

# Die Urteilsabsprachen als Signum einer rechtlichen Steuerungskrise

GUNNAR DUTTGE

## I. Das Strafverfahrensrecht in der Sackgasse

Manchmal lohnt ein Blick zurück, um die Gegenwart besser einschätzen zu können: Als der verehrte Jubilar in seinem Gutachten zum 58. Deutschen Juristentag<sup>1</sup> das Ausmaß der lange Zeit im Verborgenen ihr Eigenleben entfaltenden informellen Absprachen in quantitativer wie qualitativer Hinsicht ohne jedweden Anflug von Beschönigung zur Sprache brachte, konnte er sich eines gewiss sein: dass sich der Beifall in Grenzen halten und seine pointierte Kritik von der kompromissgestimmten Mehrheit als „überzogen“ aufgefasst (und äußerstenfalls mit Nichtbeachtung gestraft) würde.<sup>2</sup> Wer heute dagegen davon spricht, „dass die informellen Verständigungen zum wichtigsten (...) Teil als echte Absprachen über das künftige Prozessverhalten praktiziert werden, die unter Verletzung zahlreicher Verfahrensnormen und -garantien Formen des plea-bargaining-Verfahrens unter Meidung der öffentlichen Hauptverhandlung in den (...) hierfür nicht aufnahmefähigen deutschen Strafprozess einbauen; dass das Ergebnis der Aushandlungsprozesse nach dem Prinzip der Durchsetzung des Stärkeren gefunden wird und keine rechtlichen Garantien für Ausgewogenheit und Gleichmäßigkeit bestehen; dass die Hauptverhandlung (...) weitgehend zur Farce und die Stellung des Beschuldigten als Prozesssubjekt ausgehöhlt wird (...); dass dadurch ausgerechnet das Strafverfahren (...) in einen unerträglichen Zustand der Gesetzesmissachtung und Normlosigkeit (...) gestürzt worden ist“<sup>3</sup>, der kann sich auf keine geringere Autorität als die des Bundesverfassungsgerichts berufen: Denn in seiner mit Spannung erwarteten Grundsatzentscheidung hat es bekanntlich eine hinreichende empirische Basis für die Annahme gesehen, „dass Gerichte, Staatsanwaltschaften und Verteidigung in einer hohen Zahl von

<sup>1</sup> *Schünemann* Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen. Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag, 1990.

<sup>2</sup> Vgl. auch die weit zurückhaltenderen Beschlüsse und den Kurzbericht zum Tagungsverlauf (NJW 1990, 2985 ff., 2991 ff.); *Schünemann* FS Wolter, 2013, S. 1107, 1108.

<sup>3</sup> *Schünemann* (Fn. 1), S. 141.

Fällen die gesetzlichen Vorgaben [scil.: des Verständigungsgesetzes 2009]<sup>4</sup> missachten und die Rechtsmittelgerichte der ihnen zugewiesenen Aufgabe der Kontrolle der Verständigungspraxis nicht immer in genügendem Maße nachgekommen sind“<sup>5</sup>, also eine Rechtsanwendungspraxis bestehe, die „in verfassungswidriger Weise“ die geltenden Rechtsregeln und -prinzipien verletze.<sup>6</sup>

Dass eine derartige „Schuld“-Zuweisung angesichts des redlichen Bemühens des Bundesgerichtshofs um Eindämmung des rechtswidrigen „Deals“<sup>7</sup> wohl nicht ganz fair sein dürfte, ist eine Sache; dass diese Strategie des Bundesverfassungsgerichts, gewählt um der Normerhaltung (des Verständigungsgesetzes) willen, der Suche nach dem Ausgang aus der Sackgasse aber womöglich sogar im Wege stehen könnte, macht die Sache noch viel schlimmer. Denn auch dem Bundesverfassungsgericht blieb am Ende nur der – teils lockende, teils mit drohendem Unterton belegte – Appell, doch endlich wieder zur Normtreue zurückzukehren.<sup>8</sup> Lässt sich das aber ernstlich von einer Rechtspraxis erwarten, der cum grano salis das Stigma der „Verfassungswidrigkeit“ angeheftet wird und die im Übrigen seit Jahrzehnten (und nicht erst seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes) – vorsichtig formuliert – an den Grenzen der StPO agiert und die neuen Regelungen deutlich vernehmbar als „bevormundend“, „bürokratisch-formalistisch“ und per saldo als „praxisuntauglich“ ablehnt?<sup>9</sup> Da erscheint es fast wie aus Grimms Märchen<sup>10</sup>, mit den Karlsruher Richtern daran zu glauben, dass es nur eines besser „ausgeprägten Bewusstseins“ der Rechtspraktiker<sup>11</sup> und einer Beseitigung ihrer „interessengeleiteten Missverständnisse“<sup>12</sup> (wodurch?) bedarf, damit es nicht mehr zu einer Umgehung des Gesetzes (noch dazu: in seiner z.T. restriktiveren Deutung durch das Bundesverfassungsgericht, etwa zur „zwingen-

<sup>4</sup> Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009 (BGBl. I, 2353).

<sup>5</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1069 (Rn. 117).

<sup>6</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1070 (Rn. 118).

<sup>7</sup> Insbesondere durch den 4. Strafsenat in BGHSt 43, 195 ff.; weiterhin BGHSt (GS) 50, 40 ff.; vertiefend *Meyer-Göfner* in: Böttcher (Hrsg.), Verfassungsrecht – Menschenrechte – Strafrecht, 2004, S. 161 ff. und *ders.* in: Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, 2005, S. 235 ff.

<sup>8</sup> Mit Recht skeptisch *Meyer* NJW 2013, 1850, 1852: „kein hinreichend wirksames Mittel der Impulskontrolle“.

<sup>9</sup> Vgl. *Caspari* DRiZ 2013, 6, 9; *Leipold* NJW-Spezial 2013, 248.

<sup>10</sup> Siehe auch *Fezer* HRRS 2013, 117, 118: „weltfremd, gleichsam zwischen Himmel und Erde schwebend“.

<sup>11</sup> Treffend *Stuckenberg* ZIS 2013, 212, 217: „(...) sollte man an sich annehmen dürfen, dass Juristen in der Lage wären, ein relativ unkompliziertes Gesetz, das zentrale Aspekte ihrer Berufsausübung betrifft, in weniger als drei Jahren zu begreifen und zu verinnerlichen“.

<sup>12</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1063 (Rn. 71).

den“ Überprüfungsbedürftigkeit eines Geständnisses)<sup>13</sup> komme. Und wenn nicht? Die Antwort des Senats offenbart die vorherrschende Ratlosigkeit: Dann müsse „der Gesetzgeber der Fehlentwicklung durch geeignete Maßnahmen entgegenwirken“<sup>14</sup> – als hätte dieses wie selbstverständlich auf die strahlende Autorität des Rechts setzende Denken im hiesigen Kontext auch nur irgendeinen Erfolg gezeitigt. Trotz des sichtlichen Bemühens sowohl des Bundesgerichtshofs als auch des Gesetzgebers, den – tatsächlichen oder vermeintlichen – „Bedürfnissen der Rechtspraxis“ bis zu den Grenzen ihrer Gestaltungsmacht entgegenzukommen, also trotz beachtlicher Normativierung des Faktischen, hat sich die Rechtspraxis bislang nicht von den Netzen des Rechts einfangen lassen. Und es besteht wohl auch keinerlei Grund anzunehmen, dass dem Urteil des Bundesverfassungsgericht am Ende nicht dasselbe widerfahren wird. Welche Option bleibt dann aber noch, wenn alles Pochen auf die normative Bestimmungsmacht des Rechts, selbst von den höchsten Autoritäten ausgesprochen,<sup>15</sup> und das Schreckensbild einer „untergehenden Strafprozesskultur“<sup>16</sup> offenbar nichts wesentlich zum Besseren verändern?

## II. Zur Genese der Fehlsteuerung

Statt voreilig eine ad-hoc-Antwort zu formulieren, lohnt es sich, zunächst einmal die möglichen Ursachen aufzudecken, die zu der jetzigen Lage geführt haben – freilich ohne jedwede „Schuld“-Zuweisung, allein in analytischer Absicht: Zu Beginn war es bekanntlich die korrumpierende Heimlichkeit zuerst einzelner, dann immer zahlreicher werdender „Detlef Deals aus Mauschelhausen“<sup>17</sup>, die verhinderte, dass ein Obergericht frühzeitig Gelegenheit erhielt, die Geschehnisse de jure unmissverständlich einzuordnen und strikte Grenzen zu ziehen. Diese Erfahrung wirkt bekanntlich bis heute fort, indem sowohl der Bundesgerichtshof als auch der Gesetzgeber – selbst Friktionen mit der Dogmatik des Rechtsmittelrechts in Kauf nehmend – nachdrücklich Gewicht auf den Umstand legten, dass der Weg zur revisions-

<sup>13</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1070 (Rn. 120).

<sup>14</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1070 (Rn. 121).

<sup>15</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1070 (Rn. 119 a.E.); BGHSt (GS) 50, 40, 48 ff.

<sup>16</sup> *Schünemann* StV 1993, 657 ff.; siehe auch *ders.* FS Pfeiffer, 1988, S. 461 ff.; *ders.* FS Baumann, 1992, S. 361 ff.; *ders.* FS Rieß, 2002, S. 525 ff.; *ders.* Strafprozessuale Absprachen in Deutschland – Der Weg in die Bananenrepublik?, 2005; *ders.* Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur: Die Urteilsabsprachen als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, 2005; *ders.* FS Heldrich, 2005, S. 1177 ff.; *ders.* AnwBl. 2006, 439 ff.; *ders.* FS Katoh, 2008, S. 49 ff.; *ders.* ZRP 2009, 104 ff. und *ders.* ZIS 2009, 484 ff.

<sup>17</sup> *Deal* StV 1982, 545 ff.

gerichtlichen Kontrolle offen bleiben müsse (vgl. jetzt § 302 Abs. 1 S. 2 StPO). Als die ersten Fälle den Bundesgerichtshof erreichten, beschränkte sich dieser entsprechend seiner Rolle im gewaltengeteilten Rechtsstaat auf die Beurteilung der jeweils entscheidungserheblichen konkreten Rechtsfrage,<sup>18</sup> auch weil der allgemeine Eindruck vorherrschte, dass sich hierin lediglich singuläre, für das Gesamt der Verfahrenswirklichkeit nicht repräsentative „Ausreißer“ zeigten („Schwarze-Schafe-Theorie“). Die Strafrechtswissenschaft ging über lange Zeit hinweg offenbar ganz ähnlich davon aus, dass die in der Praxis gängigen „Absprachen“ im Regelfall bloß der Vermeidung *unnötig* langwieriger und/oder umständlicher Strafverfahren zum Wohle der Beschuldigten wie der Opfer dienten, ohne dabei jedoch die zentralen Prozessprinzipien wie Unschuldsvermutung, nemo-tenetur-Grundsatz, Pflicht zur gerichtlichen Wahrheitsermittlung, Schuldprinzip und Öffentlichkeitsmaxime anzutasten.<sup>19</sup> Es bestand deshalb weithin Konsens, dass – natürlich – „an der Schuld des Angeklagten kein vernünftiger Zweifel bestehen“ dürfe, der Strafausspruch „den anerkannten Grundsätzen der Strafzumessung folgen“ müsse und die gerichtliche Aufklärungspflicht durch ein Geständnis des Angeklagten nicht suspendiert werde.<sup>20</sup> Und infolgedessen glaubte in der Frühphase der Entwicklung auch das Bundesverfassungsgericht, sich in einer Kammerentscheidung und unter Verweis auf die „besondere Sachverhaltsgestaltung“ (einer Hauptverhandlung mit erschöpfender Beweisaufnahme und einer „Verständigung“, die nicht gerichtsseitig, sondern vom Verteidiger zwecks Erzielung einer Strafmilderung initiiert wurde) auf ein Benennen der hehren Prinzipien beschränken zu dürfen, ohne sich näher festzulegen, wann denn eigentlich genau die rote Linie zum verbotenen „Handel mit der Gerechtigkeit“<sup>21</sup> überschritten sei.

Als sich schließlich der 4. Strafsenat veranlasst sah, in extensiver Handhabung seines Rechts zur richterlichen Rechtsfortbildung anstelle des eigentlich dazu berufenen Gesetzgebers endlich die zentralen Leit- und vor allem Grenzzlinien im Ganzen zu formulieren, fand er sich in seinem Gestaltungswillen nicht nur durch die unverändert fortgeltende („grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltete“)<sup>22</sup> StPO eingeengt, sondern zugleich durch die sich inzwischen breit machende Überzeugung, dass die Urteilsabsprachen bloße Folge einer Art von „justizphysikalischen Naturgesetz“<sup>23</sup> und deshalb

<sup>18</sup> Vor allem BGHSt 36, 210 ff.; 37, 10 ff.; 37, 99 ff.; 37, 298 ff.; 38, 102 ff.; 42, 46 ff.; 42, 191 ff.; BGH NStZ-RR 1997, 173; NJW 1997, 2691 f.

<sup>19</sup> Siehe Beschlüsse B. I. 3.–4., II. 6.–9. des 58. DJT (NJW 1990, 2991, 2992 f.).

<sup>20</sup> Beschlüsse B. II. 9.1, 9.2. des 58. DJT.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 1987, 2262, 2263.

<sup>22</sup> BGHSt 43, 195, 203.

<sup>23</sup> Treffend Hamm StV 2013, 652, 654; ganz in diesem Sinne bereits Meyer-Göfner NStZ 1992, 167 f.

bei Aufrechterhaltung der Überlast „nicht mehr wegzudenken“ seien.<sup>24</sup> In dem erkennbaren Bestreben, vor diesem Hintergrund seine Autorität nicht zu verspielen, versuchte er sich an der „Quadratur des Kreises“<sup>25</sup>, indem er einerseits – in der Funktion eines „Ersatzgesetzgebers“ – ein Grundgerüst scheinbar fester Regeln formulierte, diese aber andererseits zugleich mit Einschränkungen, absprachefreundlichen Interpretationshilfen und Zugeständnissen versah; infolgedessen konnte die Praxis die Botschaft unschwer dahin verstehen, dass sie per saldo eigentlich nicht allzu viel ändern müsse, sofern es nur künftig „transparent“ geschehe. Hatte der Senat doch seinen „Abspracheregeln“ explizit seine Grundposition vorangestellt, wonach „die Strafprozessordnung Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (...) nicht generell untersag(e)“<sup>26</sup>. Dann brauchten aber nicht mehr die hehren „Grundsätze“ zu interessieren, sondern es war nur noch von Belang, wie weit diese mit dem Segen des Bundesgerichtshofs „flexibel“ gehandhabt werden durften. Die Details sind hinlänglich bekannt und brauchen hier nicht in allen Facetten nochmals in Erinnerung gerufen zu werden:<sup>27</sup> So beansprucht etwa § 136a StPO natürlich auch bei Verständigungsgesprächen unbedingte Geltung ebenso wie das ihm zugrunde liegende Verbot eines Zwangs zur Selbstbelastung; wenn das Gericht aber dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in Aussicht stelle, soll „nicht bereits darin“ das „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ liegen – wann aber dann überhaupt noch? Gewiss widerspricht es dem Öffentlichkeitsgrundsatz, wenn „eine Absprache aus der öffentlichen Hauptverhandlung hinausverlagert“ und diese „zur bloßen Fassade“, zur „reinen Show“<sup>28</sup> wird; geschieht letzteres aber nicht auch dann, wenn es „vor oder außerhalb der Verhandlung zu Vorgesprächen zwischen den Beteiligten kommt“, in denen alles Wesentliche bereits „vorbesprochen“ und angebahnt wird? Zweifelsohne müssen in Verständigungen über den Verfahrensabschluss sämtliche Verfahrensbeteiligte einbezogen werden; doch was bleibt von diesem Mitwirkungserfordernis substantiell noch übrig, wenn es am Ende genügt, dass *das Ergebnis* der Vorgespräche „in der Hauptverhandlung offengelegt“ und allen zuvor nicht Beteiligten (i.d.R. also den Laienrichtern und dem Angeklagten) lediglich zur Kenntnis gegeben (sowie der guten Ordnung halber protokolliert)<sup>29</sup> werden muss? Das Verdikt gegenüber dem „Deckmantel der Heimlichkeit und Unkontrollierbarkeit“ gerät auf diese Weise doch wahrlich

<sup>24</sup> So ausdrücklich *Meyer-Goßner* ZRP 2004, 187.

<sup>25</sup> *Weigend* NSTZ 1999, 57, 59.

<sup>26</sup> BGHSt 43, 195, 202.

<sup>27</sup> Zum Folgenden BGHSt 43, 195, 204 ff. und die Kritik hieran bei *Rönnau* wistra 1998, 49 ff. („halbherzig“); *Weigend* NSTZ 1999, 57, 59 ff.

<sup>28</sup> *Eschelbach* ZAP 2013, 1249: „reiner Showeffekt“.

<sup>29</sup> In BGHSt 43, 195, 206 bezieht sich die Protokollierungspflicht lediglich auf das „Ergebnis der Absprache“.

zur „bloßen Rhetorik“, weil damit de facto Billigung erfährt, dass „die Hauptverhandlung zum bloßen Erörterungs- oder gar nur (Geständnis-)Vollzugs- und Verkündungstermin degeneriert“<sup>30</sup>. Und wie ernst ist das Verbot der Punktstrafe (aufgrund unzulässiger gerichtlicher „Vorwegbindung“)<sup>31</sup> eigentlich noch zu nehmen, wenn es zugleich unschädlich sein soll, dass die tatsächlich verhängte Strafe mit der ursprünglichen „Prognose“ (in Bezug auf die Strafobergrenze) punktgenau übereinstimmt?

Aus der Perspektive einer interessengesteuerten Rechtspraxis<sup>32</sup> ließ das Grundsatzurteil des 4. Strafsenats daher erfreulicherweise unbeantwortet, wann das Locken mit der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses im Zusammenwirken mit der Drohwirkung einer deutlich höheren Strafsanktion „bei streitiger Verhandlung“ (sog. „Sanktionenschiere“) ggf. doch in den Anwendungsbereich des § 136a StPO fällt, wann die öffentliche Hauptverhandlung so sehr entleert ist, dass die Öffentlichkeitsmaxime tatsächlich einmal verletzt sein könnte, auf welche Weise und anhand welcher Bezugsgröße ein Geständnis „auf seine Glaubwürdigkeit hin überprüft werden“ müsse,<sup>33</sup> um der gerichtlichen Aufklärungspflicht gerecht zu werden, wie sich das Unterlaufen des Verbots einer „Punktstrafe“ durch – denklogisch ja ebenfalls unzulässige – stillschweigend-einvernehmliche Vorabfestlegung verhindern lassen sollte und wie sichergestellt werden könnte, dass der Strafausspruch „den Boden schuldangemessenen Strafens“<sup>34</sup> nicht verlässt. All diese Fragen hätten, um die hehren Grundsätze, die nicht aufgegeben werden sollten, wirklich zu sichern, durch deutliche Markierung konkreter Grenzlinien beantwortet werden müssen, um dem mutmaßlichen strategischen Ziel einer „goldenen Brücke in die Legalität“ eine gewisse Erfolgsaussicht zu verleihen. Dies ist, vielleicht auch im fortwirkenden Vertrauen auf die Professionalität und den beruflichen Ethos der Strafjustiz, jedenfalls nicht hinreichend geschehen, ebenso wie zu der Frage, wie sich eine konkludente oder über den Verteidiger „outgesourcte“ Bindung des Angeklagten hinsichtlich des erwarteten Rechtsmittelverzichts effektiv verhindern lassen soll.

Die Einsicht, dass die bloße Verbotserklärung in Bezug auf ein ausdrückliches gerichtliches „Verlangen“ bzw. „Sichversprechenlassen“<sup>35</sup> nicht ge-

<sup>30</sup> Weigend NStZ 1999, 57, 59; siehe auch Hauer NJ 2013, 93, 96: „bloßer Beurkundungstermin“.

<sup>31</sup> Notabene: Auch in der Bekanntgabe bloß einer Strafober- (und ggf. -unter-)grenze liegt natürlich schon eine vertrauensbegründende Teilbindung, und dies umso mehr, wenn wegen der darin bereits einberechneten geständnisbedingten Milderung „oftmals die später im Urteil verhängte Strafe diese Strafhöhe erreichen“ müsse (so BGHSt 43, 195, 208).

<sup>32</sup> Zur Interessenlage der Beteiligten statt vieler nur Schoop Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, 2006, S. 52 ff.

<sup>33</sup> BGHSt 43, 195, 204.

<sup>34</sup> BGHSt 43, 195, 208.

<sup>35</sup> Hierauf beschränkt BGHSt 43, 195, 204 f.

nügen werde, provozierte bekanntlich (nach zwischenzeitlicher Kontroverse zwischen den einzelnen Senaten) die zweite Grundsatzentscheidung, jetzt des Großen Strafsenats, und in der Sache die Erweiterung des Verbots um ein sonstiges aktives „Hinwirken“ sowie die Sanktionierung eines potentiellen Regelverstößes mit der Rechtsfolge einer – grundsätzlichen – Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts.<sup>36</sup> Die Abwendbarkeit dieser Folge durch Erteilung einer „qualifizierten Belehrung“ schaffte jedoch wiederum eine Hintertüre und weckte Zweifel an der Ernsthaftigkeit des Unterfangens, da es doch nicht um die Beseitigung eines Informationsdefizits, sondern vielmehr einer sozialpsychologischen Nötigungslage gehen musste.<sup>37</sup> Vor allem aber erteilte der Große Strafsenat jetzt den Urteilsabsprachen von höchster Warte aus explizit eine grundsätzliche Absolution und nahm der Rechtspraxis damit unter Verweis auf die „knappen Ressourcen“ etc. endgültig ihr schlechtes Gewissen,<sup>38</sup> änderte dabei aber in einzelnen Details zugleich nochmals die „Abspracheregeln“ (insbesondere hinsichtlich der gelockerten Bindungswirkung des Gerichts), was das Vertrauen in die Verlässlichkeit des Rechts zwangsläufig untergraben musste, noch dazu in Verbindung mit dem gleichzeitigen Eingeständnis der Unvollständigkeit dieser Regeln, mit der sich der nachdrückliche Appell in Richtung des Gesetzgebers verband.<sup>39</sup> Dieser hat schließlich ein weiteres Mal die Regeln teilweise verändert (z.B. hinsichtlich der Strafuntergrenze), jedoch zentrale Fragen weiterhin unbeantwortet gelassen,<sup>40</sup> was mittlerweile wiederum die Rechtsprechung zur – nicht immer widerspruchsfreien – fortlaufenden kasuistischen Rechtsfortbildung nötigt, die zunehmend unüberschaubar zu werden droht.<sup>41</sup> Wie kann es da aber noch ernstlich überraschen, wenn die Rechtspraxis nach einer langen Phase der Toleranzerfahrung, als ein klares Wort zunächst ausblieb und sodann die Bedingungen eher weich und veränderbar erschienen, sich nur schwer an die neuen Protokollierungs- und Mitteilungspflichten (vgl. §§ 243 Abs. 4, 273 Abs. 1a StPO) gewöhnen mag, zumal diese ja augenfällig auch nur den formalen Anschein eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens produzieren?

<sup>36</sup> BGHSt (GS) 50, 40, 56 f. und 60 f.

<sup>37</sup> Dazu bereits krit. *Duttge/Schoop* StV 2005, 421 ff.; von BGHSt (GS) 50, 40, 60 durchaus gesehen: „Zugzwang“.

<sup>38</sup> BGHSt (GS) 50, 40, 53 f.

<sup>39</sup> BGHSt (GS) 50, 40, 51 ff. und 63 f.

<sup>40</sup> Z.B.: „geeignete Fälle“ i.S.d. § 257c Abs. 1 S. 1 StPO, Vereinbarkeit mit § 244 Abs. 2 StPO, Zugehörigkeit der „minder schweren Fälle“ zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage, notwendige Verteidigung, Reichweite des Verwertungsverbots nach § 257c Abs. 4 S. 3 StPO, Beruhenszusammenhang bei Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 257c Abs. 5 StPO usw.

<sup>41</sup> Allein seit Inkrafttreten des Verständigungsgesetzes 2009 sind (nach eigener Zählung) mindestens 33 bundes- und obergerichtliche Entscheidungen ergangen (Stand: Februar 2014).

### III. „Prozeduralisierung“ als Lösung?

Gewiss war es dem Gesetzgeber erklärtermaßen von besonderer Wichtigkeit, die „Transparenz“ des Strafverfahrens sowohl zugunsten aller Verfahrensbeteiligten als auch zugunsten der Öffentlichkeit sicherzustellen: Die „Verständigung“ müsse sich „im Lichte der öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren“ und dürfe nicht (weiterhin) im Dunkel der Heimlichkeit stattfinden.<sup>42</sup> Mit Blick auf eine evtl. revisionsgerichtliche Kontrolle ging der Gesetzgeber sogar so weit, auch ein „Negativtestat“ zu verlangen (§ 273 Abs. 1a S. 3 StPO), um eine zweifelsfreie Beweissituation darüber herbeizuführen, dass eine Verständigung wirklich nicht stattgefunden hat. Allerdings neigt die Rechtspraxis bislang nicht dazu, diese Verfahrensregel zu beachten, die offenbar allenthalben als „bevormundende Förmerei“ empfunden wird: Die „Altenhain-Studie“, in die aufgrund der Erhebungsmethode (Befragung) eher ein regelaffiner Bias eingeflossen sein dürfte, spricht nüchtern davon, dass diese Verfahrensvorgabe „weithin unbeachtet bleibt“<sup>43</sup>. Dann aber ist die Transparenz gerade nicht gesichert und muss das tatsächliche Geschehen ggf. erst mühsam im Wege des Freibeweisverfahrens ermittelt werden. Ähnlich liegt es hinsichtlich der Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO, wenngleich hier das Gesetz – insoweit der Praxis entgegenkommend, aber systematisch im Verhältnis zu § 273 Abs. 1a StPO nicht ganz stimmig – eine „Negativmitteilung“ nur bei gescheiterten Verständigungsgesprächen verlangt.<sup>44</sup> Einer Mitteilung bedarf es aber ohnehin nur dann, wenn die im Vorfeld bzw. außerhalb der Hauptverhandlung vonstatten gegangenen „Erörterungen“ (vgl. §§ 202, 212 StPO) die Möglichkeit einer „Verständigung“ (§ 257c StPO) zum „Gegenstand“ hatten, d.h. selbige dürfen von Gesetzes wegen sehr wohl intransparent bleiben, wenn aus Sicht des Vorsitzenden „nur solche Gespräche stattgefunden haben, die dem Regelungskonzept des Verständigungsgesetzes vorgelagert und von ihm nicht betroffen sind“<sup>45</sup> – als gäbe es im Rahmen eines Strafverfahrens auch die „unverbindliche Plauderei“!<sup>46</sup> Mit anderen Worten ist damit die Möglichkeit gesetzlich implementiert, die gewiss nicht trennscharfe und je nach Kommunikationsgeschick durchaus verschiebbare Abgrenzung dieser beiden Typen von „Erörterungen“ so zu manipulieren, dass die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO (und dementsprechend auch die Protokollierungspflicht) nicht besteht. Dies gilt umso mehr, als der Bundesgerichtshof offenbar einer restriktiven Deutung des

<sup>42</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/12310, S. 8, 12; BVerfG NJW 2013, 1058, 1064 f. (Rn. 82).

<sup>43</sup> *Altenhain/Dietmeier/May* Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren, 2013, S. 154: „Fast 70 % aller Richter halten eine Protokollierung für nicht erforderlich“.

<sup>44</sup> So jetzt ausdrücklich BGH NJW 2013, 3045 ff.

<sup>45</sup> BGH NJW 2013, 3045, 3046.

<sup>46</sup> Mit Recht krit. *Harrendorf/König* Anwbl. 2013, 321, 322.

§ 243 Abs. 4 StPO zuneigt und eine gerichtliche „Einschätzung der Sach- und Rechtslage“ noch längst nicht als hinreichendes Beweisanzeichen für die „Vorbereitung einer Verständigung“ ansieht.<sup>47</sup> Auch hier ist die erhoffte Transparenz somit keineswegs sichergestellt und kann ein Revisionsvorbringen unter Verweis auf § 344 Abs. 2 StPO unschwer als unzulässig zurückgewiesen werden, weil nicht bestimmt genug dargelegt ist, „in welchem Verfahrensstadium, in welcher Form und mit welchem Inhalt Gespräche stattgefunden haben, die auf eine Verständigung *abzielten*“<sup>48</sup> – was der Revisionsführer womöglich gar nicht wissen und im Übrigen sicher auch nicht so leicht belegen können wird.

Davon abgesehen wird der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO nicht ganz ohne Pathos der Zweck zugeschrieben, einen „Informationsgleichstand sämtlicher Verfahrensbeteiligter“ herzustellen,<sup>49</sup> was in der Sache freilich nichts anderes bedeutet als eine Art Kompensation dafür, dass einzelne Verfahrensbeteiligte (i.d.R. auch der Angeklagte) von den „Vorgesprächen“ ausgeschlossen waren. Ganz ähnlich soll die Belehrungsvorschrift des § 257c Abs. 5 StPO den Angeklagten in die Lage versetzen, eine „autonome Entscheidung über seine Mitwirkung an der Verständigung [zu] treffen“<sup>50</sup>: „Die Erwartung der Bindung des Gerichts [an seine Strafmaßprognose] bildet (...) Anlass und Grundlage der Entscheidung des Angeklagten über sein prozessuales Mitwirken; damit entsteht eine wesentlich stärkere Anreiz- und Verführungssituation, als es mangels Erwartung einer festen Strafobergrenze etwa in der Situation von § 136 Abs. 1 oder § 243 Abs. 5 StPO der Fall ist. Der Angeklagte muss deshalb wissen, dass die Bindung keine absolute ist (...)“<sup>51</sup>. Ebenso wie schon bei der „qualifizierten Belehrung“ greift es jedoch auch hier wesentlich zu kurz anzunehmen, dass einer sozialpsychologischen „Anreiz- und Verführungssituation“ die bloße Informationsgabe hinreichend entgegenwirken und gar die „Autonomie“ eines Angeklagten gewährleisten könne. In Wahrheit geht es doch weit weniger um die Eröffnung einer echten Partizipation, sondern weit mehr darum, den „informierten Angeklagten“ für sein Votum, zu dem er ohne sein Mitwirken gedrängt worden ist (vgl. § 257c Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 StPO: „Das Gericht kann ...“,

<sup>47</sup> So BGH NStZ 2013, 724, 725; s. dagegen BVerfG NJW 2013, 1058, 1065 (Rn. 84), wonach zu den Gesprächen, die nicht unter die Mitteilungspflicht fallen, allein solche zählen, „die ausschließlich (!) der Organisation sowie der verfahrenstechnischen Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung dienen, etwa der Abstimmung der Verhandlungstermine“.

<sup>48</sup> KG StV 2014, 78.

<sup>49</sup> BGH NStZ 2013, 724; OLG Celle NStZ 2012, 285, 286; *Weider* in: Niemöller/Schlothauer/Wieder (Hrsg.), Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, Teil C Rn. 37.

<sup>50</sup> BGH NStZ-RR 2013, 350.

<sup>51</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1071 (Rn. 126); ebenso BVerfG NStZ-RR 2013, 315, 316.

„Das Gericht gibt bekannt ...“), verantwortlich machen (und sich selbst damit zugleich beruhigen) zu können. Wollte man schon dies als hinreichenden Ausdruck „autonomen“ Handelns betrachten, so wäre etwa im Kontext ärztlicher Heileingriffe den Anforderungen an die hier zentrale „Patientenautonomie“<sup>52</sup> bereits dann Genüge getan, wenn man den Patienten – natürlich nach vorheriger Aufklärung – dazu drängen würde, entweder die große oder die kleinere Operation hinzunehmen.

Zweifelsohne trifft die Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts zu, dass die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationsvorschriften gleichsam den „Kern des gesetzlichen Regelungskonzepts“<sup>53</sup> ausmachen: Dass sie durch Schaffung (vermeintlich) „vollumfänglicher Transparenz“ aber eine „Einhegung“ der Urteilsabsprachen bewirken, so dass sich die damit „verbundenen Risiken für die Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess (...) minimieren“, ist nurmehr Ausdruck des „Prinzips Hoffnung“. Denn Verfahrensregeln dienen in erster Linie der Verfahrensgerechtigkeit („Fairness“), von ihnen führt aber ohne einen übergreifenden inhaltlichen Kompass kein Weg zur erstrebten Ergebnisrichtigkeit. Der bloße Konsens der konkret Beteiligten lässt bekanntlich erst dann auf ein „vernünftiges“ bzw. aus materiellen Gründen „akzeptierbares“ Resultat hoffen, wenn erstens die materiellen Beurteilungsmaßstäbe zweifelsfrei und für alle verbindlich vorgegeben und zweitens alle Beteiligten hinreichend willig und befähigt sind, ihre Beurteilung auch danach auszurichten.<sup>54</sup> Die „Legitimität des Verfahrens“ ist damit zwar durchaus eine notwendige, aber noch längst keine hinreichende Bedingung für die „Richtigkeit“ bzw. begründete „Zustimmbarkeit“<sup>55</sup> der am Ende getroffenen Entscheidung.<sup>56</sup> Das sieht selbstredend auch der Gesetzgeber so, denn sonst hätte er seinen verfahrensbezogenen „Abspracheregeln“ nicht eine Reihe von materiellen „Tabunormen“ hinzugefügt: dass z.B. nicht über den Schuldspruch disponiert und die Pflicht zur Wahrheitsermittlung nicht geschmälert werden dürfe. Gewiss wird man letzteres als performativen Selbstwiderspruch ansehen müssen, weil doch schon der originäre Sinn der auf beschleunigte Verfahrensbeendigung abzielenden „Verständigung“ gerade darin liegt, sämtliche nach weiteren Erkenntnissen strebende Bemühungen bewusst vorzeitig einzustellen.<sup>57</sup> Doch ist im hiesigen Kontext viel bedeutsamer, dass die hehren Bekenntnisse aller

<sup>52</sup> Dazu jüngst umfassend *Simon/Wiesemann* (Hrsg.), *Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – praktische Anwendungen*, 2013.

<sup>53</sup> Hierzu wie zum Folgenden BVerfG NJW 2013, 1058, 1066 (Rn. 96); ähnlich BGH NStZ 2012, 347.

<sup>54</sup> Dazu näher *Duttge* ZStW 115 (2003), 539, 547 ff. (m.w.N.).

<sup>55</sup> *Habermas* in: *Fahrenbach* (Hrsg.), *Wirklichkeit und Reflexion*, 1973, S. 211, 219.

<sup>56</sup> Wie hier bereits *Neumann* ZStW 101 (1989), 52, 70.

<sup>57</sup> Dazu bereits *Duttge* Meijo Law Review 61 (2012), Nr. 4, S. 1 ff. (m.w.N.).

Autoritäten des Rechts (Bundesgerichtshof, Gesetzgeber, Bundesverfassungsgericht) auf der Prinzipienebene (Schuld-, Aufklärungsgrundsatz, nemo teneatur-Grundsatz usw.) stehenbleiben, ohne halbwegs konkrete Grenzkriterien zu deren Operationalisierung zu nennen und wirksame (externe) Kontrollmechanismen zu etablieren, abgesehen vielleicht von den Revisionsgerichten, die sich freilich insoweit, also jenseits der Feststellung konkret sichtbarer Verfahrensverstöße, verständlicherweise weit schwerer tun (sofern sie nicht durch eine Rücknahme des Rechtsmittels<sup>58</sup> oder Verstreichenlassen der Frist ohnehin „ausgebootet“ werden). Auf diese Weise ist daher der Schein- oder Als-ob-Charakter des heutigen Strafprozesses geradezu vorprogrammiert.

Den stärksten Grund gegen die mit dem Verständigungsgesetz 2009 sichtlich angelegte „Prozeduralisierung“ des Problems bildet jedoch der Umstand, dass dadurch (allein) das eigentlich verfolgte Anliegen dennoch nicht erreicht werden kann: dass nämlich „informelle Absprachen“ und „Gentlemen’s Agreements“ künftig verlässlich unterbleiben. Gewiss muss schon dem Vorhandensein des gesetzlichen Regelungskonzepts denklogisch entnommen werden, dass es abschließend den Raum des Zulässigen markieren soll,<sup>59</sup> mithin jeder, der jenseits dessen agiert, per definitionem gerade nicht auf die Schutzmechanismen des Rechts hoffen kann. Das ändert jedoch nichts an der Schutzbedürftigkeit insbesondere des Angeklagten, der einem rechtswidrigen „Dealen“ ohne das Recht schutzlos ausgeliefert wäre. Diese Paradoxie hat das OLG München dazu veranlasst, das Rechtsmittelverzichtsverbot des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO auch – und sogar „erst recht“ – bei „informellen Verständigungen“ für anwendbar zu erklären.<sup>60</sup> Das lässt sich im Ergebnis leicht nachvollziehen, denn in der gegenteiligen Wertung läge ja „geradezu eine Aufforderung (...), die gesetzliche Regelung zu umgehen“<sup>61</sup>. Nur ergibt sich dieses Wunschergebnis gerade nicht aus dem Gesetz (das vielmehr ganz im Gegenteil auf „Verständigungen“ im Sinne des § 257c StGB verweist)<sup>62</sup>, muss sich jede dahingehende Argumentation also notwendig in Widersprüche verheddern<sup>63</sup> und führt ungeachtet aller gesetzlicher Transparenzvorgaben am Ende kein Weg daran vorbei, dass sich bei deren bewusster Missachtung nur noch mit Mühe und ohne klare Kriterien (im Wege einer „Gesamtschau“) freibeweislich das Vorliegen einer „informellen Verständigung“ ermitteln

<sup>58</sup> Die nach BGH NJW 2010, 2294 f. ungeachtet der damit bewirkten Umgehung des Verzichtsverbots aus § 302 Abs. 1 S. 2 StPO wirksam ist.

<sup>59</sup> Dezidiert BVerfG NJW 2013, 1058, 1064 (Rn. 75 ff.).

<sup>60</sup> OLG München NJW 2013, 2371, 2375; dem sich ausdrücklich anschließend OLG München StV 2013, 493, 494; siehe dazu auch Kudlich NJW 2013, 3216 ff.

<sup>61</sup> Meyer-Gofßner StV 2012, 141, 145.

<sup>62</sup> Zutr. Niemöller NSTz 2013, 19, 22.

<sup>63</sup> Vgl. OLG München NJW 2013, 2371, 2374: entsprechende Anwendung des § 302 Abs. 1 S. 2 StPO, weil die Verständigung durch das Gesetz eine abschließende Regelung erfahren hat?

lässt. Mit anderen Worten können also die konkret Verfahrensbeteiligten, solange zwischen ihnen Einvernehmen besteht, auch weiterhin begründeter Hoffnung sein, dass das eigene „Dealen“ ungeachtet der anders lautenden gesetzlichen Vorschriften „relativ unbemerkt vonstattengehen kann“<sup>64</sup>. Im Ganzen erinnert das doch sehr an das niederländische Euthanasiegesetz, das in gleicher Weise mit dem Mittel der Transparenz die zuvor heimlich vollzogene Praxis der Mitleidstötung einhegen wollte, freilich mit dem zweifelhaften Erfolg, dass heute eben offen und guten Gewissens dasjenige geschieht, was man dennoch mit guten Gründen arg bedenklich finden kann.<sup>65</sup>

#### IV. Vom „regulatorischen“ zum „reflexiven Recht“

Angesichts des absehbaren Fehlschlages der sich mit dem Verständigungsgesetz 2009 verbindenden Hoffnungen auf eine „Rückkehr in die Legalität“ (nicht etwa nur verfahrensrechtlich, sondern mit Blick auf die zentralen Zwecksetzungen eines Strafverfahrens) ist eine Klärung der rechtspolitisch-strategischen Frage längst überfällig, welche alternativen Optionen denn überhaupt noch bleiben. Nach dem Vorstehenden lässt sich wohl leicht einsehen, dass es ein „Weiter so“ nicht geben sollte und auch die Hoffnung auf eine Art von „Selbstreinigung“, sei es durch appellativen Verweis auf den „Berufsethos“ der Richterschaft<sup>66</sup> oder auf die normative Wächterrolle der Staatsanwaltschaft als „Garantin für Rechtsstaatlichkeit und gesetzmäßige Verfahrensabläufe“<sup>67</sup>, durch die zurückliegende Entwicklung längst zerstoßen ist. Sie erscheint angesichts des quantitativen und qualitativen Ausmaßes des Problems ähnlich illusorisch wie die vorgebliche Selbstreinigung im Bereich der Ärzte- und Pharmakorruption etwa durch Verabschiedung sog. Ethik-Kodizes.<sup>68</sup> Dass gerade derjenige Berufsstand, dessen nicht immer prinzipientreues „Eigenleben“ und dessen Einbuße an selbstkritischer Vorsicht gegenüber den eigenen Gewissheiten in Frage steht, vermehrt dienstaufsichtliche Maßnahmen (§ 26 Abs. 2 DRiG) ergreifen oder gar staatsanwaltschaftliche Ermittlungen wegen Rechtsbeugung (§ 339 StGB)<sup>69</sup> einleiten wird, steht nicht zu erwarten; abgesehen von den schwierigen Abgrenzungs-

<sup>64</sup> Berichtet im Verfahren des OLG München NJW 2013, 2371, 2375.

<sup>65</sup> Dazu etwa *Duttge u.a.* Preis der Freiheit. Reichweite und Grenzen individueller Selbstbestimmung zwischen Leben und Tod, 2006, S. 21 ff., 52 f.

<sup>66</sup> Dahin *Beulke* JZ 2013, 662, 672.

<sup>67</sup> BVerfG NJW 2013, 1058, 1066 (Rn. 92); harsch abl. *Harrendorf/König* Anwbl. 2013, 321, 322: würde „Bock zum Gärtner“ gemacht.

<sup>68</sup> Dazu die Beiträge in Duttge (Hrsg.), *Tatort Gesundheitsmarkt. Rechtswirklichkeit – Strafwürdigkeit – Prävention*, 2011.

<sup>69</sup> Dazu bereits *Schünemann* (Fn. 1), S. 131 ff.

fragen vor dem Hintergrund der richterlichen Unabhängigkeit und dem Umstand, dass hiermit natürlich stets bloß die ärgsten „Ausreißer“ erfasst werden könnten (und ansonsten nur der gute Glaube an eine abschreckende Wirkung bleibt), wäre eine Reduktion des Problems auf die reine Repression mit Blick auf die bestehenden Unsicherheiten bei den konkreten (materiellen) Grenzkriterien weder fair noch ausreichend.

Noch weniger zielführend ist es freilich, die Not schlankweg zur Tugend zu erklären, auf dass die Probleme gleichsam von selbst verschwinden. Eben dies ist jedoch die Strategie jener, die den (realen) „Konsens“ als neues Paradigma des Strafprozesses<sup>70</sup> und die Informalität des auf beschleunigte Verfahrensbeendigung zielenden Kommunikationsgeschehens gleichsam als längst fällige Modernisierung des überkommenen – „patriarchalisch-konfrontativen“ – Strafprozesses feiern.<sup>71</sup> Das verkennet von Grund auf, dass sich die „soziale Funktion eines Strafprozesses“ schlechterdings nicht ohne die allgemeine Strafgerechtigkeit denken lässt.<sup>72</sup> Wer dies nicht sehen will, setzt die Glaubwürdigkeit und Akzeptanz der Strafjustiz im Verständnis der Rechtsgemeinschaft aufs Spiel. Umgekehrt besteht jedoch (auch) im hiesigen Kontext ganz offensichtlich eine eklatante „Steuerungskrise“ des – sei es richterrechtlichen oder gesetzten – (Straf-)Rechts,<sup>73</sup> die sich nicht durch ein kindisches Verharren im normativistischen Steuerungsanspruch oder gar noch Steigern der Regulierungsdosis („more of the same“) bis hin zu einem kategorischen Verbot realiter beseitigen lässt.<sup>74</sup> Die Gründe hierfür liegen vor allem darin, dass sich die Praxis zu einem erheblichen Teil offenbar dazu berechtigt glaubt, auf eigenen Wegen der „Verständigung“ zu einem beschleunigten Verfahrensabschluss zu gelangen, und zwar – so das in der Regel vorherrschende Selbstverständnis – ohne Einbußen an Wahrheitsermittlung, schuldangemessenem Strafen etc. Ein kluger Gesetz- oder Ersatzgesetzgeber wird dieses Selbstverständnis nicht autoritär übergehen, zumal er ja selbst mitnichten den Anspruch auf umfassendes lückenloses Vorauswissen über die angemessenen Grenzmarkierungen erheben kann – die Regelungsarmut des Verständigungsgesetzes zu den zentralen Aspekten spricht dabei ebenso Bände wie die Fülle an fortlaufend sich ergießender Judikatur,<sup>75</sup> welche die weiten Spielräume – freilich am eigenen Vorverständnis ausgerichtet – auszu-

<sup>70</sup> Siehe etwa *Jahn* ZStW 118 (2006), 427 ff. m.w.N.

<sup>71</sup> So zuletzt *Bittmann* NJW 2013, 3017 ff.

<sup>72</sup> Wie hier bereits *Weigend* ZStW 113 (2001), 271, 304; s. auch *Harms* FS Nehm, 2006, S. 289, 294: „Schuldangemessene, den Grundsätzen der Spezial- und Generalprävention verpflichtete Strafen, die von der Bevölkerung erwartet werden, sind in der Regel im Konsens nicht zu erzielen“.

<sup>73</sup> Dazu allgemein *Eicker* Die Prozeduralisierung des Strafrechts, 2010, S. 49 ff. m.w.N.

<sup>74</sup> Erfrischend *Meyer* NJW 2013, 1850 ff.

<sup>75</sup> Oben Fn. 41.

füllen versucht. Man kann hierin zwar durchaus eine Variante der vorsichtig-experimentierenden Gesetzgebung (i.w.S.) „case to case“ erkennen, freilich mit der Gefahr einer sich widersprechenden oder am Ende gänzlich unübersichtlich werdenden Kasuistik, die vielleicht Einzelfallgerechtigkeit, aber keine Rechtssicherheit mehr zu geben vermag. Zudem bleibt es insoweit natürlich bei der autoritativ-regulativen Idee von Rechtsetzung, welche die hiesige Problemstellung aber nicht konstruktiv auflösen kann.

In dieser Lage empfiehlt es sich, den Prozeduralisierungsgedanken gleichsam auf die Ebene der Rechtsetzung zu heben und – weg von der bisherigen Konfrontationsstellung – zu einem strukturierten Prozess der Rechtsgewinnung im konzertierten Zusammenwirken von Theorie und Praxis zu gelangen.<sup>76</sup> Darin liegt die Idee des „reflexiven Rechts“<sup>77</sup>, das sich – auch mit Blick auf die unüberschaubare Vielfalt möglicher Konstellationen und Komplexität der Zusammenhänge – der Begrenztheit einer dirigistischen Rechtsetzung „vom grünen Tisch“ bewusst ist und deshalb die Erfahrungen und Erkenntnisse der weit näher am Rechtsgeschehen befindlichen Protagonisten einzubeziehen bestrebt ist. Es geht dabei freilich nicht darum, auf materielle Vorgaben zu verzichten und sich auf Verfahrensregeln zu beschränken, die gleichsam flexibel und mehr oder weniger nach Belieben gehandhabt werden könnten. „Reflexives Recht“ verzichtet zwar (zunächst) auf eine direkte Außensteuerung, aber nicht mit Ziel eines Verzichts auf Steuerung, sondern um dem Recht unter Einbeziehung all seiner Protagonisten die Möglichkeit seiner eigenen Reproduktion zu eröffnen:<sup>78</sup> Reflexives Recht ist also „der Versuch, dem Paradox steigender Verrechtlichung und gleichzeitig steigender Ineffizienz [dadurch] zu entkommen“, dass das rechtliche Entscheidungsprogramm nicht autoritativ gesetzt, sondern gleichsam als gemeinsames „Lernprogramm“<sup>79</sup> begriffen wird. Auf den hiesigen Kontext bezogen führt somit jedes eindimensionale Verständnis von Rechtsetzung – sei es wie tradiert entweder „von oben“ oder aber „von unten“<sup>80</sup> – gleichermaßen in die Sackgasse; vielmehr bedarf es eines fruchtbaren Zusammenwirkens im Sinne einer gemeinsamen Reflexion darüber, unter welchen materiellen wie verfahrensmäßigen Bedingungen eine verfahrensbeschleunigende „Verständigung“ aus Sicht aller beteiligten Rollentypen wie (nicht zuletzt auch) aus der Perspektive der Rechtsgemeinschaft akzeptiert werden kann. Es liegt auf der Hand, dass daran auch die Strafjustiz ein elementares Interesse haben muss, nicht

<sup>76</sup> Zu diesen zwei Bedeutungen des Begriffs „Prozeduralisierung“ etwa *Eder ZfRSoz* 1987, 193 f.

<sup>77</sup> Dazu aus rechtssoziologischer Sicht etwa *Luhmann ZfRSoz* 1985, 1 ff.; *Teubner ARSP* 1982, 13 ff.

<sup>78</sup> Vgl. *Eder ZfRSoz* 1987, 193, 195 f.

<sup>79</sup> *Eder ZfRSoz* 1986, 1, 27.

<sup>80</sup> Zu diesen Regulierungstypen etwa *Baer Rechtssoziologie*, 2011, § 6 IV 1.

zuletzt auch mit Rücksicht auf ihren eigenen Anspruch auf Gleichbehandlung. Und es liegt ebenso auf der Hand, dass zur kritisch-anleitenden Begleitung niemand anderes als die „kritischen Geister“ der Strafprozessrechtswissenschaft berufen sein können. Wer sonst sollte hierzu aber zuvörderst gehören, wenn nicht der verehrte Jubilar, der seit Jahrzehnten unermüdlich und unverdrossen eine „rechtsstaatlich ausgewogene Lösung“<sup>81</sup> einfordert.

<sup>81</sup> *Schünemann* FS Wolter, 2013, S. 1107, 1129.

