielen richterlicher Rechtsfortbildung komplettiert, wie man ihn in dieser Verbindung von thematischem Durchblick und exemplarischer Detailanreicherung sonst nirgendwo findet. Für einen ehemaligen Spitzenbeamten des Bundesjustizministeriums besonders bemerkenswert ist, dass *Rieß* auch mit (freilich stets nobel formulierter und häufig in Andeutungen verpackter) Kritik nicht geizt, aus der man manchmal herauszuhören vermeint, dass die wichtigste Aufgabe des Abteilungsleiters zum Verfahrensrecht im Justizministerium nicht selten darin bestehen mochte, in der Gesetzgebung Schlimmeres zu verhüten. Nichtsdestotrotz fällt sein Gesamturteil über die Entwicklung des Strafverfahrensrechts, die bis zum Ende der letzten Legislaturperiode verfolgt wird, positiv aus: Es dürfte dem bundesrepublikanischen Strafverfahrensgesetzgeber gelungen sein, die StPO unter Auflösung des historisch bedingten Rückstaus in Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen zu bringen, aktuellen krisenhaften Zuspitzungen zu begegnen, die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege weiterhin zu gewährleisten und einen dem internationalen Vergleich standhaltenden Standard zu bewahren (auch wenn die Diagnose einer Krise nicht völlig fern liege und es zweifelhaft erscheine, ob der Gesetzgeber zukünftig größere Teilbereiche zu erneuern vermöge, wenngleich die soeben beendete Legislaturperiode Bereitschaft und Fähigkeit des Gesetzgebers zeige, komplexe und schwierige Vorhaben anzugehen).<sup>1</sup>

2. Diesem (freilich schon von *Rieß* selbst einschränkend formulierten) positiven Gesamturteil muss für die Zeit nach 1965 und vor allem für die jüngsten Legislaturperioden widersprochen werden. Denn der Gesetzgeber hat in der unablässigen Novellengesetzgebung, deren exorbitante Zahl und wichtigste Stationen im Beitrag von *Rieß* nachzulesen sind,

die von der Reichsstrafprozessordnung geschaffene Verfahrensstruktur vollständig zerbröckelt, was dadurch um nichts besser, sondern nur noch schlimmer gemacht wird, dass man diesen unbestreitbaren und auch im Beitrag von *Rieß* wiederholt anklingenden Befund höheren Ortes (etwa in Gestalt der von ihrer Ministerialbürokratie beratenen Bundesjustizministerin der letzten Legislaturperioden<sup>2</sup>) nicht einmal wahrgenommen hat. Anders als *Rieß* sehe ich auch den deutschen Strafprozess, wie er von der RStPO konzipiert worden war, nicht als „das Produkt einer wissenschaftlichen und kodifikatorischen Spätzeit, (das) zu einem aufs Höchste ausdifferenzierten, komplizierten und kaum noch verständlichen Rechtssystem geworden ist, dessen Akzeptanz in der Bevölkerung schwindet (und) bei dem die Leistungsfähigkeit des ihm zugrunde liegenden Prozessmodells fragwürdig ist“<sup>3</sup>, sondern als die insgesamt gelungene Integration aller wissenschaftlichen und demokratisch-rechtsstaatlichen Reformimpulse des 19. Jahrhunderts in dem den Inquisitionsprozess des gemeinen Rechts endgültig überwindenden Modell der „materiellen Wahrheitsfindung in öffentlicher, unmittelbarer-mündlicher und konzentrierter Hauptverhandlung vor einem tunlichst unbefangenen inquisitorischen Gericht unter Mitwirkung und Kontrolle durch eine mit Waffengleichheit ausgestattete Staatsanwaltschaft und Verteidigung“. Dabei waren die Rechte des Beschuldigten und seiner Verteidigung allerdings nur teilweise im Detail ausgearbeitet und im Übrigen nur umrisshaft angesprochen; ihre Präzisierung und Erweiterung ist zweifellos die bedeutendste Leistung der anschließenden 130 Jahre gewesen und auch in diesem Jahr noch fortgesetzt worden.<sup>4</sup> Keine spezifische Schwäche der RStPO, aber die jeder Kodifikation anhaftende und bis heute den zentralen Grund für die Novellengesetzgebung ausmachende Basis ihrer Vulnerabilität bestand in ihrer zwangsläufigen Orientierung an der Kriminalität des 19. Jahrhunderts, weshalb die unerhörte quantitative Zunahme des abweichenden Verhaltens, der organisierten Kriminalität und der (teilweise durch Änderungen im materiellen Strafrecht ausgelöst) Monsterprozesse Anpassungsprobleme stellten, die der Gesetzgeber der RStPO noch gar nicht bedacht und geregelt haben konnte. Die dritte Veränderungsspur, allerjüngster Provenienz, aber infolge ihrer Verfolgung durch einflussreiche Interessengruppen zunehmend häufiger begangen, zielt auf die Aufpflöpfung eines

\* Im Anschluss an den Beitrag von *Rieß*, in dieser Ausgabe S. 466; mein Text bezieht sich auf eine Entwurfsfassung vom 6.7.2009, die mir *Peter Rieß* dankenswerter Weise zur Verfügung gestellt hat, betrifft die publizierte Endfassung also nur cum grano salis.

<sup>1</sup> *Rieß*, ZIS 2009, 482.

<sup>2</sup> Zur irrigen Auffassung von *Brigitte Zypries*, das Verständigungsgesetz lasse die Grundprinzipien des Verfahrens unberührt (BT-Plenarprotokoll 16/202 S. 21845), siehe die Richtigstellung bei *Schünemann*, ZRP 2009, 106.

<sup>3</sup> *Rieß*, ZIS 2009, 482.

<sup>4</sup> In Gestalt der (im RegE der U-Haftnovelle noch nicht enthaltenen, aber vom Rechtsausschuss eingefügten) Erweiterung der notwendigen Verteidigung auf den ersten Tag der Inhaftierung – eine unbeschadet dessen verdienstliche Leistung, dass womöglich die davon erwartete Abkürzung der Verfahrensdauer das letztlich ausschlaggebende Argument gespielt hat.

vom Verletzten geführten Parteiverfahrens auf den staatlichen Strafprozess.

3. Während die erstgenannte Entwicklung (Stärkung der Subjektstellung des Beschuldigten) lange Zeit in Gesetzgebung und Rechtsprechung erfolgreich war, dominiert in jüngster Zeit bei beiden, vor allem aber bei der Rechtsprechung, eine dezidierte „roll back-Strategie“. Die zweitgenannte Entwicklung (Anpassung an die Veränderung der Kriminalitätsformen) ist vom Gesetzgeber von Anfang bis Ende unter Dominanz der staatlichen Strafverfolgungsinteressen und völlig unzulänglicher Ausbalancierung durch Gegenrechte des Beschuldigten und der Verteidigung verfolgt worden, in der letzten Phase sogar ohne Rücksicht auf jegliche Verfahrensstruktur unter Verwandlung des deutschen Strafprozesses in ein molluskenhaftes Gebilde. Ähnliches gilt für die dritte Reformspur (Ausbau der Rechtsstellung des Verletzten), weshalb – unter Berücksichtigung des zunehmend flacheren Diskussionsniveaus in Regierung und Parlament – die Gesamtentwicklung geradezu als ein Paradigma des Niederganges der deutschen Rechtskultur begriffen werden muss.<sup>5</sup> Das möchte ich nunmehr in exemplarischer Form etwas näher ausführen.

## II. Der Ausbau der Beschuldigtenrechte und deren empfindliche Kupierung in der neueren Rechtsprechung

1. Der Ausbau der Beschuldigtenrechte seit 1879 ist in dem Beitrag von *Rieß* mit Recht als eine besondere Leistung gewürdigt und mit vielen Beispielen belegt worden, so dass ich mich auf zwei ergänzende Bemerkungen beschränken kann. Die Entwicklung des erst später vom Gesetzgeber übernommenen Beweisantragsrechts in der Rechtsprechung des Reichsgerichts<sup>6</sup> ist nicht nur in dogmatischer Hinsicht herausragend, sondern bietet auch in seinen Auswirkungen den bei weitem gewichtigsten Beitrag der Rechtsprechung zu einer echten

Verfahrensbalance<sup>7</sup> in der Hauptverhandlung. Durch die Trias eines effizienten Beweisantragsrechts, des ursprünglich uneingeschränkten Rechts auf Vernehmung der von der Verteidigung geladenen und gestellten Zeugen und der richterlichen Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO war für die Hauptverhandlung ungeachtet der inquisitorischen Stellung des Gerichts ein „Eckstein der Verfahrensbalance“ geschaffen worden, der in seiner Genialität durchaus mit dem staatsrechtlichen Gewaltenteilungsgrundsatz verglichen werden kann.<sup>8</sup> Eine ähnlich großartige Leistung hat das BVerfG erbracht, indem es die den Gesetzgeber immer wieder überwältigende Versuchung, im Zuge des Erlasses von Gesetzen zur „Bekämpfung“ der organisierten Kriminalität oder des Terrorismus<sup>9</sup> in polizeistaatliche Methoden zurückzufallen, entschieden zurückgewiesen hat. Weil diese Judikatur und ihre Auswirkungen eine eigene Monographie, mindestens aber eine umfangreiche Abhandlung erfordern würden,<sup>10</sup> kann ich darauf hier nicht näher eingehen und möchte mich deshalb auf den Zusatz beschränken, dass die vom BVerfG faute de mieux dekretierten Heilmittel (Verwertungs- oder gar Verwendungsverbote oder die Beschränkung der Anordnungscompetenz auf Richter, meistens den Ermittlungsrichter) zur Herstellung einer Verfahrensbalance nur eingeschränkt tauglich sind. Denn die Kontrolle durch den Ermittlungsrichter bringt die Sachbehandlung nicht aus dem durch Inquisitionsprinzip und innerbehördliche Kontakte bestimmten Umfeld heraus und hat sich deshalb als wenig wirkungsvoll erwiesen,<sup>11</sup> während Verwertungsverbote in ihrer psychologischen Wirkung schwer kontrollierbar sowie durch Surrogatermittlungen leicht ausmanövrierbar sind und schließlich Verwendungsverbote<sup>12</sup> in einem auf die Ermittlung der materiellen Wahrheit gerichteten Prozess im Grunde über das Ziel hinausschießen. Das vom BVerfG bei der Domestizierung der Zwangsmittel des Überwachungsstaates verwendete, quasi punktuelle Instrumentarium wird deshalb zukünftig bereits hier, erst recht aber bei der anschließend zu betrachtenden Auflösung der Hauptverhandlungsstruktur zu einer institutsumfassenden Perspektive erweitert werden müssen,

<sup>5</sup> Von dem Titel meiner Streitschrift über „Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur“, 2005, habe ich deshalb nichts zurückzunehmen, denn der Niedergang ist ein Wetterzeichen vom Untergang, und wenn man die an den Grundsatzfragen vollständig vorbeilaufende Bundestagsdebatte zum Verständigungsgesetz liest (dazu *Schünemann*, ZRP 2009, 104) oder die an zahllosen Stellen die Forderungen von Opferschutzverbänden ohne Rücksicht auf die daraus folgende und rechtsstaatlich nicht hinnehmbare Schwächung der Beschuldigtenrechte schlicht übernehmenden, gleich lautenden Gesetzesentwürfe von Bundesregierung und Regierungsfractionen des 2. Opferrechtsreformgesetzes (BT-Drs. 16/12098 und 12812), so lässt sich der auch im Beitrag von *Rieß* notierte Befund nicht leugnen, dass die Novellengesetzgebung inzwischen weithin ohne Kontakt mit den durch ihren Inhalt aufgeworfenen Grundsatzfragen agiert.

<sup>6</sup> Dazu *Engels*, Die Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO, 1979, S. 24 ff.; *Wißgott*, Das Beweisantragsrecht im Strafverfahren, 1998, S. 81 ff.; *Schatz*, Das Beweisantragsrecht in der Hauptverhandlung: Reformgeschichte und Reformproblematik, 1999, S. 83 ff.

<sup>7</sup> Ich verstehe unter diesem Begriff das regulative Prinzip zur Sicherstellung des Rechts der Verteidigung, die Ermittlung der materiellen Wahrheit und der für den Beschuldigten sprechenden Gesichtspunkte auch gegen einen Missbrauch der inquisitorischen Stellung des Gerichts (namentlich des Vorsitzenden) durchzusetzen.

<sup>8</sup> Dazu näher *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 45 Rn. 6, 41.

<sup>9</sup> Ob darin nicht nur in der Wortwahl, sondern auch in der Sache die von *Günther Jakobs* entwickelte Konzeption des Feindstrafrechts zu spüren ist, kann hier nicht weiter untersucht werden, würde das Ganze aber nicht besser machen, im Gegenteil.

<sup>10</sup> Die ausführliche Darstellung von *Niemöller/Schuppert*, AöR 107 (1982), 387 liegt schon lange zurück.

<sup>11</sup> Dazu näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 9 Rn. 26, § 29 Rn. 25.

<sup>12</sup> Zu dieser Unterscheidung näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 24 Rn. 21 f. und 63 f.

wenn das BVerfG seine von ihm ersichtlich ernst genommene Aufgabe zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips im Strafverfahren effektiv erfüllen will.

2. Das im Beitrag von Rieß gezeichnete Bild der kontinuierlichen Verbesserung der Rechtsstellung des Beschuldigten bleibt freilich unvollständig, wenn man die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes außer Acht lässt, die häufig ohne Anhalt im Gesetz, teilweise unter Aufgabe einer anders lautenden ständigen, Jahrzehnte oder gar ein Jahrhundert alten Rechtsprechung die Rechtsposition des Beschuldigten geschwächt oder mit Hilfe von Fußangeln, denen der Beschuldigte schon gar nicht und selbst sein Verteidiger nur manchmal auszuweichen vermag, praktisch teils mehr, teils weniger entwertet hat. Zwar wäre es übertrieben, von einer exklusiven Tendenz des BGH in diese Richtung zu sprechen, denn es finden sich immer wieder auch Urteile, die dem Beschuldigten in der Vergangenheit verweigte Rechte nunmehr zuerkennen.<sup>13</sup> Per Saldo überwiegt aber deutlich die Einschränkung und Entwertung, die sich in dreifacher Intensität vollziehen kann: entweder, indem ein die Verfahrensbalance verletzendes Fehlverhalten der Strafverfolgungsorgane nur mit wenig effektiven Rechtsfolgen belegt wird („Abschwächung“); oder, indem die Rechte des Beschuldigten zwar nicht beseitigt, aber mit so gravierenden und komplizierten Obliegenheiten verknüpft werden, dass ihre Ausübung in zahlreichen Fällen scheitern muss („Aushöhlung“); oder schließlich, indem ein in der früheren Rechtsprechung anerkanntes Recht beseitigt wird („Abschaffung“).

a) Das Patentrezept des BGH für die *Abschwächung* von Kautelen heißt „Strafzumessungslösung“. Sie wird bei so unterschiedlichen Konstellationen wie überlanger Verfahrensdauer, unzulässiger Tatprovokation oder (hier freilich innerhalb des BGH umstritten) fehlender Benachrichtigung des für einen ausländischen Beschuldigten zuständigen Konsulats angewendet.<sup>14</sup> Eine die einzelnen Anwendungsfälle analysierende Kritik kann hier naturgemäß nicht ausgeführt, doch kann das Gesamturteil gewagt werden, dass die Strafzumessungslösung in der Rechtsprechung stark überstrapaziert wird. Warum die unterlassene Benachrichtigung eines Konsulats in einem sei es an der Tatschuld, sei es an Präventionsbedürfnissen orientierten Strafrecht zu einer Strafmilderung führen soll, ist nicht recht nachvollziehbar. Und bei der unzulässigen Tatprovokation verbrämt die Strafzumessungslösung nur die Rechtsstaatswidrigkeit des ganzen Instituts, bei dem der Staat Straftaten hervorruft, um sie zu bestrafen, und damit geradezu „idealtypisch“ die rechtsstaatlich unerträgliche These des Feindstrafrechts realisiert, selbst mit einem nur vermuteten Feind dürfe der Staat alles machen, was ihm zweckmäßig erscheine.

<sup>13</sup> Nachweise bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 3 Rn. 16 f.

<sup>14</sup> Nachweise zur Rechtsprechung zur überlangen Verfahrensdauer bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 16 Rn. 9 ff., zur Tatprovokation § 37 Rn. 7, zur Nichtanrufung eines Konsulats § 24 Rn. 35. In diesen Zusammenhang gehört prinzipiell auch die Rechtsprechung des BGH zur Abschwächung von Beweisverboten, vgl. die Kategorienbildung bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 24 Rn. 30.

b) Der bemerkenswerte Erfindungsreichtum des BGH bei der *Aushöhlung* von Verfahrensrechten ist bereits im Beitrag von Rieß angesprochen worden, nämlich unter der nicht unzutreffenden, aber etwas verharmlosenden Qualifikation als Begründung einer „Mitverantwortung der Verteidigung für das Verfahren“<sup>15</sup>. Ich nenne exemplarisch die sog. Widerspruchslösung, wonach eine bis heute nicht intensional definierte oder extensional umrissene Zahl von Verfahrensfehlern folgenlos bleiben soll, wenn die Verteidigung der Verwertung des fehlerhaften Beweismittels in der Hauptverhandlung nicht ausdrücklich und unter Angabe von Gründen widersprochen hat.<sup>16</sup> Als nächstes die Einschränkung des Beweis-antragsrechts durch die Forderung einer sog. Konnexität, deren Begriff mir bis heute nicht recht verständlich geworden ist und die unter anderem als Vehikel zur Begründung der vom Gesetz gerade nicht geforderten Obliegenheit dient, dass der Antragsteller eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür substantiiert, dass die von ihm begehrte Beweiserhebung auch das von ihm benannte Ergebnis haben wird.<sup>17</sup> Als letztes Beispiel möchte ich die Rechtsprechung zu § 344 Abs. 2 StPO anführen, wonach eine zulässig erhobene Verfahrensrüge auch sämtliche sog. Negativtatsachen vortragen muss, also dass es nicht etwa irgendwelche Vorkommnisse gegeben habe, durch die der an sich vorgekommene und gerügte Verfahrensfehler wieder geheilt wurde.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung zur Widerspruchslösung setzt damit die alte Judikatur zur Verwirkung von Verfahrensrügen bei Nichtanrufung des Gerichts gem. § 238 Abs. 2 StPO fort und ist folglich den gleichen Einwänden ausgesetzt; außerdem verteilt sie damit die Verantwortung für Verfahrensfehler krass anders, als es der Strafprozessordnung entspricht: Selbstverständlich trägt das erkennende Gericht die Verantwortung dafür, Verfahrensfehler zu vermeiden und sein Urteil nicht auf unverwertbare Beweise zu gründen; und nach ihm ist der Staatsanwalt als „Wächter des Gesetzes“ damit beauftragt.<sup>19</sup> Wenn der Verteidiger in fairer Weise einbezogen werden sollte, stünde es dem Vorsitzenden ja frei, ihn nach seinem Einverständnis zu befragen, so wie dies seit alters her etwa in der Formel „Der Zeuge wurde in allseitigem Einverständnis entlassen“ prakti-

<sup>15</sup> Rieß, ZIS 2009, 474.

<sup>16</sup> Nachweise zur Rechtsprechung zur Widerspruchslösung bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 11 Rn. 11, § 24 Rn. 34 ff., 43; § 44 Rn. 18.

<sup>17</sup> Dazu die Nachweise bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 45 Rn. 10.

<sup>18</sup> Nachweise bei Roxin/Schünemann (Fn. 8), Strafverfahrensrecht, § 55 Rn. 47.

<sup>19</sup> Zwar ist durch die Forschungen von Collin („Wächter des Gesetzes“ oder „Organ der Staatsregierung“?, 2000) mittlerweile aufgeklärt worden, dass dieses berühmte Zitat aus dem Promemoria von Savigny durchaus keinen so dezidiert rechtsstaatlichen Hintergrund hatte, wie es wirkt, denn die Einführung der Staatsanwaltschaft sollte dem preußischen König vor allem einen Einfluss auf die Rechtsprechung der als unzuverlässig eingeschätzten Gerichte sichern. An der heutigen Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft als auf Recht und Gesetz verpflichtete Justizbehörde ändert das aber nichts.

ziert wurde. Durch die Rechtsprechung zur Widerspruchslösung wird das Gericht dagegen geradezu motiviert, auf die Unachtsamkeit der Verteidigung zu spekulieren, was in einem fairen Strafverfahren nicht rechtens sein kann. Die Forderung der Konnexität läuft darauf hinaus, über die gesetzlichen Voraussetzungen eines zulässigen und begründeten Beweisanspruches hinaus dessen weitere Plausibilisierung quasi nach dem Muster einer Miniatur-Aufklärungsrüge zu verlangen, was allenfalls dem Gesetzgeber zustünde. Auch die Forderung des Vortrags von Negativtatsachen bei der Verfahrensrüge ist mit dem Gesetzeswortlaut nicht zu vereinbaren, weil § 344 Abs. 2 StPO nun eben nur den Vortrag der den Mangel begründenden, nicht aber der Nichtexistenz etwaiger den Mangel heilender Tatsachen verlangt und weil der spezifische Aufbau des Revisionsverfahrens mit einer hier ausnahmsweise vom Gesetz anerkannten Gegenpartei (§ 347 StPO) direkt darauf verweist, dass etwa zu Unrecht in der Revisionsbegründung übergangene Tatsachen vom Revisionsgegner vorzutragen sind – von den jeder Praktikabilität des Revisionsverfahrens Hohn sprechenden Konsequenz der BGH-Judikatur ganz abgesehen, dass der Revisionsführer gezwungen wird, eine im vorhinein gar nicht exakt kalkulierbare Anzahl von Negativtatsachen vorzutragen und damit die Revisionsbegründung unsinnig aufzublähen.

Die über die einzelne Konstellation hinausweisende Bedeutung dieser Aushöhlungs-Judikatur liegt darin, dass sie die gesetzlichen Möglichkeiten zur Kontrolle des Tatrichters enorm abgeschwächt hat, obwohl allein hierin angesichts der inquisitorischen Struktur der Hauptverhandlung und der starken Vorbeeinflussung der berufsrichterlichen Mitglieder des erkennenden Gerichts durch die Kenntnis der Ermittlungsakten und den vorangegangenen Eröffnungsbeschluss nicht nur eine faire Ausbalancierung, sondern auch eine hinreichende Garantie für die Wahrheitsfindung gefunden werden kann. Wie es der mir vielfältig bezeugten Berufserfahrung der Verteidiger entspricht und in einer Reihe von mir durchgeführter Experimente eindrucksvoll bestätigt wurde,<sup>20</sup> wird beim Richter durch die Lektüre der Ermittlungsakten und die Fassung des Eröffnungsbeschlusses der in der Sozialpsychologie sog. Inertia- oder Urteilsperseveranz-Effekt ausgelöst, kraft dessen die in der Hauptverhandlung erhobenen Informationen systematisch in Richtung auf den Akteninhalt verzerrt verarbeitet werden. Und dieser Akteninhalt ist wiederum in doppelter Weise zu Lasten des Beschuldigten verzerrt (in der Sprache der Informationstheorie weist er einen „bias“ auf), weil er meistens vollständig, zumindest aber zum allergrößten Teil von den Strafverfolgungsbehörden beschickt und gestaltet wird und weil die polizeilichen Vernehmungsprotokolle, die (von Wirtschaftsstraftaten abgesehen) den zentralen oder sogar alleinigen Aktenbestandteil bilden, nach gesicherter empirischer Erkenntnis nicht wie eine Fotografie das wirkliche Erinnerungsbild des Zeugen wiedergeben, sondern ein Interaktionsprodukt des Zeugen und des Ermittlungsbeamten darstellen und deshalb inhaltlich stark von den Ermittlungshypothesen des Vernehmungsbeamten beeinflusst

werden.<sup>21</sup> Eine Hauptverhandlung, in der die Verteidigung nicht durch eine sachgemäße Wahrnehmung ihrer Rechte diesen nach der deutschen Verfahrensstruktur unvermeidbaren Urteilsperseveranz-Effekt zu kompensieren vermag, kann deshalb per definitionem nicht den Anspruch erheben, die materielle Wahrheit zu finden, und verfehlt deshalb das fundamentale Ziel jedes rechtsstaatlichen Strafverfahrens.<sup>22</sup> Es mag verständlich sein, dass die vielfach überlasteten Richter der Strafsenate des Bundesgerichtshofes bei der Entwicklung der Aushöhlungs-Rechtsprechung für eine Beschäftigung mit solchen Fragen keine Zeit hatten, aber das gilt nicht für das Bundesjustizministerium bei der Vorbereitung der Novellengesetzgebung, durch die der Urteilsperseveranz-Effekt nämlich ganz wesentlich verstärkt worden ist: Während die Schöpfer der Reichsstrafprozessordnung in genialer Antizipation dieses damals noch nicht wissenschaftlich erforschten Effekts angeordnet hatten, dass das Gericht der Hauptverhandlung nicht mit dem Eröffnungsgericht identisch sein und insbesondere der Berichterstatter des Zwischenverfahrens nicht an der Hauptverhandlung mitwirken dürfe,<sup>23</sup> hat die im Beitrag von Rieß dargestellte, aus den (vorgeschützten?) Engpässen der Wiedervereinigung geborene, dann aber permanent verlängerte Reduzierung der berufsrichterlichen Strafkammerbesetzung auf zwei in der Großen Strafkammer und einen in der Berufungsstrafkammer in der Hauptverhandlung keinen vom Inertia-Effekt freien Richter mehr übrig gelassen.

c) Als Beispiel für die *Abschaffung* von Rechten durch die neuere Rechtsprechung des BGH ist bereits im Beitrag von Rieß die Entscheidung des *Großen Senats* zur Aufhebung des in § 274 StPO eigentlich deutlich ausgesprochenen und seit RGSt 2, 76 auch in der Rechtsprechung anerkannten sog. Verbots der Rügeverkümmern<sup>24</sup> angeführt worden. Dass diese Entscheidung unrichtig, vielleicht sogar verfassungswidrig<sup>25</sup> ist, entspricht der h.L. und ist auch von mir schon

<sup>21</sup> Dazu Wulf, Strafprozessuale und kriminalpraktische Fragen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung auf der Grundlage empirischer Untersuchungen, 1984; Gundlach, Die Vernehmung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, 1984; Banscherus, Polizeiliche Vernehmung. Formen, Verhalten, Protokollierung, 1977. Zur psychologischen Überforderung der Polizei, wenn sie bei dem Versuch, den Hauptverdächtigen zu überführen, gleichermaßen die Entlastungsgesichtspunkte zur Geltung bringen soll, siehe Schünemann, Kriminalistik 1999, 74 (148 f.).

<sup>22</sup> Näher Schünemann, in: Weßlau u.a. (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag, 2008, S. 555; ders., in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat – 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, S. 827.

<sup>23</sup> Vgl. dazu wie auch zur Reduzierung dieser Garantie durch die Emmingersche Notverordnung Schünemann, ZStW 114 (2002), 1 (10) Fn. 39.

<sup>24</sup> BGHSt 51, 298.

<sup>25</sup> Anders mit knapper Mehrheit das BVerfG in NJW 2009, 1469.

<sup>20</sup> Dazu näher Schünemann, StV 2000, 159 ff.

anderweitig begründet worden.<sup>26</sup> An dieser Stelle will ich nur auf das doppelte Missverhältnis hinweisen, welches sich daraus ergibt, dass die absolute Beweiskraft des Protokolls in den meisten Fällen ja gegen den Revisionsführer ausschlägt und dass der BGH, wie bereits erwähnt, an die Ausführung der Verfahrensrüge rigideste Anforderungen stellt und keine Nachbesserungen zulässt, während er sie dem Richter gewährt.

### III. Die Degradierung des Beschuldigten zum Verfahrensobjekt durch die Vergeheimdienstlichung des Ermittlungsverfahrens und den dramatischen Ausbau der Grundrechtseingriffe

1. Die enormen, geradezu auf mehrere Quantensprünge hinauslaufenden Veränderungen des Ermittlungsverfahrens gegenüber der Reichsstrafprozessordnung sind im Beitrag von *Rieß* in äußerst instruktiver Verdichtung beschrieben worden. Sie lassen sich in drei verschiedene Rubriken einordnen, in die Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens, in dessen Vergeheimdienstlichung und in die kontinuierliche Vermehrung der Grundrechtseingriffe, namentlich (und sich insoweit mit der zweiten Rubrik überschneidend) durch die Ausnutzung elektronischer Ausforschungs- und Überwachungsmethoden.

2. Die *Verpolizeilichung* hat sich vor allem in der Verfahrenswirklichkeit vollzogen und scheint auf den ersten Blick die am wenigsten gravierende, mehr technische Veränderung zu sein,<sup>27</sup> weshalb die Eigenleistung des Gesetzgebers auf diesem Gebiet vor allem in der (offenbar feminolinguistischen Erwägungen zu verdankenden) Umbenennung von „Hilfsbeamten“ in „Ermittlungspersonen“ besteht. Aber so einfach liegen die Dinge nicht, denn die Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens bedeutet wegen der weitgehenden Verschmelzung von operativ-präventiver und repressiver polizeilicher Tätigkeit eine (weitere) Schwächung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, die sich durch den Zuwachs der den Inertia-Effekt auslösenden polizeilichen Vernehmungsprotokolle bis in die gerichtliche Phase hinaus auswirkt. Zwar hat der Gesetzgeber versucht, den Beweistransfer aus anderen polizeilichen Verfahren nach dem Prinzip des hypothetischen Ersatzeingriffs rechtsstaatlich einzugrenzen.<sup>28</sup> Aber das ändert nichts daran, dass die Polizei das Monopol der Selektion besitzt, deren Ausübung selbst bei strengster Objektivität des Ermittlungsbeamten den Beschuldigten von solchen Informationen ausschließt, deren entlastende Bedeutung möglicherweise nur er selbst erkennen kann. Ferner sprechen gute Gründe dafür, dass der durch ohne Mitwirkung der Verteidigung aufgenommene Vernehmungsprotokolle ausgelöste „bias“ bei Polizeiprotokollen relativ stärker als bei staatsanwaltschaftlichen Protokollen ist, weil die Polizei in der von ihr beherrschten Phase des Ermittlungsverfahrens zur

Bildung von Tatablaufs- und Detailhypothesen schon deshalb gezwungen ist, weil allein auf diesem Wege ein optimaler Ressourceneinsatz ermöglicht wird. Die zunehmende Beherrschung des Ermittlungsverfahrens durch die Polizei hätte deshalb den Gesetzgeber veranlassen müssen, zum Ausgleich auch die Kontrollposition der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu verstärken. Derartige Überlegungen sind unter der Bundesjustizministerin *Däubler-Gmelin* tatsächlich angestellt worden,<sup>29</sup> unter ihrer Nachfolgerin aber leider in der Versenkung verschwunden.

3. Die *Vergeheimdienstlichung* des Ermittlungsverfahrens mit dem Lockspitzel, dem großen Lauschangriff und der Online-Durchsuchung von Computern als *Speerspitzen*<sup>30</sup> hat nicht nur zu einer gewissermaßen ordinären Steigerung der Ohnmacht des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren geführt, sondern bedeutet auch in manchen Einzelmaßnahmen und erst recht in der Gesamtheit seine erneute Degradierung zum bloßen *Objekt* des Strafverfahrens, was bekanntlich den fundamentalen Vorwurf gegen den alten Inquisitionsprozess ausgemacht hat. Natürlich kann die Prozesssubjektstellung des Beschuldigten nicht bedeuten, dass seine Persönlichkeitsphäre mit der Konsequenz der Erfolglosigkeit zahlreicher Ermittlungsverfahren sakrosankt ist. Aber durch die in der Rechtsprechung von BVerfG und BGH verwendete Formel vom „unantastbaren Kernbereich der Person“<sup>31</sup> ist im Prinzip ein Bereich anerkannt, in dem eine unerträgliche Degradierung des Beschuldigten zum bloßen Verfahrensobjekt vorliegt. Und man kann durchaus noch einen Schritt weitergehen und in systematischer Hinsicht die gesamte Benutzung des Beschuldigten als eines bloßen Augenscheinsobjekts als eine Degradierung zum Objekt qualifizieren, die dann und nur dann (von den erwähnten Ausnahmefällen abgesehen) als passageres Phänomen rechtsstaatlich hinnehmbar ist, wenn innerhalb der Maßnahme die Subjektstellung des Beschuldigten durch Ersatzmaßnahmen aufrecht erhalten und der Beschuldigte auf diese Weise nicht „nur“ als Objekt betrachtet und unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt wird. Der Gesetzgeber und auch das BVerfG haben dagegen einen Schutz des Beschuldigten bisher nur in zweifacher Weise in Erwägung gezogen, nämlich durch eine quasi materiellrechtliche Beschränkung der Anordnungsvoraussetzungen und durch einen Richtervorbehalt für die Anordnung der Maßnahme. Aber von der bereits erwähnten Unzulänglichkeit der ermittlungsrichterlichen Kontrolle ganz abgesehen, trägt der

<sup>26</sup> In GA 2008, 314, 319 f.; *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 51 Rn. 11.

<sup>27</sup> Dazu im einzelnen *Schünemann*, *Kriminalistik* 1999, 74, 146.

<sup>28</sup> Siehe die §§ 161 Abs. 2 S. 1, 477 Abs. 2 S. 2 und zu den verbleibenden Problemen *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 24 Rn. 18, 27 und § 39 Rn. 23.

<sup>29</sup> Es kam sogar zu von der Bundesregierung beschlossenen „Eckpunkten“, siehe dazu *Schünemann*, *ZStW* 114 (2002) 1, (38 ff.); *ders.*, *StraFo* 2004, 293 (294).

<sup>30</sup> Wobei die Online-Durchsuchung von Computern noch nicht in die StPO aufgenommen worden ist, so dass die Ergebnisse einer nach § 20k BKAG durchgeführten Online-Durchsuchung wegen § 161 Abs. 2 StPO im Strafverfahren nicht direkt verwertet, sondern nur nach dem Spurenansatz zu weiteren Ermittlungen führen können (s. BVerfG *NJW* 2005, 2766; *Puschke/Singelstein*, *NJW* 2008, 117; *Roxin/Schünemann* [Fn. 8], § 39 Rn. 23).

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 109, 279; 113, 348; BGHSt 50, 206 (Selbstgesprächsfall).

Richtervorbehalt nicht zur Wiederherstellung der Subjektstellung des Beschuldigten bei. Es muss deshalb nach adäquaten Aushilfsmaßnahmen gesucht werden, die in einer Kompensation der gerade durch die geheimdienstlichen Maßnahmen erzeugten Unmündigkeit des ausspionierten Beschuldigten bestehen müssen. Eine derartige quasi organische Kompensation ist besonders dann unverzichtbar, wenn es später zu einer Aburteilung ohne echte Hauptverhandlung und damit ohne die nur in ihr besonders ausgeprägte Respektierung der Subjektstellung des Beschuldigten kommt. Ich werde deshalb auf die geeigneten Abhilfemaßnahmen zurückkommen, nachdem ich die Zurückdrängung, Aushöhlung und weitgehende praktische Abschaffung der Hauptverhandlung durch die Entwicklung der letzten Jahrzehnte behandelt habe. Um die vom Gesetzgeber verabsäumten Kompensationen für die Verheimlichung des Ermittlungsverfahrens und die Eskalation der Grundrechtseingriffe im Zusammenhang darzustellen, werde ich dann auch auf den zweiten, selbständigen Komplex von Versäumnissen eingehen, die sich der Gesetzgeber bei dem einseitig die Strafverfolgung begünstigenden Umbau des Ermittlungsverfahrens hat zu Schulden kommen lassen: nämlich den Einsatz der modernen Kontrolltechnologien, die den Verfolgungsbehörden regelmäßig pünktlich nach ihrer technischen Verfügbarkeit auch rechtlich zur Verfügung gestellt wurden (mit der gegenwärtig noch existierenden Ausnahme der Online-Durchsuchung von Computern), auch zur Vermeidung unnötiger Belastungen des Beschuldigten. Ohne diesen zweiten Schritt, der bis heute mit allerlei Finten vermieden wurde, muss der Umbau des Ermittlungsverfahrens schlicht als reine Missachtung des fair trial qualifiziert werden.

#### IV. Die gesetzlichen Maßnahmen zur Entwertung, Aushöhlung und weitgehenden Abschaffung der Hauptverhandlung nach dem Konzept der RStPO

1. a) Wie schon eingangs erwähnt, bestand das zentrale Strukturprinzip der Reichsstrafprozessordnung als Ergebnis der übrigens auch in rechtsvergleichender Hinsicht maßstabbildenden strafprozesswissenschaftlichen Diskussion des 19. Jahrhunderts und auf der Basis des Verfahrensziels der materiellen Wahrheitsfindung in der Ausgestaltung der öffentlich-mündlich-unmittelbaren Hauptverhandlung vor einem inquisitorisch tätigen Gericht unter waffengleicher Mitwirkung und Kontrolle durch Verteidigung und Staatsanwaltschaft. Dass diese quasi dialektische Überwindung und Verbindung des alten Inquisitionsverfahrens und des angloamerikanischen Parteiprozesses eine geniale Intuition bedeutete, zeigen die modernen Erkenntnisse der Informationspsychologie. Denn sowohl das inquisitorische als auch das adversatorische Modell der Wahrheitsfindung beschreiben notwendige, aber für sich allein nicht hinreichende Bedingungen dafür, dass man den am Ende der Verhandlung vom Richter für feststehend erklärten Sachverhalt als materielle Wahrheit bezeichnen darf: Außerhalb der mit den exakten Methoden der empirischen Naturwissenschaften gewonnenen Erkenntnis, die aber als Voraussetzung eines Strafurteils nur in seltenen Fällen ausreicht und zumeist nur Teilaspekte des für die Subsumtion benötigten historischen Sachverhalts abdeckt, kann man nur

unter der Voraussetzung von der Ermittlung der materiellen Wahrheit in einem pragmatisch-gesellschaftlichen Sinn sprechen, dass alle verfügbaren Erkenntnismittel ausgeschöpft worden sind<sup>32</sup> und dass die über das Ergebnis entscheidende Instanz nicht aufgrund eines zuvor begründeten „Bias“ einer tendenziell einseitigen Informationsverarbeitung erliegt.<sup>33</sup> Indem nun die RStPO einerseits durch die inquisitorische Stellung des Richters und die ihn treffende Aufklärungspflicht und andererseits durch die Mitwirkungsrechte von Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem/Verteidigung eine optimale Garantie dafür zu schaffen versuchte, dass alle relevanten Gesichtspunkte zur Sprache kämen und alle eventuell relevanten Beweismittel erhoben würden, wurde die erstgenannte Bedingung der Wahrheitsfindung optimal verwirklicht; und indem gegen den Inertia-Effekt bereits auf der Ebene der Gerichtsbesetzung eine gewisse Vorsorge getroffen und durch die Waffengleichheit in der Hauptverhandlung eine Kompensation gesucht wurde, war jedenfalls im Ansatz eine Kompromisslösung entwickelt worden, die die Ermittlung der materiellen Wahrheit so weitgehend wie möglich sicherstellte. Manipulationen zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten sollte durch das Öffentlichkeitsprinzip vorgebeugt werden; und die Prinzipien der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit sollten dagegen schützen, dass wichtige Entscheidungsparameter außerhalb der Hauptverhandlung und damit außerhalb der Einwirkungs- und Kontrollkompetenz der Verfahrensbeteiligten blieben. Schließlich sollte die Konzentrationsmaxime sicherstellen, dass das Urteil wirklich auf dem unmittelbaren Eindruck der Hauptverhandlung beruhte und nicht (wegen der anderenfalls notwendig insuffizienten Gedächtnisleistung des Gerichts) letztlich doch auf die Ermittlungsakten oder auf apokryphe, den Prozessbeteiligten nicht zur Kontrolle zugängliche interne Notizen der Richter gestützt würde.

b) Freilich stieß dieses Modell insoweit an die Grenzen seiner Realisierbarkeit, wie die sog. Monsterprozesse (heute im Justizjargon „Umfangungsverfahren“), die im Prinzip auch dem 19. Jahrhundert (in Gestalt der sog. Polenprozesse oder komplizierter Konkursstrafverfahren) und erst recht den 20er Jahren des 20. Jahrhunderts nicht völlig fremd gewesen waren, jedenfalls im Wirtschaftsstrafrecht den Alltag der Strafjustiz zu prägen begannen. Es war also eine Reaktion auf die Veränderung des materiellen Strafrechts und die gesellschaftlichen Veränderungen im Bereich des abweichenden Verhaltens, die den Gesetzgeber in der im Beitrag von Rieß dargestellten „reaktiven Politik“ nach und nach zu Eingriffen in

<sup>32</sup> Auf eine ausführliche Rechtfertigung dieses sozialen Begriffs der materiellen Wahrheit muss an dieser Stelle ebenso verzichtet werden wie auf eine Präzisierung seines Verhältnisses zur sog. Konsensustheorie der Wahrheit von *Habermas*; zu der Unfähigkeit des amerikanischen Modells, dieses Erfordernis zu erfüllen, siehe *Schünemann* (Fn. 22), DAV, S. 555.

<sup>33</sup> Hier liegt die Stärke des amerikanischen Strafverfahrens (siehe Fn. 32) gegenüber dem deutschen Modell, das von seiner Struktur zunächst einmal den Inertia-Effekt einkalkulieren und nach dessen Kompensation suchen muss.

das Hauptverhandlungsmodell der RStPO bewogen hat, wobei man abermals eine Trias von Abschwächung, Aushöhlung und Abschaffung der tragenden Prinzipien unterscheiden kann.

2. Die *Abschwächungen* beim Unmittelbarkeits- und damit eng verbundenen Mündlichkeitsprinzip sind im Beitrag von Rieß dargestellt und dahin gewürdigt worden, „dass der Gesetzgeber weitgehend an der durch die traditionellen Prozessmaximen geprägten Struktur des Verfahrens äußerlich festhält, sie aber in ihrer Bedeutung in Frage stellt oder aushöhlt.“<sup>34</sup> Schon diese Abschwächung, erst recht aber die „im Schrifttum mit diskussionswürdigen Gründen [empfohlene] Aufgabe“<sup>35</sup>, stellt aber natürlich gebieterisch die Frage, was denn gleichzeitig als Kompensation für die damit verbundene Abschwächung der Wahrheitsfindungsgarantien und der Rechtsstellung der Verteidigung (die ja nur in der Hauptverhandlung Waffengleichheit besitzt) angeboten werden kann. Der Gesetzgeber hat dieses Problem teilweise erkannt wie etwa bei der Ersetzung einer Zeugenvernehmung durch die Vorführung der Videoaufzeichnung einer früheren richterlichen Vernehmung, die nur zulässig ist, wenn sowohl der Angeklagte als auch sein Verteidiger Gelegenheit hatten, an der Vernehmung mitzuwirken (§ 255a Abs. 2 S. 1 StPO a.E.). Von einer systematischen Kompensation ist die Novellengesetzgebung aber weit entfernt, und in der durch das 1. JuMoG eingeführten Vorschrift des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO sind nunmehr auch Protokolle und schriftliche Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen für verlesbar erklärt worden – eine Regelung, die das Reichsgericht bereits in einer seiner frühesten Entscheidungen verworfen hatte (RGSt 2, 301), die die Gefahr der suggestiven Beeinflussung der Schöffen durch die Verlesung von Ermittlungsberichten der Strafverfolgungsbehörden ignoriert und eine klare Verletzung des in Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantierten sog. Konfrontationsrechts darstellt.<sup>36</sup>

3. Bei der Konzentrationsmaxime ist das Stadium der Abschwächung weit überschritten und zumindest das Stadium der *Aushöhlung* erreicht. Auch Rieß spricht davon, dass es sich „[nicht mehr vertreten lässt,] dass die durch § 229 StPO in seiner gegenwärtigen Fassung ermöglichten Zeiträume für die Hauptverhandlungsunterbrechung noch mit der Konzentrationsmaxime gerechtfertigt werden könne, die diese Bestimmung legitimiert“<sup>37</sup>. Ich pflichte dieser Feststellung vollständig bei und meine, dass man nach einer sorgfältigen Lektüre des § 229 StPO um folgende Bewertung nicht herum kommt: „In ihrer Gesamtheit steht die Unterbrechungsregelung des § 229 StPO deshalb angesichts der begrenzten Reproduktionsfähigkeit des menschlichen Gedächtnisses und der fehlenden Dokumentation der Beweisaufnahme in einem unlösbaren Widerspruch zu § 261 StPO, der die Gründung des Urteils auf den Inbegriff der Verhandlung fordert, und verletzt damit das Rechtsstaatsprinzip der Art. 20, 28 GG sowohl in Gestalt des fair trial als auch in Gestalt des Gebots

der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, weil durch innerlich widersprüchliche Regelungen keine einzige Rechtspflegefunktion erreicht werden kann“.<sup>38</sup>

4. Das extreme Stadium der *Abschaffung* der Hauptverhandlung im Sinne der RStPO als Entscheidungszentrum des Strafverfahrens ist schließlich durch die Urteilsabsprachen erreicht worden, die Jahrzehnte lang contra legem praktiziert und am Ende der letzten Legislaturperiode durch das Verständigungsgesetz vordergründig legalisiert worden sind. Obwohl insoweit im Beitrag von Rieß zu der Entwicklung der Strafverfahrenswirklichkeit und der Gesetzgebung in Gestalt des Verständigungsgesetzes durchaus reservierte und (moderat) kritische Töne anklingen, scheiden sich bei der verfahrensstrukturellen und rechtspolitischen Beurteilung unsere Geister in fast allen Punkten.

a) Die Etablierung der Urteilsabsprachen sollte nicht als ein Punkt unter vielen anderen aufgeführt, sondern als ein Paradigmawechsel begriffen werden, für den eigentlich selbst der Titel meiner hiesigen Stellungnahme noch zu blass ausgefallen ist: Wenn man die sich manchmal bis zur Unerträglichkeit steigenden Euphemismen des hierzu namentlich in der Justiz und bei der Begründung und Verabschiedung des Verständigungsgesetzes entwickelten Jargons (der Titel des Gesetzes ist selbst ein Teil davon) beiseite schiebt, so muss man einräumen, dass dadurch das Fundament der Strafprozessordnung, die materielle Wahrheitsfindung, durch die Unterwerfung des Angeklagten im Umfange des abgesprochenen Geständnisses ersetzt und ihm dieses Ergebnis durch eine Strafmilderungszusage abgekauft wird. Während ein solches Ergebnis in dem (ähnlich dem deutschen Zivilprozess) auf dem Verfügungsgrundsatz beruhenden amerikanischen Strafprozess in adäquater Weise über das „guilty plea“ konstruiert werden kann, bei dem es sich um eine Verfügung über den Prozessgegenstand handelt, die vorher in den „plea negotiations“ zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung ausgehandelt worden ist, musste sich die die Absprachen contra legem etablierende Justizpraxis der Aushilfskonstruktion eines Geständnisses (also materiell eines Beweismittels) bedienen und die Zusage des Gerichts als eine hypothetische Antizipation des im Fall eines Geständnisses angemessenen Strafmaßes konstruieren, womit aber weder eine Bindung des Gerichts noch das prozessuale Schicksal des Geständnisses nach einer gescheiterten Absprache angemessen begründet bzw. geregelt werden konnte.<sup>39</sup> Der Gesetzgeber ist zunächst äußerlich im Rahmen dieser Konstruktion verblieben, hat aber durch die in § 257c Abs. 3 S. 3 StPO der Staatsanwaltschaft ausdrücklich zuerkannte Vetoposition sowie durch die Anordnung eines Verwertungsverbots für das Geständnis im Fall einer gescheiterten Absprache implizit anerkannt, dass es nicht um Wahrheitsfindung, sondern um die sog. Verhandlungsgerechtigkeit geht. Wenn es in der Begründung zum Entwurf des Verständigungsgesetzes heißt, es gälten weiter-

<sup>34</sup> Rieß, ZIS 2009, 477.

<sup>35</sup> So Rieß, ZIS 2009, 477 f. m.w.N.

<sup>36</sup> Siehe Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 46 Rn. 24.

<sup>37</sup> Rieß, ZIS 2009, 477.

<sup>38</sup> Roxin/Schünemann (Fn. 8), § 44 Rn. 9.

<sup>39</sup> Zur näheren Begründung vgl. nur Schünemann, in: Hanack u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, 2002, S. 525; ders., Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur, 2005.

hin die Grundsätze des Strafverfahrens, namentlich dass eine Verständigung unter der Überzeugung des Gerichts vom festgestellten Sachverhalt stattfinden müsse,<sup>40</sup> so muss man freilich an das Bibelwort denken, dass denen zu vergeben sei, die nicht wissen, was sie tun. Nämlich in Gestalt der Unkenntnis jener epochalen Überwindung des gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahrens durch den reformierten Strafprozess und dessen endgültige Ausprägung in der RStPO von 1877, für die die von den großen Prozessualisten des 19. Jahrhunderts (*Feuerbach, Mittermaier, Zachariä* und *Schwarze*) im einzelnen ausgearbeitete und durchgesetzte Konzeption entscheidend war, dass das Grundgebrechen des Inquisitionsverfahrens in der Urteilsfindung aufgrund eines schriftlichen Verfahrens durch Beurteilung der nicht vom Richter selbst erhobenen, sondern ihm nur in den Akten unterbreiteten Beweise bestand. Die Überzeugungsbildung allein aufgrund des Inbegriffs der mündlichen und die Beweise unmittelbar enthaltenden Hauptverhandlung vor den Ohren und Augen des erkennenden Gerichts (§ 261 StPO) und unter den kritischen Augen der Öffentlichkeit (§ 169 GVG) macht deshalb die entscheidende Struktur des von der StPO geprägten Strafverfahrens aus, und nur unter dieser Voraussetzung darf von der Ermittlung der materiellen Wahrheit durch Erfüllung der richterlichen Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) gesprochen werden. Das hat nicht begriffen, wer an der Ermittlung der materiellen Wahrheit und der Geltung der richterlichen Aufklärungspflicht festzuhalten vermeint, aber gleichzeitig die Urteilsabsprachen einführt, durch die dem Richter die Befugnis verliehen wird, aufgrund des von ihm aus den Ermittlungsakten herausgelesenen Tatbildes (!) dem Angeklagten gegen Geständnisablegung einen vorgeblich gemilderten Strafraum anzubieten und dessen Unterwerfung aufgrund seiner Übermacht auch faktisch zu erzwingen. Auch der Öffentlichkeitsgrundsatz wird nur scheinbar gewahrt, weil die eigentlichen Entscheidungen in den Abspracheverhandlungen getroffen werden und die Öffentlichkeit also nur das Ergebnis zeremoniell vorgeführt bekommt.

b) Der *Große Strafsenat* hatte es in seinem Beschluss vom 3.3.2005 (BGHSt 50, 40) immerhin erkannt und eingeräumt, dass es sich bei der Etablierung der Absprachen um eine „richterliche Rechtsfortbildung“ handelte, die also per definitionem contra legem erfolgte und nicht etwa mit der geltenden Gesetzeslage noch vereinbar war.<sup>41</sup> Nicht überzeugend und übrigens auch mit der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG nicht zu vereinbaren war lediglich seine aus einer Art von Resignation geborene Beurteilung, dass es sich bei dieser Aufkündigung des richterlichen Gesetzesgehorsams (noch dazu in eigener Sache!) um eine verfassungsrechtlich zulässige Rechtsfortbildung gehandelt habe. Unbeschadet dessen muss man dem *Großen Strafsenat* und vorher dem *4. Strafsenat* in seiner Entscheidung BGHSt 43, 195 zugute halten, dass sie in dem durch das unveränderte Paragraphengerüst der StPO vorgegebenen engen Rahmen die darin allenfalls möglichen Kautelen aufzurichten versucht haben. Der Gesetzgeber war dagegen nicht ans Gesetz, sondern nur an

die Verfassung gebunden und hätte infolgedessen, wenn er denn schon die Absprachen legalisieren wollte, nach einer dem Rechtsstaatsprinzip genügenden Kompensation für die Schleifung der in der Verfahrensstruktur der RStPO verankerten Garantien suchen müssen. Dass weder der Bundesregierung noch dem Parlament diese Notwendigkeit auch nur bewusst geworden ist, kann man wahrlich nicht anders als einen Niedergang der deutschen Rechtskultur qualifizieren, aber damit sind wir schon wieder bei dem zitierten Bibelwort gelandet.

c) Wenn der Gesetzgeber wirklich am Prinzip der materiellen Wahrheit hätte festhalten wollen, hätte er sich bewusst machen müssen, dass der Effekt der Urteilsabsprache in der vollständigen Ersetzung des (wie oben dargelegt, wissenschaftstheoretisch überzeugenden) Konzepts der RStPO („Wahrheitsfindung in der mit allen Kautelen ausgestatteten Hauptverhandlung“) durch das neue Konzept „Wahrheitsfindung aufgrund des vom Angeklagten anerkannten Ergebnisses des Ermittlungsverfahrens“ besteht. Weil dieses Anerkenntnis (früher, als die staatliche Rechtspolitik noch nicht von einem euphemistischen Jargon beherrscht war, im Strafverfahren offen und ehrlich als „Unterwerfung“ bezeichnet) durch ein Strafmilderungsversprechen erkaufte wird, das die Androhung einer anderenfalls schwereren Strafe zur Kehrseite hat,<sup>42</sup> kann ihm nur dann irgendein legitimatischer Wert zugeschrieben werden, wenn gleichzeitig die Position des Angeklagten und seiner Verteidigung im Ermittlungsverfahren derart verstärkt wird, dass sie dessen Ergebnisse kontradiktorisch überprüfen und damit jene Grundbedingung einer objektiven Aufklärung des historischen Sachverhalts realisieren könnte, die ich bereits skizziert habe.

d) Der Gesetzgeber hat sich über alle diese bei Einführung von Urteilsabsprachen unabwiesbaren Fragen keine Gedanken gemacht, und auch das im US-amerikanischen Prozess wie in den Verfahrensreformen von Drittweltländern sorgfältig beachtete Problem, wie man nach gescheiterten Abspracheversuchen eine Entscheidung durch ein unbefan-

<sup>40</sup> BT-Drs. 16/11736 vom 27.1.2009 unter A. II. a), 2. Absatz.

<sup>41</sup> So aber *Rieß*, ZIS 2009, 480.

<sup>42</sup> Die in der Praxis ohnehin informell unterlaufene, vom Gesetzgeber im § 257c Abs. 3 S. 1 StPO übernommene Idee des *4. Strafsenats* in BGHSt 43, 195, die „Verständigung“ dürfe keine Punktstrafe, sondern nur eine Strafobergrenze zum Gegenstand haben (der Gesetzgeber hat im Interesse der Staatsanwaltschaft auch eine Untergrenze hinzugefügt), ändert an der Natur des Austauschgeschäfts nichts, sondern ist als Verbrämung der Absprachewirklichkeit eher dem Kapitel „Euphemismen“ zuzuordnen. Denn die implizite Drohung mit einer sonst höheren Strafe bleibt ja davon völlig unberührt; und indem sich das Gericht weiterhin einen Spielraum offen hält, obwohl der Angeklagte durch den Zwang zur Vorleistung seines Geständnisses ohnehin schon benachteiligt wird (das jetzt im Gesetz vorgesehene Verwertungsverbot kann an den psychologischen Nachwirkungen eines zunächst abgelegten Geständnisses bei der späteren Beweiswürdigung mit Sicherheit nichts ändern), werden durch das Obergrenzenmodell nicht nur die Fundamente des deutschen Strafverfahrens, sondern auch die Regeln der Verhandlungsgerechtigkeit gründlich missachtet.



genes Gericht garantieren kann, hat ihn nicht gekümmert. Dass allein in Deutschland ein Modell verwirklicht worden ist, in dem das erkennende Gericht selbst zum Handelspartner wird (während in den USA die plea negotiations zwischen der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft stattfinden und im Falle ihres Scheiterns die unbefangene Jury über die Anklage entscheiden wird und während in anderen in jüngster Zeit reformierten Strafverfahrensordnungen der Absprachenteil in ein Zwischenverfahren verwiesen wird, das von der Hauptverhandlung von der Gerichtsbesetzung her deutlich geschieden ist<sup>43</sup>), kann sich dem von Rieß am Ende seines Beitrags angesprochenen „internationalen Vergleich“ nur mit dem Ergebnis stellen, in den Worten Fischers als eine „Schande der Justiz“ beurteilt zu werden.<sup>44</sup> Und wenn es im Beitrag von Rieß am Ende heißt, die soeben beendete Legislaturperiode habe „die Bereitschaft und Fähigkeit des Gesetzgebers“ gezeigt, „komplexe und schwierige Vorhaben anzugehen wie etwa das Problem der Urteilsabsprachen“, so müsste man deshalb hinzufügen, dass er dies in einer derart oberflächlichen und dilettantischen, die wirklichen Probleme nicht einmal erkennenden Weise getan hat, dass man an dem Beruf unserer Zeit zur Strafprozessgesetzgebung schier verzweifeln muss. Anders als Rieß sehe ich auch nicht die Entschuldigung, dass eine „rechtsdogmatische und rechtspolitische Diskussion darüber, welche strukturellen Grundsatzfragen – und weitere Auswirkungen – damit [scil. mit der Integrierung der Absprachen in das klassische Prozessmodell] verbunden sind, auch in der Prozessrechtswissenschaft bisher nur im Ansatz entwickelt worden“ sei.<sup>45</sup> Dabei denke ich weniger an die von Rieß selbst zitierten Apologeten eines in einem für den Strafprozess illusionären Konsensdenkens entwickelten und sich ähnlich wie das Verständigungsgesetz auf die Choreographie der Hauptverhandlung beschränkten Absprachenkonzepts, sondern umgekehrt an die von Kritikern der heutigen Absprachepaxis entwickelten Überlegungen, welche substantiellen Beschränkungen der Aushandlungsmöglichkeiten aufgerichtet und welche substantiellen Änderungen im Ermittlungsverfahren vorgenommen werden müssten, um die Ersetzung des Hauptverhandlungsmodells der RStPO durch ein (alternatives) Absprachenmodell legitimierbar zu machen.<sup>46</sup> Am Ende dieses Beitrages werde ich

auf die sich daraus ergebenden und seit Jahren in der Wissenschaft erhobenen Forderungen zurückkommen.

## V. Die kumulierte Einführung eines Parteiverfahrens durch die Opferrechtsverbesserungsgesetze

Wenn man die kritikwürdigen Defizite der Strafverfahrensgesetzgebung der letzten ein bis zwei Jahrzehnte aufzählen will, fühlt man sich ein wenig wie Beckmesser im 1. Akt der „Meistersinger“, freilich mit dem Unterschied, dass hinter den vielfachen Verletzungen der Grundsätze des fair trial keine verkappte Genialität, sondern zum nicht geringen Teil politischer Opportunismus und erfolgreiche Arbeit von Interessengruppen steht. Ich möchte deshalb meine kritische Durchsicht mit wenigen Bemerkungen zu den Opferrechtsverbesserungsgesetzen schließen, die im Beitrag von Rieß konzentriert angesprochen worden sind, wobei man sich darüber klar sein muss, dass auch die Zeugenschutzgesetze zum großen Teil in diesen Zusammenhang gehören. Zunächst ist deutlich herauszustellen, dass die Position des Zeugen wie auch diejenige des Verletzten (die neueren Gesetze benutzen bedauerlicherweise durchweg den emotional aufgeladenen und implizit die Unschuldsvermutung verneinenden Ausdruck „Opfer“) in der RStPO völlig unzulänglich ausgestaltet war, so dass etliche vom Gesetzgeber eingeführte Verbesserungen des Zeugenschutzes und der Verletztenstellung anzuerkennen und gutzuheißen sind; auf eine detaillierte Analyse hierzu muss ich an dieser Stelle verzichten.<sup>47</sup> Inzwischen hat der Gesetzgeber aber das Augenmaß verloren und in weitem Umfange kumulativ zum Officialprozess zwischen Staat und Angeklagtem einen vom Verletzten betriebenen Parteiprozess attachiert, wodurch der Angeklagte zumeist in eine hoffnungslose Position gerät, weil der oder die Verletzte durch Akteneinsichts- und Mitwirkungsrechte gegen Angriffe auf die Glaubwürdigkeit immunisiert wird und deshalb die gerade hier aus nachvollziehbaren Gründen nachdrücklich honorierte „Verständigung“ für den Angeklagten den letzten Ausweg bildet. Dass mit der permanenten Verbesserung des „Opferschutzes“ besonders elegant politische Akzeptanz erreicht werden kann, macht die Lektüre der Website des Bundesjustizministeriums und der Gesetzesbegründung des 2. Opferrechtsreformgesetzes deutlich, wobei letztere immer wieder den direkten Einfluss der Opferschutzverbände erkennen lässt.<sup>48</sup> Ich freue mich, dass meine Einschätzung in die-

seien von der Prozessrechtswissenschaft nur im Ansatz thematisiert worden.

<sup>47</sup> Zu meinem Standpunkt i.e.S. Schünemann, in: Michalke u.a. (Hrsg.), Festschrift für Rainer Hamm zum 65. Geburtstag, 2008, S. 687 ff.; ders., in: Ders./Dubber (Hrsg.), Die Stellung des Opfers im Strafrechtssystem, 2000, S. 1.

<sup>48</sup> Wobei die Begründung immer wieder die verfehlte Gleichstellung von Verletztem und Beschuldigtem als Ziel hervorhebt, etwa zur Begründung für die Heraufsetzung der Schutzaltersgrenze auf 18 Jahre in den Regelungen der §§ 172 GVG, 58a Abs. 1, 241a Abs. 1, 247 S. 2, 255 Abs. 2 StPO oder für die Ausdehnung der wählbaren Zeugenbeistände etc. auf Rechtslehrer in § 138 Abs. 3 StPO, worin zugleich ein Beispiel für einen erfolgreichen Lobbyismus liegen dürfte,

<sup>43</sup> Nachw. bei Schünemann (Fn. 22), DAV, S. 555 Fn. 8 f., 34-37.

<sup>44</sup> StraFo 2009, 188.

<sup>45</sup> Rieß, ZIS 2009, 480.

<sup>46</sup> Vgl. nur Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002; Hauer, Geständnis und Absprache, 2007, S. 340 ff.; meine eigenen Überlegungen setzen nicht erst mit der Rieß-Festschrift (Fn. 39) ein oder ZStW 114 (2002), 1 (55 ff.); 119 (2007), 945; StraFo 2003, 344; 2004, 293; 2005, 177; in: Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Theo Vogler, 2004, S. 81; ZRP 2006, 63; 2009, 104; AnwBl. 2006, 439 (gemeinsam mit J. Hauer), sondern bereits auf dem Symposium des baden-württembergischen Justizministeriums 1986 in Triberg und mit meinem Gutachten zum 58. DJT 1990, so dass man schwerlich mit Rieß davon sprechen kann, die einschlägigen Fragen

sem Punkt weitgehend mit derjenigen von *Rieß* konform geht, der in seiner nobel formulierten, aber erkennbaren Kritik darauf hinweist, aus der gegenwärtigen Gesetzgebungsperspektive erscheine eher der Verletzte als der Beschuldigte als die Zentralfigur des Strafverfahrens, wobei die strukturellen Auswirkungen auf das hierfür nicht eingerichtete Prozessmodell erheblich sein könnten.<sup>49</sup> Die weitere Formulierung, man möge darin Ansätze für eine „Reprivatisierung“ des Strafverfahrens sehen, drückt nach meinem Verständnis ebenfalls die gebotene Skepsis aus, denn insoweit die Opfermitwirkung nicht zu einer Diversion führt (die der Gesetzgeber löblicherweise ebenfalls zum Gegenstand seiner Regelung gemacht, aber nach meinem Dafürhalten längst noch nicht ausgereizt hat), steht ja am Ende immer noch die staatliche Kriminalstrafe.

## VI. Eckpunkte einer durchgreifenden Strafprozessreform

Abschließend möchte ich die acht „essentials“ skizzieren, mit denen der deutsche Strafprozess wieder ins Lot gebracht und international wieder ernsthaft konkurrenzfähig gemacht werden, vielleicht sogar wieder eine Vorbildfunktion erlangen könnte.<sup>50</sup>

1. Wenn das Endergebnis des Prozesses ohne echte Hauptverhandlung direkt aus dem Ermittlungsverfahren abgeleitet wird, dann muss schon dieser Verfahrensabschnitt genügende Garantien enthalten, um als ein Instrument zur Findung der materiellen Wahrheit qualifiziert werden zu können. Das heutige Ermittlungsverfahren ist im Grunde identisch mit dem alten Inquisitionsprozess und leidet damit an allen seinen Einseitigkeiten und Gebrechen, die vor 200 Jahren zur Reform des Strafverfahrens in Europa geführt haben. Man muss also die Kontrollmechanismen und Ausbalancierungen, die damals durch die Erfindung der öffentlichen und mündlichen Hauptverhandlung geschaffen wurden, schon in das Ermittlungsverfahren einbauen. Insoweit bieten sich vier Prinzipien an, um schon im Ermittlungsverfahren eine wenigstens einigermaßen hinreichende Balance zwischen den Verfolgungsinteressen und der Kontrollierbarkeit durch die Verteidigung herzustellen.

- a) Als erstes muss für alle heimlichen Ermittlungsverfahren eine neue und zusätzliche Institution geschaffen werden, die nicht mit StA oder Strafjustiz identisch ist, sondern ausschließlich die Aufgabe eines Schutzes der Verteidigungsinteressen verfolgt, also eine „Proto-“, oder „Voraus-Verteidigung“. Sie wäre vom Staat zu finanzieren, würde anders als der Verteidiger selbst zur Verschwiegenheit gegenüber dem Beschuldigten verpflichtet sein, aber dessen Interessen bei allen heimlichen Ermittlungsmaßnahmen und in diesem Sinn eine Kontrollaufgabe wahrnehmen. Für alle Einzelheiten muss auf die für die transnationalen Ermittlungsverfahren vorgeschlagene

Einrichtung eines „Eurodefensor“ verwiesen werden.<sup>51</sup> Der Protoverteidiger hätte zugleich die Aufgabe, die partielle Reduzierung des Beschuldigten auf ein bloßes Verfahrensobjekt zu kompensieren.

- b) Zum zweiten müssen sämtliche *Zeugenvernehmungen* von Anfang an per *Video* aufgezeichnet werden, weil nur auf diese Weise der Verteidiger später, wenn er volle Akteneinsicht bekommt, die Verlässlichkeit einer Zeugenaussage beurteilen kann, indem in der Aussage eines Belastungszeugen dessen wirkliches Wissen von den von der Polizei hineingetragenen Vermutungen unterschieden und dadurch zuverlässig beurteilt werden kann, ob die Ermittlungen zur Auffindung der materiellen Wahrheit geführt haben und deshalb als Basis für die Abschlussscheidung akzeptiert werden können.
- c) Drittens muss der Verteidiger ein gesichertes Recht zur eigenen Zeugenvernehmung bekommen. Derartige *eigene Beweiserhebungen* des Verteidigers sind zwar auch heute zulässig, es fehlt aber jede Pflicht des Zeugen, zur Vernehmung vor dem Verteidiger zu erscheinen. Nur durch ein gesichertes Vernehmungsrecht kann aber eine Waffengleichheit im Ermittlungsverfahren erreicht und dadurch eine als Basis der Abschlussscheidung unverzichtbare Balance zwischen Verfolgungs- und Verteidigungsrechten hergestellt werden. Selbstverständlich müsste auch die Vernehmung durch den Verteidiger vollständig per Video aufgezeichnet werden, um etwaige Versuche des Verteidigers zur Zeugenbeeinflussung zu dokumentieren.
- d) Viertens ist es, nachdem der Gesetzgeber in den letzten Jahren und Jahrzehnten nicht müde geworden ist, die moderne Observations- und Kommunikationstechnik für die polizeiliche Überwachung wie für die Strafverfolgung fruchtbar zu machen, höchste Zeit, sie zur Herstellung der Verfahrensbalance auch zu Gunsten des Beschuldigten zu nutzen, namentlich indem die Untersuchungshaft weitestgehend durch die elektronische Fußfessel als mildere Maßnahme ersetzt wird.<sup>52</sup>

2. Nur wenn diese vierfache Reform des Ermittlungsverfahrens durchgeführt würde, ließe sich davon sprechen, dass die Verteidigung an dessen Ende zuverlässig beurteilen kann, ob dessen Ergebnisse die von der Staatsanwaltschaft erhobene Anklage tragen und ob es deshalb zur Abkürzung des Verfahrens sinnvoll ist, das von der Staatsanwaltschaft oder von einem Richter vorgeschlagene Ergebnis ohne Hauptverhandlung zu akzeptieren. Damit das betreffende Angebot der Justiz nicht zu einem praktisch die Entschlussfreiheit des

weil dadurch den Professoren eine weitere Möglichkeit zur Nebentätigkeit eröffnet wird.

<sup>49</sup> *Rieß*, ZIS 2009, 477.

<sup>50</sup> Näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 69.

<sup>51</sup> Dazu die Gesetzesvorschläge in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die Europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 49-56.

<sup>52</sup> Vgl. dazu *Jolin/Rogers*, MschrKrim 90, 201; *Krahl* NStZ 97, 457 sowie die Stellungnahme von *Roxin* bei *Julius* in *ZStW* 111 (1999), 889 (906).

Angeklagten zerstörenden strukturellen Druck führt, müssen freilich drei weitere Garantien für die plea negotiations hinzukommen.

a) Eine Urteilsabsprache kann es nur mit einem professionell verteidigten Angeklagten geben, alles andere wäre die unfaire Ausnutzung seiner konstitutionellen Unterlegenheit. Weil aber jeder Angeklagte diese Chance besitzen muss (die gegenwärtige Willkür, ob der Richter sich überhaupt auf eine Abspracheverhandlung einlässt, was er normalerweise nur mit einem Verteidiger tut, bedeutet eine inakzeptable Verletzung der Chancengleichheit aller Angeklagten), muss die Verteidigung ausnahmslos eine notwendige werden.

b) Der Rabatt, der bei einem Verzicht auf die Hauptverhandlung möglich ist, muss eng begrenzt werden.<sup>53</sup> Dies würde auch allein mit dem Strafzumessungsrecht in Übereinstimmung sein, denn danach könnte man die Abkürzung des Verfahrens als eine kleine Wiedergutmachung gegenüber der Rechtsordnung qualifizieren und daraus einen freilich vom Umfang sehr beschränkten Strafrabatt legitimieren.<sup>54</sup> Beispielsweise könnte die Staatsanwaltschaft mit der Anklage zwei verschiedene Strafmaßvorschläge unterbreiten, einen für den Fall nach Durchführung einer vollständigen Hauptverhandlung und einen für den Fall des Verzichts des Angeklagten auf die Hauptverhandlung, wobei die Differenz maximal 20 % ausmachen dürfte. Wenn sich der Angeklagte aufgrund der verbesserten Garantien im Ermittlungsverfahren davon überzeugt hat, dass er ohnehin kaum reelle Freispruchschancen besitzt, wird er auf die Hauptverhandlung verzichten und sich der ermäßigten Strafe unterwerfen. Legitimierend wirkt hier dann aber nicht sein Konsens als solcher, sondern seine Einsicht darin, dass die Ermittlungen bereits zur Auffindung der materiellen Wahrheit geführt haben. Wählt er die Hauptverhandlung, so ist er durch den zweiten Strafmaßvorschlag der StA davor geschützt, zur „Strafe“ für seine prozessuale Hartnäckigkeit mit einer exorbitant höheren Strafe belegt zu werden.

c) Drittens muss eine Inkompatibilität zwischen dem die Abspracheverhandlung führenden und dem im Falle ihres Scheiterns die Hauptverhandlung leitenden Richter statuiert werden, weil der Angeklagte nur in diesem Fall sicher sein kann, dass er das Abspracheangebot ohne nachteilige prozesspsychologische Wirkungen ablehnen kann.

3. Die achte Kautel muss auf organisatorischem Gebiet liegen: Die international fast einmalige Verschmelzung der deutschen Richter- und Staatsanwaltskarriere muss durch eine zumindest partielle Entflechtung abgeschwächt werden, um den von mir sog. Schulterchlusseffekt zumindest abzumildern, dass vom Richter und Staatsanwalt auf Grund gleicher beruflicher Sozialisation und Zielattribution die

Standpunkte des anderen wechselseitig zur Bestärkung der eigenen Meinung verwertet werden.<sup>55</sup>

4. Wer die Justizpolitik der Bundesrepublik in den letzten Jahrzehnten verfolgt hat, wird die vorstehenden Vorschläge als gewagt, wenn nicht utopisch empfinden. In Wahrheit sind sie nichts anderes als eine Aufstellung der unverzichtbaren Prämissen, die bei der Einführung eines mit Urteilsabsprachen arbeitenden Strafverfahrens in einem Rechtsstaat erfüllt sein müssen.

---

<sup>53</sup> Dagegen lässt die Rechtsprechung des BGH eine ausreichende Domesticizierung der tatrichterlichen „Sanktionssche-re“ vermissen, wenn beispielsweise in einem Verfahren wegen Raubes die Alternative „4 ½ oder über 7 Jahre Freiheitsstrafe“ toleriert wird (BGH NStZ 2007, 655).

<sup>54</sup> Dazu *Schünemann/Hauer*, AnwBl. 2006, 439; *Hauer*, Gerichtsständnis und Absprache, 2007, S. 312.

---

<sup>55</sup> Dazu näher *Roxin/Schünemann* (Fn. 8), § 9 Rn. 1, § 29 Rn. 25.