

Verständigung und positive Generalprävention

**– Eine Untersuchung der Verständigung im Strafverfahren gemäß § 257 c
StPO hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention;
zugleich ein Beitrag zu den Straftheorien und der Strafzumessung –**

von

Florian J. Schmitz-Remberg, B.A.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Sommersemester 2014 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung erfolgte im Oktober 2014. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis Februar 2014 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. *Helmut Frister* für die herausragende und vorbildliche Betreuung dieser Arbeit. Ich hatte das außerordentliche Glück, von ihm lernen zu dürfen und in vielerlei Hinsicht im Rahmen der Erstellung dieser Schrift zu wachsen.

Herrn Prof. Dr. *Helmut Frister* wie auch Herrn Prof. Dr. *Horst Schlehofer* als Zweitgutachter gebührt Dank für die außerordentlich schnelle Erstellung der Gutachten.

Ferner gebührt mein Dank insbesondere Herrn *Maximilian Eisenmann*, Frau *Thekla Kütber* sowie Frau *Suad Al-Haj Mustafa* für die aufschlussreichen Gespräche wie auch die wertvollen Anregungen zu dieser Schrift. Meinen Arbeitgebern zur Zeit der Erstellung, *Godefroid & Pielorz* und *Linklaters*, sei für die mir vielfältig zuteil gewordene Unterstützung ebenfalls gedankt.

Schließlich will ich meinen Eltern, *Herbert* und *Rosemarie Schmitz-Remberg*, danken. Ihre Unterstützung war über die Jahre hinweg großartig und alles andere als selbstverständlich. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Florian J. Schmitz-Remberg, Oktober 2014

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	- 3 -
Abkürzungsverzeichnis.....	- 6 -
A. Einleitung.....	- 8 -
B. Der Untersuchungsgegenstand der Verständigung.....	- 11 -
I. Zum Begriff der Verständigung.....	- 11 -
1. Der Begriff der Verständigung.....	- 11 -
2. Die mit der Begriffswahl verbundene Einstellung.....	- 11 -
3. Die Begrifflichkeiten innerhalb dieser Schrift.....	- 12 -
II. Die Entwicklung der Verständigung im Überblick.....	- 13 -
1. Die Anfänge der Verständigung.....	- 13 -
2. Die Verbreitung der Verständigung.....	- 14 -
3. Die Rechtsprechung bis zur Normierung der Verständigung.....	- 15 -
4. Der Weg zur Normierung der Verständigung.....	- 17 -
5. Das Bundesverfassungsgericht zur normierten Verständigung.....	- 18 -
III. Das Für und Wider der Verständigung und die Zukunft des Strafverfahrens.....	- 18 -
1. Die Vorzüge der Verständigung.....	- 19 -
2. Die Kritik der Verständigung.....	- 21 -
3. Die vermeintliche Zukunft des Strafverfahrens in Hinblick auf die Verständigung.....	- 23 -
C. Die Straftheorien.....	- 25 -
I. Allgemeine Ausführungen.....	- 25 -
II. Das Gefüge der gängigen Straftheorien im Überblick.....	- 28 -
1. Die absoluten Straftheorien.....	- 28 -
2. Die relativen Straftheorien.....	- 30 -
a) Die spezialpräventiven Theorien.....	- 31 -
b) Die generalpräventiven Theorien.....	- 33 -
3. Der vereinigungstheoretische Ansatz.....	- 36 -
III. Typischerweise geübte Kritik an den gängigen Straftheorien im Überblick.....	- 37 -
1. Kritik an den absoluten Straftheorien.....	- 37 -
2. Kritik an der Spezialprävention.....	- 39 -
3. Kritik an der negativen Generalprävention.....	- 42 -
4. Kritik an der positiven Generalprävention.....	- 45 -
5. Kritik am vereinigungstheoretischen Ansatz.....	- 47 -
IV. Die Darstellung der Einzelheiten der positiven Generalprävention und die Vorzugswürdigkeit eines positiv-generalpräventiven Ansatzes.....	- 47 -
1. Theorien der positiven Generalprävention.....	- 47 -
a) Welcker.....	- 48 -
b) Durkheim.....	- 50 -

c) Mayer.....	- 52 -
d) Welzel.....	- 54 -
e) Haffke.....	- 56 -
f) Hassemer.....	- 57 -
g) Jakobs.....	- 59 -
h) Roxin.....	- 61 -
i) Zusammenfassung.....	- 61 -
2. Die Vorzugswürdigkeit eines positiv-generalpräventiven Ansatzes.....	- 62 -
D. Die Strafzumessung als Verknüpfung zwischen der Verständigung und den Straftheorien.....	- 67 -
I. Allgemeine Ausführungen zur Strafzumessung.....	- 67 -
1. Einleitende Ausführungen.....	- 67 -
2. § 46 StGB im Überblick und das Verständnis von Schuld.....	- 69 -
II. Die wesentlichen Strafzumessungstheorien im Überblick.....	- 74 -
III. Die Vorzugswürdigkeit der Spielraumtheorie und ihre Konsequenz für die Untersuchung des § 257 c StPO	- 76 -
E. Die Vereinbarkeit der Verständigung gemäß § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention.....	- 79 -
I. § 257 c StPO im Lichte positiver Generalprävention	- 79 -
1. Die Untersuchungskriterien und der Gang der Untersuchung.....	- 79 -
a) Die wesentlichen Aspekte der positiven Generalprävention.....	- 79 -
b) Die Anforderungen an das Verfahren im positiv-generalpräventiven Kontext	- 79 -
c) Zum Gang der Untersuchung	- 81 -
2. Die Untersuchung der Verständigung gemäß § 257 c StPO auf ihre Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention	- 82 -
a) § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO und die Begrenzung auf geeignete Fälle	- 82 -
b) § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO und die Unberührtheit des § 244 Abs. 2 StPO.....	- 88 -
c) § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO und der taugliche Gegenstand der Verständigung	- 91 -
aa) Der taugliche Gegenstand der Verständigung im Überblick	- 91 -
bb) Die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens.....	- 93 -
cc) Die tauglichen Gegenstände der Verständigung im Lichte positiver Generalprävention.....	- 95 -
d) § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO und das „Soll“ eines Geständnisses	- 98 -
aa) Die Honorierung des verständigungsgenerierten Geständnisses	- 100 -
bb) Die Honorierung verständigungsgenerierten bloßen Prozessverhaltens abseits eines Geständnisses.....	- 105 -
e) § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO und die nicht tauglichen Gegenstände der Verständigung	- 109 -
f) § 257 c Abs. 3 S. 1 StPO und die gerichtsseitige Bekanntgabe des möglichen Verständigungsinhalts	- 110 -
g) § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO und die Möglichkeit der Setzung einer Strafober- und Untergrenze	- 111 -

h) § 257 c Abs. 3 S. 3, 4 StPO und die Gelegenheit zur Stellungnahme sowie das Zustandekommen der Verständigung	- 113 -
i) § 257 c Abs. 4 StPO und die Möglichkeit des Entfallens der Bindungswirkung.....	- 113 -
j) § 257 c Abs. 5 StPO und die Belehrung des Angeklagten	- 117 -
3. Zusammenfassung.....	- 117 -
II. Die heimliche Verständigung im Lichte positiver Generalprävention	- 118 -
F. Vorschläge zur Auflösung oder Verminderung positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials bei § 257 c StPO	- 122 -
I. Die übergeordnete Berücksichtigung der Verständigung.....	- 122 -
II. Die Begrenzung der maximal möglichen Strafmilderung.....	- 127 -
III. Das zwingende Erfordernis eines Geständnisses.....	- 128 -
IV. Der kommunikative Ansatz im Umgang mit der Verständigung.....	- 128 -
V. Der abschließende Katalog tauglicher Verständigungsgegenstände.....	- 130 -
VI. Die zahlenmäßige Restriktion der Verständigung	- 131 -
G. Vorschlag für eine Anpassung des § 257 c StPO in Ansehung der Ergebnisse der Untersuchung.....	- 133 -
Literaturverzeichnis.....	- 135 -

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Angekl.	Angeklagter/Angeklagten
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen
bzw.	beziehungsweise
DAV	Deutscher Anwaltverein
Einl.	Einleitung
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Golddammers's Archiv
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GS	Großer Senat
GSSt	Großer Senat für Strafsachen
insb.	insbesondere
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
KrimJ	Kriminologisches Journal
m.w.A.	mit weiteren Ausführungen
m.w.N.	mit weiterem Nachweis/mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
SK	Systematischer Kommentar
StA	Staatsanwaltschaft
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger

StVollzG	Strafvollzugsgesetz
u.a.	unter anderem
v.	vom
vgl.	vergleiche
zit.	zitiert
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

A. Einleitung

„In der Neuzeit fungiert als Bindeglied oder Übersetzungsmedium zwischen den übergreifenden Welt- und Menschenbildern auf der einen Seite und den gegebenen strafrechtlichen Regelungen auf der anderen Seite eine besondere Gattung von Überlegungen, die man gewöhnlich Straftheorien nennt. Straftheorien (...) befassen sich mit dem *Sinn und Zweck der Strafe*. Unwillkürlich ergibt sich aus solchen Überlegungen auch, sei es positiv, sei es kritisch, eine *Stellungnahme zur Legitimität des geltenden Strafrechts* bzw. einzelner seiner Regelungen, je nachdem, ob sie nach dem Resultat des straftheoretischen Denkens dem Sinn und Zweck der Strafe entsprechen oder eben gerade nicht. (...) Es sind daher vor allem die Straftheorien, die den ständigen Rechtfertigungsdruck erzeugen, unter dem das Strafrecht steht.“

- *Michael Bock*: Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, in: JuS 1994, S. 89 –

Das Bundesverfassungsgericht hatte im März 2013 zur Verständigung gemäß § 257 c StPO entschieden,¹ dass es dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt sei, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen. Es entschied auch, dass die erst 2009 normierte Regelung der Verständigung² die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben in ausreichender Weise sichere.

Trotz der Vielzahl an Auseinandersetzungen mit der Verständigung im Strafverfahren ist in der Zeit vor und auch nach der Normierung der Verständigung in § 257 c StPO bislang keine Untersuchung ersichtlich, die sich in größerem Umfang dem Zusammenspiel zwischen der Verständigung und den Straftheorien widmet.³

Einer solchen Untersuchung bedarf es jedoch unbedingt, denn aus den Straftheorien ergibt sich – wie *Bock* im eingangs dargebrachten Zitat höchst trefflich ausführt – ein Rechtfertigungsdruck für

¹ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.

² Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.07.2009, BGBl I, S. 2353.

³ Beispiele für in der Literatur aufzufindende Ausführungen hinsichtlich des Zusammenspiels zwischen der Verständigung – oder dem auch geläufigen Begriffs der Absprache, siehe B.I.2. – und den Straftheorien sind etwa folgende:

Als Argument für die Vereinbarkeit der Verständigung mit den Straftheorien wird gelegentlich der „Wandel der Straftheorien“ angeführt, *Braun*, AnwBl 2000, S. 223; *Löffler*, Die Absprache im Strafprozessrecht 2010, S. 21; vgl. *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß 1990, S. 61 ff. Der Gedanke hinter diesem Wandel sei, dass das Strafrecht als solches nicht mehr bloße Idee einer Schuldvergeltung sei, sondern in heutiger Zeit vielmehr als Mittel zur Lösung sozialer Probleme verstanden werde, *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 54, m.w.N.

Hinsichtlich des Vergeltungsgedankens der absoluten Straftheorie wird beispielsweise angeführt, dass dieser mit einer Verständigungspraxis aufgrund der Schuldangemessenheit der Strafe im Einklang stünde, *Tscherninka*, Absprachen im Strafprozeß 1995, S. 47. Auch heißt es etwa, dass der Gerechtigkeit durch die Verständigung kein Abbruch getan werde, da die Findung eines gerechten Ergebnisses der Verständigung durch den zwischen den Verfahrensbeteiligten gefundenen Konsens erreicht werde, vgl. *Gallandi*, NStZ 1987, S. 420; *Widmaier*, StV 1986, S. 359.

Bezüglich der generalpräventiven Aspekte wurde angeführt, dass auch eine infolge von Verständigung mildere Strafe noch immer abschrecken könne, *Ioakimidis*, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren 2001, S. 30. Auch die steigende Zahl von Aburteilungen bei der Bevölkerung infolge von Verständigung erwecke den Eindruck, der Staat reagiere schnell und effektiv auf Straftaten, so dass die Anerkennung der verletzten Norm durch die Bestrafung des normwidrigen Verhaltens in den Augen der Bevölkerung gesichert werde, *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß 1990, S. 63.

die Legitimität des geltenden Strafrechts und seiner einzelnen Regelungen. Es liegt daher nahe, die etablierten Verfahren auf ihre Vereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck von Strafe zu untersuchen.

Strafe und die dazugehörigen Verfahren sind jedenfalls heutzutage nicht „einfach so“ in der Welt; sie sind an Zwecken ausgerichtet, sie verfolgen Ziele. Sinn und Zweck von Strafe ist nach heute jedenfalls in der Literatur bevorzugten Ansicht⁴ die positive Generalprävention. Aus diesem Grund bietet es sich an, eine straftheoretische Untersuchung der normierten Verständigung gemäß § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention vorzunehmen, die überdies auch diesseitig als vorzugswürdige Straftheorie erscheint.⁵

Es ist vorzuschicken, dass straftheoretischen Erwägungen die Möglichkeit verwehrt ist, definitive Antworten zu geben. Die Straftheorien selbst verbleiben oftmals im Ungefähren. Insofern kann ein an sich schwer fassbares Konstrukt wie jenes der positiven Generalprävention nicht wie ein höchst treffliches Werkzeug geführt werden, was den Vorgang der Untersuchung schwierig gestaltet. Wie auch die Straftheorie selbst dem Ungefähren verhaftet bleibt, so sind auch die mit ihr erlangbaren Antworten ebenfalls nicht definitiver Natur. Ziel dieser Arbeit kann es daher nur sein, Konfliktpotential der Normierung der Verständigung im Strafverfahren zur positiven Generalprävention aufzutun und Vorschläge zu dessen Minimierung oder Auflösung darzubieten.

Was die vorliegende Schrift leisten kann und soll ist zunächst – nach einer Einführung in den Untersuchungsgegenstand der Verständigung im Strafverfahren (B.) – eine Auseinandersetzung mit den Straftheorien und insbesondere der positiven Generalprävention (C.). Für den strafzumessungsrelevanten Einfluss der Verständigung bedarf es ferner einer näheren Betrachtung der Strafzumessung (D.). Im Anschluss daran erfolgt die Untersuchung der normierten Verständigung gemäß § 257 c StPO auf ihre Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention (E.). Das hierbei aufgetane positiv-generalpräventive Konfliktpotential soll mittels verschiedener Lösungsvorschläge wenigstens minimiert, wenn nicht gar aufgelöst werden (F.). Die Lösungsvorschläge sollen in Ansehung ihrer Eignung letztendlich in einem Vorschlag zur Anpassung des § 257 c StPO münden (G.).

Das erklärte Ziel dieser Arbeit ist somit die Untersuchung der normierten Verständigung hinsichtlich des Umstands, ob diese dem straftheoretischen positiv-generalpräventiven Rechtfertigungsdruck gewachsen ist und als straftheoretisch legitime Regelung nach

⁴ *Streng*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, § 46, Rn. 42; siehe insb. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 89 mit einer Vielzahl weiterer Nachweise; vgl. im Übrigen u.a. *Braun*, AnwBl 2000, S. 223; *Frister*, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 26; *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S. 128; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß 1990, S. 62; *Zaczyk*, FS Eser 2005, S. 208.

⁵ Siehe C.IV.2.

vorzugswürdiger positiv-generalpräventiver Auffassung gewertet werden darf. Es soll ein Beitrag zu einer möglichen Verbesserung der Strafverfahrenswirklichkeit geleistet werden, so gut dies mit der positiven Generalprävention als Werkzeug möglich ist.

B. Der Untersuchungsgegenstand der Verständigung

I. Zum Begriff der Verständigung

1. Der Begriff der Verständigung

§ 257 c StPO bietet für den Begriff der Verständigung – beziehungsweise dem insbesondere früher ebenfalls geläufigen Begriff der Absprache – keine Legaldefinition. Eine solche, so die Gesetzesbegründung, habe es nicht gebraucht, da der Begriff der Verständigung im allgemeinen Sprachgebrauch hinreichend präzise erfasst und sein wesentliches Merkmal jenes des Einvernehmens sei.⁶

In der Literatur findet sich keine einheitlich gebrauchte Definition für den Begriff der Verständigung oder der Absprache.⁷ Für die Zwecke der vorliegenden Arbeit sei jedoch ein grundlegendes Verständnis der Verständigung im Strafverfahren dargebracht, welches einerseits dem Einvernehmen wie auch der Wechselbezüglichkeit der vorgenommenen Handlungen in besonderer Weise gerecht wird und in seiner Formulierung von *Niemöller* stammt:

„Gemeint ist jede Einigung auf ein beiderseits zu befolgendes Verhaltensprogramm, nach der das Verhalten des einen Partners von dem des anderen abhängig sein soll, der „Vorleistende“ also seinen Verhaltensbeitrag im Blick auf die erwartete Gegenleistung, der „Nachleistende“ den seinigen um der erbrachten Vorleistung willen erbringt.“⁸

2. Die mit der Begriffswahl verbundene Einstellung

Beschäftigt man sich mit der Verständigung im Strafverfahren, so stößt man innerhalb der Literatur insbesondere in der Zeit vor der Normierung auf eine Vielzahl an Begriffen für den Verständigungsprozess. Mit der Normierung des § 257 c StPO hat sich aufgrund des Gesetzeswortlauts der Begriff der Verständigung anscheinend endgültig durchgesetzt.

Anhand der verwendeten Begrifflichkeiten ließ sich oftmals auf den ersten Blick die Einstellung des Verfassers/Redners ausmachen.⁹ Gebräuchliche Ausdrücke waren etwa: „Deal“, „Deal im Strafverfahren“, „Gentlemen’s Agreement“, „Handel“, „Handel mit der Gerechtigkeit“,

⁶ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

Siehe *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 21, m.w.A. zu dieser Entscheidung.

⁷ Siehe etwa nur *Dabs*, NStZ 1988, S. 153, 154; *Ignor/Matt/Weider*, in: Münchener Anwalts Handbuch Strafverteidigung 2006, § 13, Rn. 1; *Ioakimidis*, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren 2001, S. 17; *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren 2008, S. 14, 15, m.w.N.; *Niemöller*, StV 1990, S. 35; *Tscherninka*, Absprachen im Strafprozeß 1995, S. 19.

⁸ *Niemöller*, StV 1990, S. 35.

⁹ Vgl. hierzu etwa *Cramer*, FS Rebmann 1989, S. 145; *Gössel*, FS Fezer 2008, S. 530; *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 1; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 7, m.w.N.

„Informelle Absprache“, „Konsens“, „Kooperation“, „Kuhhandel“, „Mauschelei“, „Strafprozessualer Vergleich“, „Tuschel- oder Freikaufverfahren“, „Vabanque-Spiel“, „Vereinbarung“ und „Vergleich“.¹⁰

Fast schon legendär ist in diesem Zusammenhang das verwendete Pseudonym *Hans-Joachim Weiders* im StV von 1982,¹¹ wo es heißt: „Der strafprozessuale Vergleich – von Rechtsanwalt Detlef Deal, Mauschelhausen“.¹² Schön illustriert wird dieses gewählte Pseudonym mit der folgenden Ausführung innerhalb des Aufsatzes:

„Darüber hinaus ist auch unter den Kollegen, mit denen der Beitrag diskutiert wurde, streitig geblieben, ob man diesen Bereich der Erledigung eines Strafverfahrens überhaupt öffentlich darstellen und so dem Tabu entreißen sollte. Möglicherweise besteht die Gefahr, daß durch die öffentliche Darstellung dieses System nicht mehr funktioniert, weil sich die Beteiligten einem derartigen Verfahren nunmehr entziehen, haftet ihm doch immer der Anschein des „Mauschelns“ an und zwingt es doch die Beteiligten, quasi öffentlich einzugestehen, daß sie in einem zum Schmierentheater degenerierten Strafprozeß „Hauptverhandlung“ spielen. Für die Veröffentlichung war schließlich ausschlaggebend, daß der strafprozessuale Vergleich Teil der täglichen Praxis ist und es sich daher um einen Bereich handelt, den der Strafverteidiger kennen sollte, will er sich nicht der Möglichkeit berauben, für seinen Mandanten auch auf ungewöhnlichem Wege günstige Ergebnisse zu erzielen.“¹³

Sicherlich waren die gebrauchten Begrifflichkeiten auch dazu geeignet, mancherlei Befindlichkeit beim jeweiligen Adressaten hervorzurufen. Beispielhaft sei an dieser Stelle nur die Bezeichnung „Deal im Strafverfahren“ herausgegriffen, von der es etwa heißt, dass durch diese eine an sich zulässige Absprache abgewertet werde und hierdurch einen „kriminellen Anstrich“ erhalte.¹⁴

3. Die Begrifflichkeiten innerhalb dieser Schrift

Aufgrund der Vielzahl vergangener Ausführungen in der Literatur und auch aufgrund der unterschiedlichen im Laufe der Zeit gebrauchten Begriffe wird es im Rahmen dieser Schrift nicht möglich sein, zur Gänze auf andere Begriffe als jenen der Verständigung zu verzichten, beispielsweise wenn es um die Darstellung vergangener Ansichten geht, bei denen der Begriff der Verständigung noch nicht geläufig war. Wenn andere Begriffe als jener der Verständigung im Rahmen dieser Schrift Verwendung finden, so sind sie nicht als Despektierlichkeit gegenüber dem Verständigungsprozess intendiert. Sofern wider Erwarten der Eindruck entstehen sollte, mit der jeweils verwandten Begrifflichkeit werde eine Einstellung gegenüber dem einen oder anderen

¹⁰ Die dargebrachten Begriffe finden sich etwa in folgenden Quellen wieder: *Cramer*, FS Rebmann 1989, S. 145; *Deal*, StV 1982, S. 545; *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 17; *Meyer-Gößner*, ZStW 2007, S. 939; *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren 2008, S. 11; *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 1.

¹¹ Vgl. *Widmaier*, NJW 2005, S. 1986.

¹² *Deal*, StV 1982, S. 545.

¹³ *Deal*, StV 1982, S. 545.

¹⁴ *Meyer-Gößner*, ZStW 2007, S. 939.

Punkt ausgedrückt, so sei darauf hingewiesen, dass etwaige Einstellungen und Ansichten explizit dargestellt werden und nicht implizit vermittelt werden sollen.

II. Die Entwicklung der Verständigung im Überblick

1. Die Anfänge der Verständigung

Das im vorletzten Abschnitt bereits dargebrachte Zitat aus dem StV von 1982 macht deutlich, dass die Verständigungspraxis zu Beginn von Heimlichkeit und Vertraulichkeit geprägt war; man verständigte sich außerhalb der öffentlichen Wahrnehmbarkeit, beispielsweise am Telefon oder auf den Gängen in den Verhandlungspausen.¹⁵ Noch zu Beginn der achtziger Jahre behandelte man Absprachen in Strafverfahren als ein „einigermaßen anrühiges Betriebsgeheimnis“.¹⁶

Die Absprache war eine aus der Not geborene Praxis, von der es heißt, dass die Überlastung der Justiz es (angeblich) unausweichlich gemacht habe, sich eines erheblichen Teils der Verfahren schnell und bequem zu entledigen, weil anderenfalls die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht mehr zu gewährleisten gewesen sei.¹⁷ Insbesondere hätten auch die Strafverteidiger zum Entstehen dieser Praxis beigetragen.¹⁸

Zum Zeitpunkt der Normierung des § 257 c StPO¹⁹ – der „Verständigung über Verfahrensfortgang- und -ergebnis mit Verfahrensbeteiligten“ – war die Verständigung längst schon übliche Praxis, obwohl sie in ihren Einzelheiten nicht geregelt und richterrechtlich zu Beginn auch nur geduldet war.²⁰ Die wenigstens seit Beginn der 80er Jahre bestehende Praxis²¹ erfolgte seit Mitte der 80er Jahre mehr und mehr,²² zunächst vornehmlich in Wirtschaftsstrafverfahren.²³

¹⁵ *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren 1986, S. 90, m.w.N.; vgl. *Moldenbauer/Wenske*, in: *Karlsruher Kommentar StPO 2013*, § 257 c, Rn. 1.

¹⁶ *Weigend*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S. 1011.

¹⁷ *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, S. 439, 440, m.w.N.

¹⁸ v. *Hentschel-Heinegg*, in: *KMR StPO 11-2009*, § 257 c, Rn. 2, m.w.N.

¹⁹ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.07.2009, BGBl I, S. 2353.

²⁰ *Jahn/Müller*, NJW 2009, S. 2625.

²¹ *Weigend*, FS Maiwald 2010, S. 829, 833, vgl. *Moldenbauer/Wenske*, in: *Karlsruher Kommentar StPO 2013*, § 257 c, Rn. 1; noch weitergehend *Schünemann*, FS Baumann 1992, S. 367, wo es heißt, dass es Absprachen wohl schon immer gegeben habe, die großflächige Ausbreitung jedoch erst Mitte der 70er eingesetzt haben dürfte; BT-Drs. 16/12310, S. 7 führt aus, dass es für die Dauer der Verständigungspraxis keine belastbaren Erkenntnisse gebe, sie sich aber zu Beginn der 60er Jahre, jedenfalls jedoch zu Beginn der 70er Jahre des vergangenen Jahrhunderts herausgebildet habe.

²² *Widmaier*, NJW 2005, S. 1985.

²³ Vgl. *Altenbain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 32 ff., m.w.N.

Im Jahr 1991 hieß es beispielsweise schon, dass Absprachen bezüglich des Verfahrensergebnisses aus der Verfahrenswirklichkeit nicht mehr zu verdrängen seien.²⁴

Im Jahr 2000 etwa waren Absprachen in Strafverfahren so selbstverständlich, dass sich zu diesen auch ein eigenes umfangreiches Kapitel im „Handbuch des Fachanwalts Strafrecht“ wiederfand.²⁵ Es konnte also nicht mehr von Heimlichkeit oder einem strikten Stattfinden außerhalb öffentlicher Wahrnehmbarkeit gesprochen werden.

Für die wissenschaftliche Diskussion spielten insbesondere die Aufsätze von *Detlef Deal* (*Hans-Joachim Weider*)²⁶ und *Schmidt-Hieber*²⁷ aus dem Jahr 1982 eine wichtige Rolle.²⁸ In den Anfängen der Diskussion fanden sich Stimmen, die von Zustimmung bis hin zur totalen Ablehnung gegenüber einer Absprachepraxis reichten.²⁹ Das aufgrund der Absprachen hervorgebrachte umfangreiche Schrifttum dürfte auch darauf zurückzuführen sein, dass nach der in den Grundlagen und Verfahrensabläufen ausgewogenen Gesetzssystematik eine Erledigung durch Vergleich (eigentlich) ausgeschlossen gewesen war.³⁰

2. Die Verbreitung der Verständigung

Es hat den Anschein, dass bereits Mitte der 80er Jahre 20-30 % aller Urteile mittels vorangegangener Absprache zustande kamen³¹ und diese als in der Praxis weit verbreitet anzusehen war.³² Bei einer Untersuchung von *Schünemann* im Jahr 1986 und 1987 zeigte sich, dass Verständigungen bei knapp 16 % aller Urteile und gut 27 % aller Einstellungen nach § 153 a StPO getroffen wurden, in Wirtschaftsstrafsachen die Urteilsabsprachen sogar bei knapp 27 % lagen.³³

Zu Beginn des Jahrtausends scheint nach vorsichtiger Schätzung, dass weit mehr als 50 % aller Strafverfahren mit einem abgesprochenen Ergebnis erledigt wurden.³⁴ Im Jahr 2004 wurden entsprechend einer Studie u.a. von *Altenhain* mehr als 50 % der Verfahren in Wirtschaftsstrafsachen durch eine Absprache erledigt.³⁵ Im Jahre 2009 gab der Präsident des

²⁴ *Böttcher/Widmaier*, JR 1991, S. 354.

²⁵ *Weigend*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S. 1011.

²⁶ *Deal*, StV 1982, S. 545 ff.

²⁷ *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, S. 1017 ff.

²⁸ *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 4.

²⁹ *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 4, m.w.N.

³⁰ *Dippel*, FS Widmaier 2008, S. 105.

³¹ Vgl. *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 20.

³² *Cramer*, FS Rebmann 1989, S. 146.

³³ *Schünemann*, in: Gutachten 58. Juristentag 1990, B 17, 18.

³⁴ *Schünemann*, ZStW 2002, S. 27; vgl. *Terhorst*, GA 2002, S. 601.

³⁵ *Altenhain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 331.

Bundesgerichtshofs *Tolksdorf* die Schätzung ab, dass 2/3 aller Strafprozesse Absprachen bezüglich des Urteils enthielten.³⁶

Im Rahmen des Urteils des Bundesverfassungsgericht aus dem Jahr 2013 findet sich unter Verweis auf eine neuere Studie u.a. von *Altenbain*, dass im Jahr 2011 17,9 % der Strafverfahren an Amtsgerichten und 23 % der Strafverfahren an Landgerichten in Nordrhein-Westfalen durch Absprache erledigt wurden.³⁷

3. Die Rechtsprechung bis zur Normierung der Verständigung

Die Entwicklung in der Rechtsprechung zu den Absprachen im Strafverfahren hat sich insbesondere durch drei bedeutende Entscheidungen vollzogen, in denen die Rechtsprechung unter anderem die Absprachen nicht für grundsätzlich unzulässig erklärte und die Bedenken des Schrifttums aufgriff:³⁸

Als erste Entscheidung ist der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.1987 zu nennen, in welchem die Verständigung zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten über das Prozessergebnis auch außerhalb der Hauptverhandlung für grundsätzlich zulässig erklärt wurde.³⁹ Voraussetzung, so hieß es, sei jedoch die Erfüllung der Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhalts, die Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips, keine Akzeptanz eines Geständnisses, wenn sich eine Beweiserhebung aufdränge sowie die Wahrung der Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit.⁴⁰

Der Bundesgerichtshof entwickelte erstmals im Urteil vom 28.08.1997⁴¹ einen Kriterienkatalog für die Zulässigkeit von Absprachen. Dieser späte Zeitpunkt ist in Anbetracht der bereits lange Zeit andauernden Absprachen darauf zurückzuführen, dass der Bundesgerichtshof die bestehende Absprachepraxis lange Zeit hingenommen oder gar nicht bemerkt zu haben scheint,

Hinzuweisen ist darauf, dass es sich bei den Ergebnissen um die ausgewerteten Antworten der im Rahmen der Studie Befragten handelt; siehe zur Methodik der Untersuchung im Einzelnen *Altenbain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 36 ff.

³⁶ *Hettinger*, JZ 2011, S. 292; siehe auch beck-online, becklink 274885.

Es ließ sich nicht herausfinden, auf welcher Grundlage diese im Vergleich zu den anderen Zahlen deutlich erhöhte Zahl bzw. worauf die Diskrepanz zwischen den Zahlen beruht.

³⁷ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 49 = NJW 2013, S. 1058 ff.; siehe im Einzelnen *Altenbain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren 2013, S. 31.

Abermals ist darauf hinzuweisen, dass es sich auch bei den Ergebnissen um die ausgewerteten Antworten der im Rahmen der Studie Befragten handelt; siehe zur Methodik der Untersuchung *Altenbain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren 2013, S. 15 ff.

³⁸ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 4.

³⁹ BVerfG v. 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86 = NStZ 1987, S. 419.

⁴⁰ BVerfG v. 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86 = NStZ 1987, S. 419.

⁴¹ BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195 ff.

weil sich revisibele Fragen nicht gestellt haben,⁴² beziehungsweise sich keine Gelegenheit zur Entscheidung ergab.⁴³ Der vom Bundesgerichtshof 1997 erstellte Kriterienkatalog mit Mindestanforderungen an eine Absprache lässt sich folgendermaßen zusammenfassen:⁴⁴

- Das Gericht habe die Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit.
- Es dürfe keine Verständigung über den Schuldspruch stattfinden.
- Die Glaubhaftigkeit des Geständnisses sei zu überprüfen.
- Auch das abgesprochene Geständnis könne strafmildernd berücksichtigt werden.
- Die verhängte Strafe müsse schuldangemessen sein.
- In den Verständigungsprozess seien alle Verfahrensbeteiligten mit einzubeziehen.
- Das Ergebnis der Hauptverhandlung sei offenzulegen und zu protokollieren.
- Nur die Zusage einer Strafobergrenze sei erlaubt; Verbot der Punktstrafenzusage.
- Es bestehe das Verbot des Drohens mit einer Sanktionsschere.
- Es bestehe eine Bindung des Gerichts an die getroffene Absprache, sofern nicht schwerwiegende neue Umstände bekannt würden.
- Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts sei verboten.

Indem es in der Entscheidung hieß, dass Absprachen, welche die Abgabe eines Geständnisses des Angeklagten gegen Zusage von Strafmilderung zum Inhalt haben, grundsätzlich möglich seien,⁴⁵ war die Diskussion um die Zulässigkeit von Absprachen zu einem vorläufigen Abschluss gelangt und die Absprachen somit aus der Grauzone herausgenommen.⁴⁶

Die Praxis unterließ die aufgestellten Mindestanforderungen allerdings alsbald.⁴⁷ Das Bedürfnis nach Informalität bahnte sich den Weg unter auch noch so niedrigen Mindestanforderungen hindurch.⁴⁸

Die Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005⁴⁹ ist die dritte Grundsatzentscheidung zu den Absprachen im Strafprozess.⁵⁰ Sie war nötig geworden, weil die Frage der Wirksamkeit eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts von den Senaten unterschiedlich beurteilt wurde.⁵¹ Der Große Senat präziserte – wie sogleich dargestellt – die bereits benannten Voraussetzungen des 4. Strafsenats folgendermaßen näher:⁵²

⁴² Vgl. *Niemöller*, in: *Verständigungskommentar 2010*, Teil A, Rn. 7, m.w.A.

⁴³ Vgl. *v. Hentschel-Heinegg*, in: *KMR StPO 11-2009*, § 257 c, Rn. 2.

⁴⁴ *v. Hentschel-Heinegg*, in: *KMR StPO 11-2009*, § 257 c, Rn. 5.

⁴⁵ BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195, 203.

⁴⁶ *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, *Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007*, S. 55.

⁴⁷ *Fischer*, *NStZ 2007*, S. 434.

⁴⁸ *Fischer*, *NStZ 2007*, S. 434.

Illustrativ hierzu auch die Ausführungen u.a. bei *Niemöller*, in: *Verständigungskommentar 2010*, Teil A, Rn. 15: „(...) der Senat offenbar die Bereitschaft der Tatgerichte, dem geltenden Recht in Gestalt seiner höchstrichterlichen Auslegung Folge zu leisten, überschätzt hat. Ein Beleg dafür ist, dass sich auf dem Richter- und Staatsanwaltstag in Dresden 2003 Praktiker unter dem lebhaften Beifall einiger hundert Teilnehmer zu der Äußerung verstiegen, der BGH könne sagen, was er wolle, es werde sich sowieso niemand daran halten“, m.w.A., m.w.N.

⁴⁹ BGH v. 03.03.2005 – GSSSt 1/04 = BGHSt 50, S. 40 ff.

⁵⁰ *Saliger*, *JuS 2006*, S. 9.

⁵¹ *Ambos/Ziehm*, in: *Radtke/Hohmann StPO 2011*, § 257 c, Rn. 7.

⁵² *v. Hentschel-Heinegg*, in: *KMR StPO 11-2009*, § 257 c, Rn. 6.

- Eine Absprache könne erst nach Aktenkenntnis erfolgen.
- Es sei zu prüfen, ob das Geständnis mit der Aktenlage übereinstimme.
- Ein Formalgeständnis reiche nicht aus.
- Bei Geständnissen zu Lasten Dritter müsse besondere Vorsicht gewaltet werden lassen.
- Die Bindungswirkung könne auch bei einem Versehen des Gerichts entfallen.

Die Praxis nahm die nunmehr bestehenden Vorgaben jedoch erneut nicht sonderlich ernst.⁵³

4. Der Weg zur Normierung der Verständigung

Auf dem Deutschen Juristentag im Jahr 1990 erteilte die strafrechtliche Abteilung den bis dahin vorgebrachten Extrempositionen hinsichtlich der Absprache eine Absage, so beispielsweise jenen, die ein Verbot der Absprachen oder eine neue Verfahrensordnung forderten.⁵⁴ Im Jahr 1991 hielt der Gesetzgeber eine Regelung der Absprachen noch nicht für nötig; erst im Jahr 2004 gab es einen ersten Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz, SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.⁵⁵ In der Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2005 appellierte dieser an den Gesetzgeber, die Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln.⁵⁶ Schließlich folgten weitere Gesetzesentwürfe,⁵⁷ bis schließlich am 28.05.2009 der Entwurf der Bundesregierung vom Deutschen Bundestag verabschiedet wurde⁵⁸ und das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren am 04.08.2009 in Kraft trat.⁵⁹ Der erfolgten Normierung der Verständigung durch § 257 c StPO lag das Anliegen zugrunde, Transparenz, Überprüfbarkeit und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die Praxis sicherzustellen.⁶⁰

Bemerkenswert ist in der Entwicklung der Absprachen bis zur normierten Verständigung, dass informelle Handlungen, die darauf abzielten, „Erleichterungen“ vom formellen Recht zu verschaffen, den Weg in die gesetzliche Formalisierung fanden.⁶¹ Darin kann letztlich die Billigung der einstigen informellen Praxis durch den Gesetzgeber gesehen werden.⁶²

⁵³ v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 6.

⁵⁴ v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 2; Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1990, L 206 ff.

⁵⁵ BT-Drs. 16/12310, S. 8; v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 2.

Ein Abdruck des Entwurfs findet sich im StV 2004, S. 228 ff.

⁵⁶ BGH v. 03.03.2005 – GSSSt 1/04 = BGHSt 50, S. 40, 64: „Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei kommt ihm - auch von Verfassungs wegen - ein beachtlicher Spielraum zu.“

⁵⁷ Siehe zu diesen bspw. die ausführliche Behandlung bei Huttenlocher, Dealen wird Gesetz 2007, sowie u.a. die Darstellung bei Niemöller, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 18, 19.

⁵⁸ v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 3; eine ausführlichere Darstellung zu den Geschehnissen findet sich etwa bei Niemöller, in: Verständigungskommentar 2010, Teil A, Rn. 20-26.

⁵⁹ Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren v. 29.07.2009, BGBl I, S. 2353.

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 16/12310, S. 1.

⁶¹ Vgl. v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 10.

⁶² Velten, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 1.

5. Das Bundesverfassungsgericht zur normierten Verständigung

Das Bundesverfassungsgericht befasste sich am 19.03.2013⁶³ mit drei Verfassungsbeschwerden zu der gesetzlichen Regelung im Strafverfahren und dem Umgang der Praxis mit dieser. Die wesentlichen Eckpunkte des Urteils lauteten wie folgt:

- Es sei dem Gesetzgeber nicht schlechthin verwehrt, zur Verfahrensvereinfachung Verständigungen zuzulassen, sofern durch hinreichende Vorkehrungen sichergestellt sei, dass die verfassungsrechtlichen Anforderungen gewahrt blieben. Der Gesetzgeber habe fortwährend die Wirksamkeit der vorgesehenen Schutzmechanismen zu überprüfen. Sofern sich die Unvollständigkeit oder Ungeeignetheit der getroffenen Schutzvorkehrungen ergebe, habe der Gesetzgeber insoweit nachzubessern und sofern erforderlich seine Entscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen zu revidieren.
- Das Verständigungsgesetz sichere die Einhaltung verfassungsrechtlicher Vorgaben in ausreichender Weise. Der defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes sei prinzipiell dazu geeignet, die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung zur Verständigung zu bewirken. Eine solche sei jedoch derzeit noch nicht gegeben.
- Das im Grundgesetz verankerte Schuldprinzip und die mit ihm verbundene Pflicht zur Erforschung der materiellen Wahrheit sowie der Grundsatz des fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens, die Unschuldsvermutung und die Neutralitätspflicht des Gerichts würden es ausschließen, die Handhabung der Wahrheitserforschung, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen.
- Außerhalb der abschließenden gesetzlichen Regelung zur Verständigung vorgenommene sogenannte informelle Absprachen seien unzulässig.

III. Das Für und Wider der Verständigung und die Zukunft des Strafverfahrens

Die Beschäftigung mit der Verständigung im Strafverfahren erfordert, dass man sich zunächst bewusst macht, welche Gründe überhaupt für einen Verständigungsprozess sprechen (1.). Die andere Seite der Medaille, die Kritik des Verständigungsprozesses, darf hierbei nicht unbeachtet bleiben (2.). Da die Literatur der Befürworter als auch der Gegner des Verständigungsprozesses in ihrer Gänze als unüberschaubar anzusehen ist,⁶⁴ kann die gesamte Darstellung der denkbaren Vielzahl von Gründen nicht geleistet werden. Vielmehr soll an dieser Stelle lediglich ein

⁶³ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.

⁶⁴ So etwa *Kempf*, StV 2009, S. 270.

Überblick über die gängigsten Gründe vermittelt werden. Schließlich werden in Ansätzen vermeintliche Konsequenzen der Verständigung für die Zukunft des Strafverfahrens skizziert (3.).

1. Die Vorzüge der Verständigung

Das wohl gängigste Argument für eine Verständigung im Strafverfahren scheint jenes der Prozessökonomie zu sein,⁶⁵ welches eine Konsequenz aus den Nöten der Praxis sei⁶⁶ und die Verständigung als „unverzichtbar“ erscheinen lasse,⁶⁷ da anderenfalls die notwendige Funktionsfähigkeit der Strafjustiz aufgrund von Kapazitätsproblemen nicht mehr zu gewährleisten gewesen sei.⁶⁸ Großen, langwierigen, aufwändigen, schwierigen und teuren Prozessen, wie insbesondere Wirtschaftsstrafverfahren, die oftmals mit Beweisschwierigkeiten einhergingen, könne mittels Verständigung ein zügiges und adäquates Mittel entgegengesetzt werden.⁶⁹ Zudem sei man an einen Punkt gelangt, an dem heute überhaupt kein Kriminaljustizsystem dazu im Stande sei, ohne irgendeine Form von Mechanismen – worunter auch eine Verfahrensbeendigung im Sinne einer Verständigungspraxis gehöre – der Verfahrensflut wirklich Herr zu werden.⁷⁰ Für eine Verständigungspraxis werden etwa der allgemeine Anstieg an Strafsachen,⁷¹ die zunehmende Vorverlagerung des Rechtsschutzes hinein in den Gefährdungsbereich,⁷² die „Ausuferung“ des materiellen Rechts⁷³ und die zunehmende Bereitschaft zur Konfliktverteidigung⁷⁴ genannt.

⁶⁵ Vgl. BGH v. 03.03.2005 – GSSt 1/04 = BGHSt 50, S. 40, 54; *Braun*, AnwBl 2000, S. 222; *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren 1986, S. 9, 10; *Schöch*, NJW 2004, S. 3462; *Seier*, JZ 1988, S. 684.

⁶⁶ Eine treffliche Formulierung findet sich bei *Landau*, NSTZ 2011, S. 540, wo es heißt: „Die praktische Bedeutung der Absprache scheint in Zeiten leerer Kassen und knapper personeller Ressourcen der Strafjustiz offensichtlich.“ Deutlich negativer konnotiert ist der Begriff der „Eilkrankheit“ u.a. bei *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 1, m.w.N.

Siehe auch *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 1.11: „(...) Also kommt nur knapp ein Sechstel aller Strafverfahren überhaupt jemals zu Gericht, von denen die Masse bei den Amtsgerichten rasch und unproblematisch erledigt wird. Nur ein wiederum geringer Teil der Landgerichtssachen, die sich schon als solche im Promillebereich aller Strafsachen bewegen, sind *Umfangsverfahren*. Diese *absolute Minderzahl* der Verfahren soll das Strafverfahren als solches derart lähmen, dass es im Ganzen nur noch unter Anerkennung von Verständigungen zu bewältigen sein soll. Das kann nicht überzeugen. Die Wahrheit ist, dass bereits die üblichen *Pensenzahlen* in Normalverfahren *bei schulmäßiger Fallbearbeitung nicht zu leisten* sind (...)“, Rn. 1.12: „(...) Vor diesem Hintergrund ist das *Ausrufen einer Notstandslage* als Scheinlegitimation der Absprachenpraxis und entsprechender Normen erfolgt.“

⁶⁷ Vgl. *Altenbain/Hagemeier/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 75, 76; *Böttcher/Widmaier*, JR 1991, S. 354; *Fischer*, NSTZ 2007, S. 435; *Huttenlocher*, Dealen wird Gesetz 2007, S. 7, m.w.N.; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 1.

⁶⁸ Vgl. BGH v. 03.03.2005 – GSSt 1/04 = BGHSt 50, S. 40, 55; *Gössel*, FS Fezer 2008, S. 500, m.w.N.; *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 51; *Löffler*, Die Absprache im Strafprozessrecht 2010, S. 16; *Seier*, JZ 1988, S. 684; *v. Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 4.

⁶⁹ Vgl. *Braun*, AnwBl 2000, S. 225; *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 25, 26; *Kuckein/Pfister*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, S. 643; *Löffler*, Die Absprache im Strafprozessrecht 2010, S. 17.

⁷⁰ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 2; ähnlich, jedoch nur auf Deutschland bezogen, *Hamm*, FS Meyer-Gossner 2001, S. 36.

⁷¹ *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 49.

⁷² *Braun*, AnwBl 2000, S. 225, m.w.N.

⁷³ *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 49.

⁷⁴ *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 49-51.

Ebenfalls von großem Gewicht sind die folgenden Argumente: So heißt es, die Komplexität der Rechtsvorschriften, wie z.B. die mit diesen zum Teil in Zusammenhang stehenden technischen oder naturwissenschaftlichen Details, und dem damit einhergehenden Umfang des Verhandlungsgegenstandes, haben auch dazu beigetragen, den Bedarf und die Bereitschaft in Bezug auf verfahrensbeschleunigte Absprachen wachsen zu lassen.⁷⁵ Ferner erscheint die Möglichkeit, durch geschickte Ausnutzung von prozessualen Rechten das Verfahren fast beliebig in die Länge zu ziehen – beispielsweise durch Überhäufung des Gerichts mit nur schwerlich ablehnbaren Beweisanträgen –, ein weiterer Grund für die Existenz von Verständigungsprozessen zu sein.⁷⁶

Wenn auch wohl eher auf die Zeit gemünzt, als die Ablegung eines Geständnisses für die Verständigung von der Rechtsprechung als unbedingt verpflichtend angesehen wurde – anders nunmehr die Konzeption des § 257 c StPO –⁷⁷ ist das Argument, dass die Staatsanwaltschaft Zeit in der Hauptverhandlung einsparen könne.⁷⁸ Sie könne mit einem sicheren Schuldspruch rechnen, der nicht nur auf bloßen Indizien, sondern einem Geständnis beruhe und mit diesem eine verlässliche Basis erhalte.⁷⁹ Die Anklagebehörde spare sich „zeitfressende Präsenz“, eine Vielzahl nervenaufreibender Verhandlungstage sowie die Überprüfung des Urteils auf Rechtsfehler.⁸⁰ Auch könne mittels Verständigung einer unklaren Beweis- und Rechtslage, beziehungsweise Beweisschwierigkeiten überhaupt, sinnvoll entgegengewirkt werden.⁸¹ Schließlich ist das vorgebrachte Argument der Vermeidung, beziehungsweise der Verringerung von Revisionsrisiken durch die Verständigung zu nennen.⁸²

Die folgenden Argumente erscheinen von geringerer Stärke, weil sie – im Gegensatz zu den prozessökonomischen Argumenten – kein unbedingtes Erfordernis für die Funktionsfähigkeit der Justiz darstellen. Individualinteressen erscheinen grundsätzlich von geringerem Gewicht als gesamtgesellschaftliche, übergeordnete Interessen, wie etwa jenem einer funktionierenden Strafjustiz.

So heißt es etwa, allgemein könne ein verständigungsgeneriertes Urteil von den Verfahrensbeteiligten besser angenommen und verarbeitet werden.⁸³ Die Verständigung trage auch dem grundsätzlichen Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten nach einem ungezwungenen Austausch an Informationen Rechnung.⁸⁴ Ein verständigungsgeneriertes Urteil sei im Stande,

⁷⁵ Gerlach, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 21, 22, m.w.N.

⁷⁶ Gerlach, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 24, 25, m.w.N.

⁷⁷ Siehe E.I.2.d)bb).

⁷⁸ Weigend, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S. 1011, 1012.

⁷⁹ Weigend, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S. 1011, 1012.

⁸⁰ Hettinger, JZ 2011, S. 293.

⁸¹ Vgl. Altenbain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 59 ff.; Braun, AnwBl 2000, S. 225.

⁸² Braun, AnwBl 2000, S. 226, m.w.N.

⁸³ Böttcher/Widmaier, JR 1991, S. 354.

⁸⁴ Rönnau, Die Absprache im Strafprozeß 1990, S. 41, m.w.N.

mehr Zufriedenheit und weniger Frustration als eine langwierige Hauptverhandlung zu hinterlassen.⁸⁵

Auf Seiten des Beschuldigten wird angeführt, dass dieser mittels Verständigung vor dem „stigmatisierenden Effekt“ einer öffentlichen Hauptverhandlung bewahrt werden könne und zugleich die langanhaltende Unsicherheit und die damit verbundene nervliche Anspannung in Bezug auf den Verfahrensausgang verringert würden.⁸⁶ Auch würden etwaige psychische Belastungen des Angeklagten durch den Verständigungsprozess verringert.⁸⁷ Ferner würden mitunter Kosten gemildert, die infolge eines vollumfänglichen Verfahrens etwa aufgrund von Honorarvereinbarungen mit dem Anwalt auf Seiten des Angeklagten entstünden.⁸⁸

Der Verteidiger könne bei Verständigungen von Zeitersparnis und mitunter auch höheren Honoraren profitieren⁸⁹ und infolge positiver Verständigungen sein Image aufwerten.⁹⁰

Seitens des Richters wird etwa angeführt, dass die Mitübernahme des Urteils durch den Verteidiger eine Entlastung in Bezug auf den mit einer Entscheidung verbundenen Druck herbeiführen könne.⁹¹

Weiterhin wird als Argument der Opferschutz angeführt,⁹² insbesondere im Bereich der Sexualdelikte.⁹³ Hierdurch könne verhindert werden, die Opfer schwerwiegender, traumatisierender Straftaten auch vor Gericht zu vernehmen und diese erneut dem mit der Straftat verbundenen Trauma auszusetzen.⁹⁴

2. Die Kritik der Verständigung

Gegen das Hauptargument der Überlastung der Justiz wird etwa vorgebracht, dass während der letzten vier Jahrzehnte kein Zeitraum erinnerlich sei, in welcher sich die Strafjustiz nicht am Rande ihrer Belastbarkeit wähnte.⁹⁵

Grundsätzlich ist zwischen generellen Einwendungen gegen die Verständigung und jenen zu unterscheiden, welche in Bezug auf einzelne Umstände Kritik üben, wobei erstere von größerem Gewicht erscheinen.

⁸⁵ *Weigend*, JZ 1990, S. 775.

⁸⁶ *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 26, m.w.N.

⁸⁷ *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren 1986, S. 10, 11.

⁸⁸ *Braun*, AnwBl 2000, S. 226.

⁸⁹ *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S. 28.

⁹⁰ Vgl. *Braun*, AnwBl 2000, S. 226.

⁹¹ *Weigend*, JZ 1990, S. 775.

⁹² *Gössel*, FS Fezer 2008, S. 502; *Schöck*, NJW 2004, S. 3462.

⁹³ *Braun*, AnwBl 2000, S. 226, m.w.N.

⁹⁴ *Gössel*, FS Fezer 2008, S. 502.

⁹⁵ *Fischer*, NSTz 2007, S. 433.

Von besonderem Gewicht sind zunächst die in Bezug auf die Strafprozessordnung vorgebrachten Argumente: Die Einführung eines Verständigungsverfahrens in die StPO ohne Einbeziehung in eine Gesamtreform sei ein Startsignal für ein weiteres unkontrolliertes Zerfallen des strafrechtlichen Prozesses mit unabsehbaren Folgen für dessen Effektivität und für das Rechtsbewusstsein der Bevölkerung.⁹⁶ Mit der Legalisierung von Absprachen im Strafverfahren würden die Grundlagen des Strafverfahrens in Beliebigkeit, wenn nicht sogar Willkür aufgelöst.⁹⁷ Auch bilde das Gericht entgegen § 261 StPO seine Überzeugung nicht in und aufgrund der Hauptverhandlung, sondern bereits im Vorfeld aufgrund der Aktenlage, der Verhandlungsgespräche und der Bereitschaft des Angeklagten, mittels eines schlanken Geständnisses einen Verzicht auf die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu erklären.⁹⁸ Das Interesse an Entformalisierung, wie sie bei der Absprachepraxis gegeben sei, könne schließlich zum Verlust schützender Förmlichkeiten im Strafprozessrecht führen, auf die ein faires Strafverfahren nicht verzichten könne.⁹⁹

Ebenfalls ist einigen allgemeineren Erwägungen hinsichtlich der Verständigung besonderes Gewicht beizumessen: So wird der Verständigung etwa vorgeworfen, dass sie sich nicht mit der Unschuldsvermutung des Angeklagten vertrage, denn Absprachen liege die Hypothese zugrunde, dass der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Tat wirklich begangen habe.¹⁰⁰ Die Gefahr der Verurteilung Unschuldiger steige stark.¹⁰¹

Es bestünde die Gefahr der Ungleichbehandlung der Beschuldigten, denn während einigen aufgrund der komplexen Struktur ihrer Fälle vermehrt Zugang zu Absprachen gewährt würde, bliebe anderen diese Möglichkeit verwehrt.¹⁰² Zudem sei nicht ersichtlich, warum sich infolge der Normierung der Verständigung Justizpersonal und Rechtsanwälte, „denen die Gesetzeswidrigkeit ihres Abspracheverhaltens seit 20 Jahren weitgehend gleichgültig war“, nun auf einmal an die gesetzlichen Schranken halten sollten.¹⁰³ Infolge von Absprachen gerate alles ins Ungefähre; es sei angelegt, dass entscheidende Rechtsfragen nicht mehr gelöst würden und die Rechtsprechung ihre Orientierungsfunktion verliere.¹⁰⁴ In einem solchen System reiche es aus, dass etwas strafbar sein könnte; ob es jedoch wirklich strafbar sei, bliebe hingegen im Ungewissen.¹⁰⁵ Bei der Bevölkerung könne der Eindruck erweckt werden, dass man günstiger davon käme, wenn man es verstünde, um Strafe zu feilschen, was in Hinblick auf das Ansehen der Strafrechtspflege einen Vertrauensschwund bewirken könnte.¹⁰⁶

⁹⁶ *Fischer*, NStZ 2007, S. 436.

⁹⁷ *Harms*, FS Nehm 2006, S. 295.

⁹⁸ *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, S. 440, m.w.N.

⁹⁹ *Hassemer*, FS Volk 2009, S. 222.

¹⁰⁰ *Weigend*, JZ 1990, S. 777.

¹⁰¹ *Weigend*, JZ 1990, S. 780.

¹⁰² *Weigend*, JZ 1990, S. 780.

¹⁰³ *Fischer*, NStZ 2007, S. 435.

¹⁰⁴ *Kempf*, StV 2009, S. 273.

¹⁰⁵ *Kempf*, StV 2009, S. 273.

¹⁰⁶ *Seier*, JZ 1990, S. 684.

Zudem sei der Beweiswert eines abgesprochenen Geständnisses minimal, und doch werde es nicht selten mit einem ganz erheblichen Strafrabatt verbunden.¹⁰⁷ Ein absprachegeneriertes Geständnis könne als Nachtatverhalten im Rahmen des § 46 StGB nicht berücksichtigt werden, da es nicht schuld- oder präventionsrelevant sei.¹⁰⁸ Im Gegensatz zu einem honorierungsfähigen Geständnis, welches Einsicht und Reue als dahinterliegende Motivation voraussetze, sei ein Absprachegeständnis zwangsläufig rein taktisch motiviert; Einsicht und Reue könne man nicht einmal nach dem Grundsatz *in dubio pro reo* vermuten.¹⁰⁹

Weiterhin wird angeführt, dass am ehesten der Angeklagte, der die Tat begangen habe, von der Verständigung profitieren könne, wenn er dazu im Stande sei, die Beweislage so zu verwirren, dass er für eine Erleichterung des Verfahrens insbesondere durch Ablegung eines Geständnisses einen hohen Preis durchsetzen könne.¹¹⁰ Die Höhe der Strafe werde letztlich nicht von der Schuld des Angeklagten, sondern vom Verhandlungsgeschick des Verteidigers und der Sicherheit der Beweislage bestimmt.¹¹¹ Verstöße gegen informelle Erwartungen würden mit Racheverhalten in anderen Verfahren entgegnet.¹¹² Einer der Gründe für das Stattfinden von Verständigung sei auch im Freizeitinteresse der Verfahrensbeteiligten suchen.¹¹³

3. Die vermeintliche Zukunft des Strafverfahrens in Hinblick auf die Verständigung

Im Rahmen eines Ausblicks sollen im Folgenden einige Gedanken dazu angebracht werden, was von der Zukunft des Strafverfahrens insbesondere in Hinblick auf die Verständigung möglicherweise erwartet werden darf:

Die vermeintliche Gegenwart scheint, dass von einer regelrechten Überlastung der Strafjustiz überhaupt – nicht nur in Deutschland – auszugehen ist. In der näheren Vergangenheit schienen – jedenfalls in Deutschland – keine Anzeichen für eine Verringerung der Belastungen der Strafjustiz erkennbar. Wenn dies in der Vergangenheit dazu führte, dass auf eine Verständigungspraxis nicht verzichtet werden konnte, so ist zu vermuten, dass die Verständigungspraxis auch in Zukunft als Mittel angewandt werden wird, um unter anderem einen Teil der (zeitlichen) Belastungen „wegzuverständigen“. Denn bezüglich der Bedingungen, unter denen die Strafjustiz ihre Arbeit verrichtet, zeichnet sich am Horizont keine Wende ab, die bewirken würde, dass für alle anfallenden Verfahren fortan eine ausreichende Menge an

¹⁰⁷ Vgl. *Schünemann*, FS Rieß 2002, S. 539.

¹⁰⁸ *Weigend*, JZ 1990, S. 779.

¹⁰⁹ *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, S. 440, 441, m.w.N.

¹¹⁰ *Weigend*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S. 1012.

¹¹¹ *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, S. 440, m.w.N.

¹¹² *Fischer*, StraFo 2009, S. 179.

¹¹³ Vgl. *Schmitt*, StraFo 2012, S. 394.

Ressourcen zur Verfügung stünde,¹¹⁴ die einen Verzicht auf Mechanismen zur schnelleren Verfahrensbeendigung ermöglichen würde. Die Verständigungspraxis scheint in der Rechtswirklichkeit unumkehrbar etabliert worden zu sein.¹¹⁵

Spannend, wenn auch nicht einschätzbar, ist die Frage, ob die informelle Verständigung trotz der klaren Worte des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁶ gleichermaßen in der Rechtswirklichkeit bestehen bleibt, und falls ja, was die darauf folgenden Entwicklungen sein werden.

Ob man in der Verständigung nun letztlich in der Zukunft die einzige praktikable Lösung von Kapazitätsproblemen¹¹⁷ und Modernisierungsanforderungen sehen wird oder etwa ein bloßes Krisenphänomen¹¹⁸ kann an dieser Stelle nicht entschieden werden. Die vermeintlichen Konsequenzen der Verständigung und auch ihrer gesetzlichen Normierung sind höchst umstritten.¹¹⁹ Fest steht hingegen, dass die informelle Verständigungspraxis und auch die nunmehr normierte Verständigung eine Entwicklung angestoßen haben, die unser Verständnis von Prozesskultur und Verfahrensablauf maßgeblich und dauerhaft verändern dürften.¹²⁰

¹¹⁴ Vgl. *Kuckein/Pfister*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, S. 644; *Schmitt*, StraFo 2012, S. 395.

¹¹⁵ *Rieß*, StraFo 2010, S. 10.

¹¹⁶ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.

¹¹⁷ Vgl. *Schmitt*, StraFo 2012, S. 394.

¹¹⁸ *Kirsch*, StraFo 2010, S. 101.

¹¹⁹ Vgl. *Ventzke*, StraFo 2012, S. 212.

¹²⁰ Siehe etwa *Schünemann*, FS Baumann 1992, S. 366: „(...) informelle Absprachen den tiefsten Einschnitt in der Entwicklung des deutschen Strafverfahrens seit 1879 darstellen und wahrlich die Axt an den Wurzeln einer hundertjährigen Tradition, in letzter Konsequenz sogar an unseren Begriff des Strafrechts überhaupt und damit in gewisser Weise an die für unsere Gesellschaft fundamentale Trennung von Rechtssystem und ökonomischen System legen.“

C. Die Straftheorien

I. Allgemeine Ausführungen

Während das Strafrecht festlegt, welche Verhaltensweisen durch den Staat mit Strafe bedroht sind, beschäftigen sich die Straftheorien mit der Frage, zu welchem Zweck eine Strafe überhaupt verhängt wird.¹²¹ Dies ist aufgrund des Umstands, dass die staatlich verhängte Strafe eine begangene Tat nicht ungeschehen machen kann, auch eine notwendigerweise gestellte Frage. Es ist jedoch zu beachten, dass die Straftheorien nicht die Funktionen beschreiben, die der Strafe in der Wirklichkeit der Rechtsordnung tatsächlich zukommen, sondern vielmehr die ideologischen Aufgaben, die die Strafe in Abhängigkeit zur weltanschaulichen Konzeption der Rechtsordnung haben sollte.¹²² Unter den Straftheorien versteht man hierbei die wissenschaftlichen Meinungen über die Ziele und Aufgaben der Strafe.¹²³

Es handelt sich bei der jahrtausendealten Frage nach dem Sinn und Zweck von Strafe nicht um ein bloßes „philosophisches Glasperlenspiel“, sondern um ein zentrales Legitimationsproblem des modernen Staates.¹²⁴ Die Frage, wie und unter welchen Voraussetzungen durch den Staat in die Freiheit und in sonstiger Weise in das Leben von Menschen eingegriffen wird, ist auch eine Frage nach den Grenzen staatlicher Gewalt, bei der die geistesgeschichtliche, verfassungsrechtliche und gesellschaftliche Situation der jeweiligen Gegenwart durchdrungen werden will, um eine geeignete Antwort aufzutun.¹²⁵

Die Straftheorien definieren immer auch das bestehende, oder aber zumindest ein mögliches Selbstverständnis der Gesellschaft.¹²⁶ Straftheorie und Strafpraxis stehen nicht nebeneinander, sondern eine Veränderung in der Praxis führt auch zu einer – wenn auch nur in Akzenten – Änderung der Theorie und umgekehrt.¹²⁷ Die Straftheorien sind eben keine fertige Antwort auf die unveränderte und gleichbleibende Frage nach dem Sinn und Zweck von Strafe.¹²⁸

In Anbetracht des Umstands, dass es bei den Straftheorien in theoretischer Hinsicht auch um das Staatsverständnis – und damit auch um das Verhältnis des Einzelnen zum Staat – geht, das hinter der Funktionsbestimmung des Strafrechts steht, ist es nicht verwunderlich, dass die Beschäftigung mit den Straftheorien nicht abreißt.¹²⁹ Die Kriminalstrafe als das schwerste und

¹²¹ Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 1.

¹²² *Salas*, Kritik des strafprozessualen Denkens 2005, S. 8.

¹²³ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 282.

Angemerkt sei an dieser Stelle, dass die Straftheorien nicht mit den Strafrechtstheorien verwechselt werden dürfen; letztere beschreiben nämlich die Ziele und Aufgaben des Strafrechts, vgl. *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 282; *Pawlik*, FS Rudolphi 2004, S. 225.

¹²⁴ *Schünemann*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 109.

¹²⁵ *Roxin*, JuS 1966, S. 377.

¹²⁶ Vgl. *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 98, 99.

¹²⁷ *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 34.

¹²⁸ *Roxin*, JuS 1966, S. 377.

¹²⁹ *Müller-Dietz*, FS Jescheck 1985, S. 813.

einschneidendste Mittel des Eingriffs in Rechte und Freiheiten des Einzelnen verlangt in einer rechtsstaatlichen Demokratie nach einer ausreichenden Begründung und Legitimation.¹³⁰ Einfache Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge gibt es im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck von Strafe nicht. Öffentliche Strafe anzudrohen und zu verhängen ist als prekäre Form sozialer Interaktion ein hochkomplexer Vorgang mit vielen Facetten, und es liegt an der Strafrechtstheorie, den Rahmen zu bilden, unter dem all diese Facetten zu ihrem Recht kommen.¹³¹

Historisch gesehen findet die Beschäftigung mit dem Sinn und Zweck von Strafe schon von alters her statt.¹³² Während die Antike und das Mittelalter eher von allgemeinen Fragestellungen gezeichnet sind – beispielsweise bezüglich der vernünftigen und maßvollen Handhabung des Strafrechts überhaupt –, wird in der Neuzeit, beziehungsweise während der Aufklärung, eine differenzierte Befassung mit den möglichen Strafzwecken wie auch ihren Antinomien versucht.¹³³

Die Strafrechtstheorien lassen sich grob in die folgenden zwei geläufigen Lager einteilen¹³⁴: Die absolute Strafrechtstheorie, in ihrem vorherrschenden Verständnis ausgeprägt durch *Kant* und *Hegel*,¹³⁵ welche auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit durch Vergeltung oder Wiedergutmachung abzielt¹³⁶ und im Übrigen keine verbrechensprophylaktischen Zwecke verfolgt,¹³⁷ und die relativen Strafrechtstheorien, die sich mit den unterschiedlichen Aspekten der Konsequenzen der Verhängung von Strafe befassen,¹³⁸ die betonte Zwecktheorien sind,¹³⁹ und denen es insbesondere um die Verhinderung zukünftiger Straftaten geht.¹⁴⁰ Die relativen Strafrechtstheorien unterteilen sich hierbei in die – jeweils in positiver und negativer Form vertretene – spezialpräventive und generalpräventive Theorie. Die spezialpräventiven Theorien befassen sich mit den Wirkungen auf den Täter, die generalpräventiven Theorien hingegen mit der Wirkung auf die Allgemeinheit.¹⁴¹

Es ist festzuhalten, dass bis heute keine der Strafrechtstheorien die Funktion der materiellrechtlich angedrohten und schließlich im Strafprozess verhängten und vollzogenen Strafe unangefochten beantworten kann.¹⁴² Dies hat zur Konsequenz, dass – solange keine Strafrechtstheorie vorliegt, die im

¹³⁰ *Müller-Dietz*, FS Jescheck 1985, S. 814, m.w.N.

¹³¹ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 21.

¹³² *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 1; *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 5.

Treffend auch die Formulierung bei *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 239: „Über Sinn und Zweck der Strafe hat der Mensch nachgedacht, solange philosophische Reflexion seine Existenz begleitet.“

¹³³ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 5, m.w.N.

¹³⁴ Illustrativ hierzu etwa *Jakobs*, Staatliche Strafe 2004, S. 6.

¹³⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 19.

¹³⁶ *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozess 1990, S. 61.

¹³⁷ Vgl. *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 6, Rn. 3.

¹³⁸ *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie 2011, Rn. 119.

¹³⁹ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 6, Rn. 5.

¹⁴⁰ *Gössel*, FS Pfeiffer 1987, S. 16.

¹⁴¹ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 17, 18.

¹⁴² *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT 2003, § 3, Rn. 24; ähnlich auch *Weigend*, in: Strafe 2011, S. 31: „Der große Wurf, die Fragen nach Rechtfertigung, Sinn und Zweck staatlichen Strafens auf einen einzigen Gesichtspunkt zurückzuführen, ist bisher nicht gelungen.“

Stande ist, alle bestehenden Fragen in Bezug auf den Sinn und Zweck von Strafe umfassend und hinreichend befriedigend zu beantworten – alle Straftheorien den Sinn und Zweck von Strafe jedenfalls beeinflussen.

Es ist bislang vermieden worden, von Seiten des Gesetzgebers die Strafzwecke zu definieren,¹⁴³ zumal sich die den Strafzwecken zugrundeliegenden Anschauungen im Laufe der Entwicklung ändern können.¹⁴⁴ Von Gesetzes wegen ist keine Straftheorie verboten.¹⁴⁵ Auch das Bundesverfassungsgericht hat davon Abstand genommen, eine Entscheidung zugunsten eines Strafzwecks zu treffen:¹⁴⁶

„Das Bundesverfassungsgericht hat sich wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befasst, ohne zu den in der Wissenschaft vertretenen Straftheorien grundsätzlich Stellung zu nehmen. Auch im vorliegenden Fall besteht kein Grund, sich mit den verschiedenen Straftheorien auseinanderzusetzen, denn es kann nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts sein, den Theorienstreit in der Strafrechtswissenschaft von Verfassungs wegen zu entscheiden. Der Gesetzgeber hat in den Strafrechtsreformgesetzen seit 1969 zu den Strafzwecken ebenfalls nicht abschließend Stellung nehmen wollen und sich mit einer begrenzt offenen Regelung begnügt, die keiner der wissenschaftlich anerkannten Theorien die weitere Entwicklung versperren wollte (...). Das geltende Strafrecht und die Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgen weitgehend der sogenannten Vereinigungstheorie, die – allerdings mit verschiedenen gesetzten Schwerpunkten – versucht, sämtliche Strafzwecke in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Dies hält sich im Rahmen der dem Gesetzgeber von Verfassungs wegen zukommenden Gestaltungsfreiheit, einzelne Strafzwecke anzuerkennen, sie gegeneinander abzuwägen und miteinander abzustimmen. Demgemäß hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung nicht nur den Schuldgrundsatz betont, sondern auch die anderen Strafzwecke anerkannt. Es hat als allgemeine Aufgabe des Strafrechts bezeichnet, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen. Schuldgleich, Prävention, Resozialisierung des Täters, Sühne und Vergeltung für begangenes Unrecht werden als Aspekte einer angemessenen Strafsanktion bezeichnet.“

Man muss sich schließlich auch darüber im Klaren sein, dass jede Stellungnahme zu den Strafzwecken etwas Bekenntnishafte hat; eine Überprüfung des Schrifttums stößt an allen Ecken und Enden auf mehr oder weniger offene oder versteckte weltanschauliche Grundentscheidungen, aus denen sich angeblich zwingend bestimmte Folgerungen der Strafzwecklehre ergeben sollen.¹⁴⁷

Im Folgenden soll nun ein Blick auf einige der Straftheorien geworfen werden, von denen es eine nahezu unübersehbare Fülle historischer und auch gegenwärtiger Spielarten gibt.¹⁴⁸ Die Leistung

Siehe auch *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 22: „Sinn und Zweck der Strafe ist, mit anderen Worten, kein Geschäft, das abgeschlossen wäre, wenn wir nur endlich die „richtige“ Antwort gefunden hätten, sondern eine jener Aufgaben, für die es eine definitive Lösung niemals geben kann.“
Ablehnend gegenüber der Möglichkeit, eine überzeugende Straftheorie basierend auf einem einzigen Grundgedanken zu entwickeln bspw. *Hörnle*, Straftheorien 2011, S. 60.

¹⁴³ *Callies*, NJW 1989, S. 1339; *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 2, m.w.N.

¹⁴⁴ BT-Drs. 5/4095, S. 3.

¹⁴⁵ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 34.

¹⁴⁶ BVerfG v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, S. 187, 253, 254.

¹⁴⁷ *Maimwald*, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 302, 303.

¹⁴⁸ *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 21.

einer vollständigen Darstellung aller Straftheorien kann und soll nicht Zweck dieser Schrift sein. Vielmehr sollen die wichtigsten Strömungen der Straftheorien nebst ihrer Schwächen dargestellt werden (II., III.). Dies bildet eine Grundlage für eine nachvollziehbare Entscheidung für die Vorzugswürdigkeit der positiven Generalprävention (IV.2), welche nach der Darstellung der Einzelheiten der positiven Generalprävention (IV.1) erfolgen soll.

II. Das Gefüge der gängigen Straftheorien im Überblick

1. Die absoluten Straftheorien

Die Besonderheit der absoluten Straftheorien – auf deren Darstellung mit Ausnahme von *Kant* und *Hegel* im Einzelnen verzichtet werden soll –¹⁴⁹ liegt in erster Linie darin, dass sie keine Strafzwecktheorien sind.¹⁵⁰ Dies bedeutet, dass sie die Möglichkeit der Verbindung des Wesens der Strafe mit konkreten verbrechensprophylaktischen Zielen verneinen.¹⁵¹ Es geht ihnen nicht um die Verfolgung irgendwelcher sozialnützlicher Zwecke, sondern darum, durch Übelsauflegung die Schuld des Täters infolge der Tat in gerechter Weise auszugleichen, zu vergelten, zu sühnen.¹⁵² Aus diesem Grund werden die absoluten Straftheorien auch als Gerechtigkeitstheorien, Vergeltungstheorien¹⁵³ oder Wiedervergeltungstheorien¹⁵⁴ bezeichnet. Der Name leitet sich vom lateinischen Ausdruck *poena absoluta ab effectu* ab und bedeutet, dass die Strafe verhängt werden soll, ganz einerlei, welches die Folgen der Bestrafung seien.¹⁵⁵ Die Schwere der verhängten Strafe entspricht hierbei der Schwere der Tat selbst.¹⁵⁶

Die Idee der absoluten Theorien ist nicht neu, sondern schon seit dem Altertum bekannt und auch im Bewusstsein eines jeden mit einer gewissen Selbstverständlichkeit lebendig.¹⁵⁷ Der große wissenschaftliche Einfluss absoluter Straftheorien ist jedoch der Fundierung durch die Philosophie des deutschen Idealismus zuzuschreiben,¹⁵⁸ wie auch den nachhaltig prägenden Formulierungen durch *Kant* und *Hegel*, welche sich durch ihre besondere Klarheit und Radikalität auszeichnen.¹⁵⁹ Beide verfolgen hierbei einen Ansatz, nach welchem die durch die Straftat

Nichts anderes wird wohl auch über die Literatur hierzu gesagt werden können.

¹⁴⁹ Für weitere Ansätze absoluter Theorien siehe u.a. *Thomsen*, Das Deutsche Strafrecht 1906, S. 26.

¹⁵⁰ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 6, Rn. 3.

¹⁵¹ *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 6, Rn. 3.

¹⁵² *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 2.

¹⁵³ *Thomsen*, Das Deutsche Strafrecht 1906, S. 25; vgl. *Gropp*, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 101.

¹⁵⁴ *Bauer*, Lehrbuch des Strafrechts 1833, § 25.

¹⁵⁵ So *Thomsen*, Das Deutsche Strafrecht 1906, S. 25.

¹⁵⁶ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 2.

¹⁵⁷ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 2.

¹⁵⁸ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 3.

¹⁵⁹ *Hassemer/Neumann*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, Vor § 1, Rn. 269.

verletzte Gerechtigkeit ideell wiederhergestellt werden soll.¹⁶⁰ Auch sind beiden Strafzweckerwägungen nicht fremd, werden jedoch außerhalb der Idee der Strafe erörtert.¹⁶¹

Nach *Immanuel Kant* (1724-1804) könne Strafe niemals ein Mittel sein, ein anderes Gutes – sei es für den Verbrecher selbst oder die bürgerliche Gesellschaft – herbeizuführen, denn der Mensch könne nie als Mittel für die Absichten anderer gehandhabt und somit unter die Gegenstände des Sachenrechts gemengt werden.¹⁶² Stattdessen müsse Strafe einzig verhängt werden, weil der Täter verbrochen habe.¹⁶³ Er müsse für strafbar befunden sein, bevor daran gedacht werde, aus dieser Strafe Nutzen für ihn selbst oder seine Mitbürger zu ziehen.¹⁶⁴ Dies führt in letzter Konsequenz zu dem berühmten Inselbeispiel *Kants*, welches die Loslösung der Strafe von einem Nutzen unterstreicht und lautet:

„Selbst wenn sich die bürgerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmigkeit auflösete (z.B. das eine Insel bewohnende Volk beschlösse auseinander zu gehen und sich in alle Welt zu zerstreuen), müßte der letzte im Gefängnis befindliche Mörder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das wiederfabre, was seine Taten wert sind, und die Blutschuld nicht auf dem Volke haftet, das auf diese Bestrafung nicht gedrungen hat, weil es als Teilnehmer an dieser öffentlichen Verletzung der Gerechtigkeit betrachtet werden kann.“¹⁶⁵

Art und Grad der Bestrafung können nach *Kant* zur Erlangung von Strafgerechtigkeit nur durch das Wiedervergeltungsrecht herbeigeführt werden, denn nur dieses sei im Stande, die Qualität und Quantität einer Strafe bestimmt anzugeben.¹⁶⁶

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) wählt einen etwas anderen Ansatz: Grundlage von diesem ist die Einbeziehung von Strafe in den dialektischen Prozess, welcher aus Satz, Gegensatz und Aufhebung des Gegensatzes bestehe.¹⁶⁷ Im Rahmen des Strafrechts sei ein Verbrechen die Negation des bestehenden Rechts; die infolge des Verbrechens verhängte Strafe wiederum sei die Negation dieser Negation, die auf diese Weise zur Wiederherstellung des Rechts beitrage.¹⁶⁸

Ein entscheidender Unterschied von *Hegels* Konzeption im Vergleich zu *Kant* ist jedoch, dass die Wiedervergeltung des zugefügten Unrechts nicht in der Gleichheit der spezifischen Art der Verletzung und Zufügung von dieser liegen soll. Stattdessen solle eine „Annäherung an die Gleichheit dieses ihres Wertes“ gesucht werden.¹⁶⁹ Dies sei nach *Hegel* stets möglich, außer im Falle des Mordes, wo *Hegel* zu dem gleichen Ergebnis kommt wie *Kant*, dass der Täter mit dem

¹⁶⁰ *Schreiber*, ZStW 1982, S. 280.

¹⁶¹ *Gropp*, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 105.

¹⁶² *Kant*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1797), Band I, S. 241.

¹⁶³ *Kant*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1797), Band I, S. 241.

¹⁶⁴ *Kant*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1797), Band I, S. 241.

¹⁶⁵ *Kant*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1797), Band I, S. 242.

¹⁶⁶ *Kant*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1797), Band I, S. 242.

¹⁶⁷ *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 21.

¹⁶⁸ Vgl. *Hegel*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1821), Band II, S. 64.

¹⁶⁹ *Hegel*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1821), Band II, S. 67.

Tod bestraft werden müsse, da eine Annäherung an den Wert des Lebens für die Bestimmung eines gerechten Strafmaßes nicht möglich sei.¹⁷⁰

Teilweise wird in der neueren Literatur davon gesprochen, dass sich – nachdem den absoluten Ansätzen nur bis in die 1960er Jahre hinein ein sehr großer Einfluss zukam –¹⁷¹ in der „allerneuesten Zeit eine Renaissance der absoluten Straftheorie abzeichnet“.¹⁷² So findet sich etwa bei Köhler die „freiheitsgesetzliche (sog. absolute) Theorie“, nach welcher das Strafrecht einen notwendigen immanenten Zweck – nämlich die Restitution des gestörten Rechtsverhältnisses – zu erfüllen habe.¹⁷³

Tatsächlich sind solche Theorien entgegen ihres Selbstverständnisses keine absoluten, sondern relative Straftheorien.¹⁷⁴ Wie dargebracht liegt die Besonderheit absoluter Straftheorien darin, dass sie gerade keine Strafzwecktheorien sind. Wird den neueren „absoluten“ Straftheorien jedoch etwa die Aufgabe zuerkannt, einen Beitrag zur Befestigung der Freiheit der Bürger zu leisten, so ist dies nichts anderes, als das ein Zweck eingeführt wird, wodurch die als absolute Straftheorie deklarierte Theorie zu einer Strafzwecktheorie wird und somit der Begrifflichkeit nach nicht mehr unter jenen Begriff der absoluten Straftheorie subsumiert werden kann.

Die absoluten Straftheorien scheinen fortwährend an Wirkungsmächtigkeit eingebüßt zu haben. Auch liegt die Vermutung nahe, dass sie weiterhin im Vergleich zu den relativen Straftheorien an Wirkungsmächtigkeit einbüßen werden, da letztere deutlich im Vordringen sind. Inwiefern neuere „absolute“ Straftheorien hieran etwas ändern können, mag bezweifelt werden. Ihrer wahren Gestalt einer Strafzwecktheorie und somit einer relativen Straftheorie entsprechend kann man ihr Auftreten allerdings auch als Zeichen für die Wirkungsmächtigkeit eines zweckorientierten Ansatzes im Sinne der relativen Straftheorien deuten, wie auch als Zeichen für den endgültigen Niedergang jener Theorien, die den Begriff der absoluten Straftheorien wirklich verdienen.

2. Die relativen Straftheorien

Die klassischen relativen Straftheorien sind die Spezialprävention und die Generalprävention. Nach ihnen ist Strafe nicht Selbstzweck, sondern insbesondere Mittel zur Verhinderung von strafbaren Handlungen in der Zukunft.¹⁷⁵ Der Name der relativen Straftheorie kommt vom

¹⁷⁰ Hegel, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1821), Band II, S. 68.

¹⁷¹ Vgl. Schönemann, in: Positive Generalprävention 1998, S. 109, m.w.N. Die Vergeltungstheorie sei bis in die 60er Jahre in Deutschland sogar herrschend gewesen.

¹⁷² Schönemann, FS Lüderssen 2002, S. 327.

¹⁷³ Köhler, Strafrecht AT 1997, S. 43.

¹⁷⁴ So trefflich Frister, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 6.

¹⁷⁵ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 71; vgl. Gropp, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 106.

lateinischen Satz *poena relata ad effectum* und bedeutet, dass Strafe auf eine bestimmte Wirkung hinziele.¹⁷⁶

Die Aufteilung in Spezial- und Generalprävention geht auf *Feuerbach* zurück, der erstmals theoretisch klar zwischen Spezial- und Generalprävention unterschied.¹⁷⁷

In der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde der Gedanke der Prävention im Rahmen der straftheoretischen Diskussion wieder „salonfähig“, als die Plausibilität des idealistischen und frühliberalen Menschen- und Gesellschaftsbildes in den sozialökonomischen Strukturkrisen aufgerufen wurde.¹⁷⁸

Zweckorientiertes Strafen wird heute als Konzept aus dem Grundgesetz hergeleitet, denn Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Bürger bedürfen im modernen Rechtsstaat einer Rechtfertigung.¹⁷⁹ Ein zweckfreies Strafrecht ist nach dem geltenden Verfassungsrecht ausgeschlossen, da eine Strafe niemals bloß Selbstzweck sein könne.¹⁸⁰

a) Die spezialpräventiven Theorien

Die spezialpräventiven Theorien zielen darauf ab, mittels Einwirkung auf den Täter¹⁸¹ – sei es durch entsprechende Motivation oder gewaltsame Beschneidung seiner Möglichkeiten – diesen von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten und ihn zu gesetzestreuem Verhalten anzuleiten.¹⁸² Dies kann sowohl positiv geschehen, indem bei dem Täter Einsicht in soziales und wertkonformes Verhalten geweckt wird und er die Fähigkeit erlangt, diesen Einsichten entsprechend zu handeln (positive Spezialprävention), oder aber durch Furcht vor Strafe (negative Spezialprävention).¹⁸³

Der spezialpräventive Ansatz ist keine Erfindung der Neuzeit.¹⁸⁴ So findet sich bereits unter anderem bei *Seneca* eine klassische Formulierung aller präventiven Lehren.¹⁸⁵ Die

¹⁷⁶ So *Thomsen*, Das Deutsche Strafrecht 1906, S. 26.

¹⁷⁷ *Jesbeck/Weigend*, Strafrecht AT 1996, S. 72.

¹⁷⁸ *Bock*, JuS 1994, S. 90.

¹⁷⁹ *Giehring*, KrimJ 1987, S. 3.

¹⁸⁰ *Giehring*, KrimJ 1987, S. 3, m.w.N.

¹⁸¹ *Heinrich*, Strafrecht AT 2012, Rn. 18; *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 35; *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 11.

¹⁸² *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 19; vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 36.

¹⁸³ *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 19.

¹⁸⁴ Vgl. *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 28.

¹⁸⁵ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 11, m.w.N., wo es heißt: „Nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur...“ („Denn, wie Platon sagt: Kein kluger Mensch straft, weil gesündigt worden ist, sondern damit nicht gesündigt werde...“).

Für weitere Ansätze der Spezialprävention in der Vergangenheit siehe u.a. *Joekes*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 58.

Spezialprävention war in den ersten Nachkriegsjahrzehnten der dominierende Strafzweck und hat maßgeblich den neuen Allgemeinen Teil des 1975 in Kraft getretenen Strafgesetzbuchs nachhaltig beeinflusst,¹⁸⁶ was wohl insbesondere auf die einflussreiche Wiederbelebung des Ansatzes durch *Franz v. Liszt* (1851-1919) im 19. Jahrhundert zurückzuführen sein dürfte.¹⁸⁷

Charakteristisch für den Ansatz der Spezialprävention ist es auch, nicht den Normbruch als kritisches Moment anzusehen, sondern diesen als Symptom für kommende Taten desselben Täters zu werten.¹⁸⁸

Besserung, Abschreckung und Unschädlichmachung sind für *v. Liszt* die unmittelbaren Wirkungen der Strafe, die in ihr liegenden Triebkräfte, durch welche sie den Schutz der Rechtsgüter bewirkt.¹⁸⁹ Nach *v. Liszt* müssten drei Formen des Rechtsgüterschutzes drei Kategorien von Verbrechen entsprechen, sodass er schließlich folgende Einteilung vornimmt:¹⁹⁰

1. Besserung der besserungsfähigen und besserungsbedürftigen Gewohnheitsverbrecher.
2. Abschreckung der nicht besserungsbedürftigen Gelegenheitsverbrecher.
3. Unschädlichmachung der besserungsunfähigen Gewohnheitsverbrecher.

Jene erster Kategorie, zum Verbrechen neigenden, „aber noch nicht rettungslos verlorenen Individuen“, sollen bei wiederholter Begehung in eine Besserungsanstalt abgegeben werden – zunächst in Einzelhaft und bei guter Führung in progressive Gemeinschaftshaft –, wo die Besserung durch Arbeit und Elementarunterricht vorgenommen werden solle.¹⁹¹

Jene zweiter Kategorie, für die die Tat nur eine Episode sei, eine „durch überwiegend äußere Einflüsse hervorgebrachte Verirrung“ darstelle und die Gefahr wiederholter Begehung nur minimal sei, solle die Strafe eine „gewissermaßen handgreifliche Warnung, ein „Denkzettel“ für den egoistischen Trieb des Verbrechers“ sein.¹⁹²

Jene der dritten Kategorie, die Unverbesserlichen, sollen zum Schutze der Gesellschaft auf Lebenszeit, beziehungsweise auf unbestimmte Zeit, eingesperrt werden, „da wir köpfen und hängen nicht wollen und deportieren nicht können“.¹⁹³

In der Nachkriegszeit hat jene Kategorie der Besserung in *v. Liszts* Entwurf – auch als Resozialisation oder Sozialisation bezeichnet – eine bedeutende Rolle gespielt.¹⁹⁴ Und auch heute spielt dieser eine wichtige Rolle, wie unter anderem § 2 des Strafvollzugsgesetzes¹⁹⁵ zeigt:

¹⁸⁶ *Roxin*, FS Müller-Dietz 2001, S. 704.

¹⁸⁷ Vgl. *Roxin*, JuS 1966, S. 379.

¹⁸⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 38.

¹⁸⁹ *v. Liszt*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1883), Band II, S. 179.

¹⁹⁰ *v. Liszt*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1883), Band II, S. 180-183.

¹⁹¹ *v. Liszt*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1883), Band II, S. 182.

¹⁹² *v. Liszt*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1883), Band II, S. 182, 183.

¹⁹³ *v. Liszt*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1883), Band II, S. 181.

¹⁹⁴ Siehe hierzu etwa *Hörnle*, in: Strafe 2011, S. 14, wo es heißt, die Spezialprävention habe ihre stärkste Popularität in den 60er und 80er Jahren gehabt, vertreten durch die Verfasser des Alternativentwurfs; *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 12.

¹⁹⁵ Seit der Föderalismusreform 2006 ist das Gebiet des Strafvollzugs der Kompetenz der Landesgesetzgebung zugeordnet; Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Hessen und Niedersachsen haben eigene Landesvollzugsgesetze

„Im Vollzug der Freiheitsstrafe soll der Gefangene fähig werden, künftig in sozialer Verantwortung ein Leben ohne Straftaten zu führen (Vollzugsziel). Der Vollzug der Freiheitsstrafe dient auch dem Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten.“

Der Ansatz der Spezialprävention scheint heutzutage von vielen Richtern befürwortet zu werden, was wohl nicht zuletzt auf den Umstand zurückzuführen sein dürfte, dass auf diese Weise der Tätigkeit des Strafrichters ein positiver Sinn zugesprochen werden kann.¹⁹⁶

b) Die generalpräventiven Theorien

Im Gegensatz zu den spezialpräventiven Theorien geht es den generalpräventiven Theorien um eine Einwirkung nicht auf den Täter, sondern auf die Allgemeinheit.¹⁹⁷ Wie die klassischen spezialpräventiven Theorien werden die generalpräventiven Theorien ebenfalls in eine positive und eine negative Ausrichtung unterschieden:¹⁹⁸

Die negative Generalprävention, nach welcher der Sinn der Strafe in der Abschreckung potentieller Täter liegt, wurde insbesondere von *Paul Johann Anselm von Feuerbach* (1775-1833) systematisch ausformuliert.¹⁹⁹ Doch auch der Abschreckungsgedanke ist nicht erst seit *Feuerbach* existent. So findet sich die Bezeichnung allgemeiner Abschreckung durch Strafe beispielsweise bereits bei *Aristoteles, Grotius, Hobbes* und *Protagoras*.²⁰⁰

Feuerbachs Theorie basiert auf dem rationalistischen Menschenbild der Aufklärung, nach welchem der Mensch ein Wesen ist, welches die Vor- und Nachteile seiner Handlungen vernünftig gegeneinander abwägt.²⁰¹

Der Kern der negativen Generalprävention liegt in der Einwirkung in psychischer und nicht in physischer Weise: Eingewirkt werde auf die Willensbildung und Entschlussfassung des potentiellen Täters, so dass der von ihm durch die Tat erstrebte Vorteil von dem Nachteil in Form von staatlich auferlegter Strafe überwogen werde, woraufhin der potentielle Täter aus eigenem, wohlverstandenen Interesse von der Vornahme der möglichen Tat Abstand nehme.²⁰²

erlassen, während die übrigen Länder mit Ausnahme von Nordrhein-Westfalen einen gemeinsamen Musterentwurf erarbeitet haben, *Jehle*, in: StVollzG 2013, § 1, Rn. 3. Für die in der Landesgesetzgebung zum Teil abweichenden Formulierungen siehe *Jehle*, in: StVollzG 2013, § 2, Rn. 21 ff.

¹⁹⁶ *Hörnle*, in: Strafe 2011, S. 14.

¹⁹⁷ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 17, 18.

¹⁹⁸ Der Begriff der Generalprävention wurde zunächst nur als Synonym für die Abschreckungsprävention (heutige negative Generalprävention) verwandt, *Hoffmann*, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht 1992, S. 6.

¹⁹⁹ *Frister*, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 8.

²⁰⁰ *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 23.

²⁰¹ *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 35.

²⁰² *Hoerster*, GA 1970, S. 273; vgl. *Feuerbach*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1801), Band II, S. 35, wo es auch heißt: „Alle Uebertretungen haben ihren psychologischen Entstehungsgrund in der Sinnlichkeit, in wiefern das

Nur so könne nach *Feuerbach* durch die notwendige Strafe die Erhaltung der wechselseitigen Freiheit aller durch Aufhebung der sinnlichen Antriebe zu Rechtsverletzungen gesichert werden.²⁰³

Nachdem in Konsequenz der Erkenntnisse von *Sigmund Freud* (1856-1939) die negative Generalprävention an Einfluss verlor und die positiven generalpräventiven Aspekte immer mehr Betonung fanden, entwickelte sich in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts ein neuerliches Interesse an der negativen Generalprävention, unter anderem aufgrund der damaligen Sorge um die innere Sicherheit.²⁰⁴

Heute hat die Theorie der negativen Generalprävention noch immer großen Einfluss.²⁰⁵ Zudem habe sie auch eine „laienpsychologische Evidenz“, die tiefenpsychologisch dadurch untermauert werde, dass viele Menschen etwaigen Handlungswünschen nur dann nicht nachgeben würden, wenn sie sähen, dass diejenigen, welche sich ihre Wünsche auf außergesetzlichem Wege erfüllten, nicht erfolgreich seien und stattdessen schwere Nachteile erlitten.²⁰⁶

Der positiven Generalprävention hingegen kommt nach ihrem grundlegenden Gedanken die Aufgabe zu, die Erhaltung und Stärkung der rechtstreuen Gesinnung der Bevölkerung zu sichern; anders gewendet, Norminternalisierung und Normakzeptanz bei der Bevölkerung zu bewirken.²⁰⁷

Die positive Generalprävention wendet sich insbesondere an den sich regelmäßig normengetreu verhaltenden Teil der Bevölkerung.²⁰⁸ Der staatlichen Strafe kommt die Aufgabe zu, zur freiwilligen Normbefolgung anzuhalten,²⁰⁹ indem aufgrund von Strafdrohung Einfluss auf die persönlichen Entwicklungs- und Lernprozesse genommen und eine nicht nur bloß kurzfristige Anpassung von Verhaltensweisen angestrebt wird.²¹⁰

Eine gelungene Umschreibung des Grundgedankens der positiven Generalprävention findet sich etwa bei *Baurmann*:²¹¹

„Die Theorie der positiven Generalprävention propagiert eine überraschende Sichtweise der staatlichen Strafe: Anstatt daß staatliche Strafe als Verhängung eines äußeren Übels das Versagen von Moral und Erziehung signalisiert, soll sie selber einen moralischen und erzieherischen Einfluß ausüben; anstatt daß sie mit Setzung und Zwang das Ende von Zustimmung und Freiwilligkeit markiert, soll sie Konsens und Normanerkennung herbeiführen; und anstatt daß sie individueller Freiheit und Autonomie öffentliche

Begehrungsvermögen des Menschen durch die Lust an oder aus der Handlung zur Begehung derselben angetrieben wird. Dieser sinnliche Antrieb wird dadurch aufgehoben, dass jeder weiss, auf seine That werde unausbleiblich ein Uebel folgen, welches grösser ist, als die Unlust, die aus dem nichtbefriedigten Antrieb zur That entspringt.“

²⁰³ *Feuerbach*, in: *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit* (1801), Band II, S. 36.

²⁰⁴ *Otto*, *Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle* 1982, S. 13-15.

²⁰⁵ *Roxin*, *Strafrecht AT-1 2006*, § 3, Rn. 24, m.w.N.

²⁰⁶ *Roxin*, *Strafrecht AT-1 2006*, § 3, Rn. 24, m.w.N.

²⁰⁷ Vgl. etwa *Baurmann*, GA 1994, S. 368; *Hörnle*, in: *Strafe* 2011, S. 21; *Streng*, *Strafrechtliche Sanktionen* 2012, Rn. 24.

²⁰⁸ *Jakobs*, *Staatliche Strafe* 2004, S. 31.

²⁰⁹ *Baurmann*, GA 1994, S. 369.

²¹⁰ *Baurmann*, GA 1994, S. 375.

²¹¹ *Baurmann*, GA 1994, S. 368.

Gewalt entgegenstellt, soll sie ein Appell an Verantwortungsbewußtsein und autonome Selbstbestimmung sein. Die Theorie der positiven Generalprävention zufolge soll staatliche Strafe also nicht durch ihre furchteinflößende und abschreckende Wirkung zur allgemeinen Normkonformität beitragen, sondern durch eine Verstärkung der inneren Bindung an soziale Normen, durch eine Förderung von Norminternalisierung und Normakzeptanz.“

Für Äußerungen hinsichtlich der positiven Generalprävention in der Rechtsprechung²¹² seien zwei in diesem Kontext wichtige Entscheidungen angeführt:

„In positiver Hinsicht ist bei der Bestimmung des Begriffs »Verteidigung der Rechtsordnung« davon auszugehen, daß es zu den Aufgaben der Strafe gehört, das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen, die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung damit vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und zugleich künftigen ähnlichen Rechtsverletzungen potentieller Täter vorzubeugen (spezielle Generalprävention). Beide Zweckgesichtspunkte liegen dem Begriff der »Verteidigung der Rechtsordnung« zugrunde. (...) Sie werden ergänzt, zugleich aber auch begrenzt durch das weitere – subjektiv orientierte – Begriffselement der »Rechtstreue des Volkes« (...).“²¹³

„Der positive Aspekt der Generalprävention wird gemeinhin in der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung gesehen (...). Es gehört zu den Aufgaben der Strafe, das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen, um die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken (...).“²¹⁴

Den Gedanken der positiven Generalprävention sehen ihre Vertreter insbesondere im Begriff der „Verteidigung der Rechtsordnung“ verankert – §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3 und 59 Abs. 1 Nr. 3 StGB.²¹⁵

Obwohl die positive Generalprävention häufig im Rahmen ihrer Darstellung als „neuere“ Straftheorie erscheint, finden sich bereits historische Ansätze, die man dem Grundgedanken nach mit dem Begriff der positiven Generalprävention belegen kann und die exkursorisch an einigen Beispielen dargestellt werden sollen. Die Existenz eines wirklichen Konzepts der positiven Generalprävention wird allerdings wohl erst der jüngeren Vergangenheit zuzuschreiben sein.

So ist etwa zunächst der Umstand anführbar, dass bei den alten Griechen die entscheidende Aufgabe des Staatsmannes darin bestand, durch gute Gesetze mit ihren Eigenschaften des Zwanges, der Gewöhnung und des inneren Wertes die Bürger zur beständigen rechtstreuen Gesinnung zu bringen.²¹⁶

²¹² Für eine ausführlichere Darstellung der Rechtsprechung sei verwiesen auf *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention 1998, S. 45 ff.

²¹³ BGH v. 08.12.1970 – 1 StR 353/70 = BGHSt 24, S. 40, 44, 45.

²¹⁴ BVerfG v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 = BVerfGE 45, S. 187, 256.

²¹⁵ Vgl. BGH v. 08.12.1970 – 1 StR 353/70 = BGHSt 24, S. 40, 44, 45; *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 10.

²¹⁶ *Welzel*, FS Gierke 1950, S. 296.

Ferner können Ehrenstrafen wie das Anprangern angeführt werden, welche für die mittelalterliche und frühmoderne Gesellschaft ein Mittel zur symbolischen Integration und Normbegründung darstellten.²¹⁷

Auch die Hinrichtungen der frühen Neuzeit können zunächst mit Aspekten positiver Generalprävention in Verbindung gebracht werden, denn durch diese sollte moralisch erziehend auf das Volk eingewirkt und die rechtstreue Bevölkerung in ihrer Rechtlichkeit und Staatlichkeit bestärkt und unterstützt werden.²¹⁸

3. Der vereinigungstheoretische Ansatz

Der straftheoretische Ansatz der Vereinigungstheorien ist eine Konsequenz des sogenannten Schulenstreits.²¹⁹ Dieser ist historisch um 1900 anzusiedeln und darauf zurückzuführen, dass sich die absolute und die spezialpräventive Theorie auf das Schroffste gegenüberstanden.²²⁰

In dieser Phase, wo unter anderem manche die einseitige Auffassung vertreten haben, Strafe gehe es nur um Gerechtigkeit, und wiederum andere einseitig den Zweckgedanken der Strafe betonten, finden sich Auffassungen, die die verschiedenen Aspekte zu vereinigen suchen; die sogenannten Vereinigungstheorien.²²¹ Diese versuchen, die klassischen Strafzwecke in ein normativ ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen.²²² Hintergrund der auftretenden Vereinigungstheorien war unter anderem, dass man die Einwände, die gegen die klassischen Straftheorien vorgebracht wurden, auf diese Weise auszuräumen suchte.²²³

Man will im Rahmen vereinigungstheoretischer Ansätze – unterschiedlich betont – keinen Strafzweck ausschließen, aber auch keinem uneingeschränkt folgen.²²⁴

Aufgrund der Vermischung bekannter Ansätze treten bei den Vereinigungstheorien keine wirklich neuen Gesichtspunkte hervor.²²⁵ Aus diesem Grunde sei an dieser Stelle auf ein näheres Eingehen auf die unterschiedlichen Spielarten der vereinigungstheoretischen Ansätze verzichtet.²²⁶

²¹⁷ Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention 1998, S. 22.

²¹⁸ Vgl. Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention 1998, S. 21, 22, m.w.A., m.w.N.

²¹⁹ Maurach/Zipf, Strafrecht AT-1 1992, § 6, Rn. 32, m.w.A.

²²⁰ Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 33.

²²¹ Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe 1971, S. 33.

Vereinigungstheorien sind augenscheinlich auch bereits deutlich vor der Zeit des Schulenstreits aufzufinden. So findet sich etwa der Begriff „Zusammengesetzte Strafrechtstheorien“ bei Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft 1836, § 46.

²²² Fischer, StGB 2013, § 46, Rn. 2 a; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75, 76.

²²³ Vgl. Frister, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 20.

²²⁴ Hassemer/Neumann, in: Nomos Kommentar StGB 2013, Vor § 1, Rn. 286.

²²⁵ Schmidhäuser, Vom Sinn der Strafe 1963, S. 27.

²²⁶ Verwiesen sei jedoch u.a. auf Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 48, 49; Joock, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 70 ff.; Krey/Esser, Strafrecht AT 2012, Rn. 146 ff.; Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 37 ff.; Thomsen, Das Deutsche Strafrecht 1906, S. 29, 30.

III. Typischerweise geübte Kritik an den gängigen Straftheorien im Überblick

1. Kritik an den absoluten Straftheorien

Die typischerweise an absoluten Straftheorien dargebrachte Kritik lässt sich zunächst grob in drei übergeordnete Kategorien einteilen, die sich einerseits mit dem Staat, andererseits mit dem Strafrecht und der Strafe sowie Mensch und Gesellschaft bezeichnen lassen. Im Zusammenhang zum Staat finden sich die stärksten Argumente. Die Argumente der anderen beiden Kategorien erscheinen schwächer und sind jeweils von ähnlichem Gewicht.

Auch existiert eine vierte Kategorie der Kritik, die sich auf die Ausführungen einzelner Autoren, und hier vorwiegend gegen *Hegel* und *Kant* richtet. Sie haben zwar auch Gewicht, sind aber in ihrer Stärke deutlich unter den anderen Kategorien einzuordnen.

Die im Zusammenhang zum Staat stehenden Argumente lauten wie folgt: Die absoluten Theorien zielen auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit ab. Der Staat als solcher habe aber zum einen nicht die Aufgabe, die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen; zum anderen sei ihm dies mit den ihm zur Verfügung stehenden Machtmitteln auch nicht möglich.²²⁷ Zudem erscheine der Gedanke, man könne ein Übel durch ein weiteres Übel ausgleichen oder aufheben, nur einem Glauben zugänglich, auf den der Staat niemanden mehr verpflichten dürfe, seitdem er seine Gewalt nicht mehr von Gott, sondern vom Volke ableite.²²⁸ Ungeklärt bleibe weiterhin, unter welchen Voraussetzungen der Staat überhaupt dazu berechtigt sei, menschliche Schuld auszugleichen.²²⁹ Vom Staat die Aufgabe der Verwirklichung absoluter Gerechtigkeit zu verlangen, würde diesen unerträglich übersteigern.²³⁰ Schließlich heißt es, die metaphysische Idee der gerechten Vergeltung könne nicht zur Begründung massiver Grundrechtseingriffe herangezogen werden, denn in einem säkularem Staat können solche Eingriffe dem Bürger gegenüber nur gerechtfertigt werden, wenn sie zur Verwirklichung hochrangiger innerweltlicher Ziele notwendig seien.²³¹

Der Kategorie des Strafrechts und der Strafe zugehörig sind die folgenden Argumente: Die absolute Theorie setze die Notwendigkeit der Strafe, die sie begründen soll, in Wahrheit bereits voraus, denn sie sage nicht, wann gestraft werden müsse, sondern, dass wenn gestraft werde, dies zur Vergeltung einer Übeltat erfolgen müsse.²³² Die Idee der Vergeltung würde Strafe auch dann erforderlich machen, wenn sie aus Gründen des Rechtsgüterschutzes überhaupt nicht nötig wäre;

²²⁷ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 8.

²²⁸ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 8.

²²⁹ *Roxin*, JuS 1966, S. 378.

²³⁰ *Schreiber*, ZStW 1982, S. 281.

²³¹ *Weigend*, in: Strafe 2011, S. 32; vgl. *Roxin*, FS Müller-Dietz 2001, S. 702, 703.

²³² *Roxin*, JuS 1966, S. 378.

eine solche Strafe würde jedoch den Aufgaben des Strafrechts – wie dem Rechtsgüterschutz und der Sicherung menschlichen Zusammenlebens in Friede und Freiheit – nicht entsprechen; Strafe würde damit ihre gesellschaftliche Legitimation verlieren.²³³

Die absolute Theorie stehe im Widerspruch zur gelebten Strafwirklichkeit: Wenn Strafe nur auf die Verwirklichung der Gerechtigkeit abziele, wie lasse sich dann erklären, dass die Strafanstalten nicht nur verwahren, sondern auch mit Besserungsprogrammen arbeiten?²³⁴ Ein modernes Strafrecht könne und wolle keine absolute Gerechtigkeit erstreben, sondern könne und dürfe nur soweit strafen, als dies zur Aufrechterhaltung der Friedensordnung überhaupt erforderlich sei.²³⁵

Ideen von Schuld, Sühne und Vergeltung könnten nur deshalb zugleich eine Maßstabsfunktion übernehmen, weil die Erreichung ihres Zwecks nicht empirisch überprüfbar sei.²³⁶

Den Bezug zu Mensch und Gesellschaft suchen die folgenden Argumente: Solange nicht endgültig geklärt sei, ob der Mensch Willensfreiheit besitze, werde letztlich auf einer Hypothese gestraft.²³⁷

Vergeltung sei nicht im Stande, Sozialisationsschäden, die oftmals Ursachen der Verübung von Straftaten seien, anzugehen und somit auch kein geeignetes Mittel für die Verbrechensbekämpfung.²³⁸ Gerade die Achtung vor der Menschenwürde gebiete es, statt vergeltend gegen den Täter zurückzuschlagen, an diesem die Resozialisierung anzustreben.²³⁹

Unsere Zeit könne sich eine Lehre der Strafe nicht leisten, welche die Antwort auf die Frage verweigere, welcher Art Zustände die Strafe verbessern und welche Probleme sie lösen könne.²⁴⁰

Auch die Umformulierung in eine „Sühnethorie“²⁴¹ sei nicht haltbar, weil ein – selten vorkommendes – Sühneerlebnis auf Seiten des Täters einen autonomen sittlichen Akt seiner Persönlichkeit darstelle und diesem daher nicht zwangsweise auferlegt werden könne; auch könne ein solches Sühneerlebnis eher durch eine helfende als eine vergeltende Strafe herbeigeführt werden.²⁴²

In Bezug zu *Hegel* und *Kant* wurde etwa vorgebracht, dass die These, dass die Würde des Menschen es verbiete, bei der Sinngebung der Strafe Nützlichkeitsabwägungen anzustellen, nicht

²³³ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 8.

²³⁴ Vgl. *Hassemer*, Warum Strafe sein muss 2009, S. 101.

²³⁵ *Gropp*, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 105.

²³⁶ *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 27.

²³⁷ *Roxin*, JuS 1966, S. 378.

²³⁸ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 9.

²³⁹ *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht 1981, Band 2, S. 154.

²⁴⁰ *Hassemer*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 36.

²⁴¹ Angemerkt sei, dass Sühne als solche nicht einfach als bloße Vergeltung missverstanden werden darf, vgl. *Seebode*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, § 46, Rn. 33. Die „Sühnethorie“ ist allerdings nicht sehr verbreitet, *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen 2012, Rn. 32. Sie könne zudem auch nicht als Funktion eines modernen StGB angesehen werden, dem es um Rechtsgüterschutz, nicht aber um die Sittlichkeit der Bürger gehe, so *Krey/Esser*, Strafrecht AT 2012, Rn. 157; vgl. zur Sühnethorie auch *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S. 18.

²⁴² *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 10.

zu überzeugen vermöge.²⁴³ Der von *Kant* und *Hegel* verfochtenen Straftheorie liege ein Menschenbild zu Grunde, das dem heutigen Menschenbild nicht mehr entspreche.²⁴⁴ Bei den Ansätzen von *Kant* und *Hegel* werde nicht bewiesen, sondern schlichtweg verkündet, dass der Sinn der Strafe die Wiedervergeltung sei.²⁴⁵ Der von *Kant* verwandte kategorische Imperativ sei auch nichts weiter als eine Leerformel, aus der sich keinerlei inhaltliche Schlüsse ziehen ließen, denn es bliebe offen, welcher Art das allgemeine Gesetz sein solle.²⁴⁶

2. Kritik an der Spezialprävention

Kritik an den spezialpräventiven Ansätzen unterscheidet häufig nicht zwischen Kritik an der positiven und der negativen Seite; vielmehr wird häufig Kritik an einem spezialpräventiven Ansatz insgesamt geübt. Allgemein gegen den Ansatz der Spezialprävention – namentlich in Bezug auf die Wirksamkeit der Spezialprävention, beziehungsweise die Fälle des Fehlgehens des Ansatzes der Spezialprävention – gerichtete Kritik kommt regelmäßig die größte Durchschlagskraft zu. Die Ursache hierfür ist in dem Umstand zu finden, dass ohne Wirksamkeit die Tauglichkeit eines solchen Ansatzes insgesamt in Frage gestellt ist. Etwas weniger schneidend sind hingegen die Argumentationslinien, die im Zusammenhang mit etwaigen Konsequenzen eines rein spezialpräventiven Strafrechts stehen sowie sich mit dem Menschen selbst auseinandersetzen.

In Bezug auf die Wirksamkeit eines spezialpräventiven Ansatzes findet sich folgendes: Der Spezialprävention mangle es an wirksamen (Allheil-) Mitteln.²⁴⁷ Überhaupt mangle es ihr an einem überzeugenden Wirkungsnachweis.²⁴⁸ Zudem sei ein erfolgreiches Konzept für die Sozialisierung straffällig gewordener Menschen trotz aller Bemühungen bislang nicht entwickelt worden.²⁴⁹ Es fehle an einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage/Beurteilungsmethode, um beim einzelnen Täter die Gefahr eines Rückfalls zu ermitteln.²⁵⁰ Auch sei die Eignung des Strafvollzugs, Rückfälle über die Zeit des Vollzugs der Freiheitsstrafe hinaus zu vermeiden, fraglich.²⁵¹ Es sei ebenfalls fragwürdig, inwiefern an Erwachsenen im Rahmen des Strafvollzugs tatsächlich eine wirksame Erziehung geleistet werden könne,²⁵² beziehungsweise mit welchem

²⁴³ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 20.

²⁴⁴ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 20.

²⁴⁵ *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht 1981, Band 2, S. 152.

²⁴⁶ *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht 1981, Band 2, S. 152.

²⁴⁷ *Weigend*, in: Strafe 2011, S. 40.

²⁴⁸ *Fabricius*, FS Schwind 2006, S. 269.

²⁴⁹ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 20, wo es auch heißt, dass die Schwierigkeiten der praktischen Verwirklichung von Resozialisierungsplänen zu dem international wirkungsvollen Ausdruck „nothing works“ geführt haben.

²⁵⁰ *Joeks*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 62.

²⁵¹ *Joeks*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 76.

²⁵² *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT 1996, S. 75.

Recht sich erwachsene Menschen überhaupt erziehen oder behandeln lassen müssen,²⁵³ auch bis ins hohe Alter,²⁵⁴ oder ob es für eine gelungene Resozialisierung in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht besser wäre, wenn der Staat von einer Bestrafung Abstand nehme und sich lediglich auf Sozialhilfe beschränke.²⁵⁵

Zu Fällen des allgemeinen Fehlgehens des Ansatzes der Spezialprävention sind folgende Argumentationslinien ersichtlich: Die Spezialprävention sei im Allgemeinen nicht im Stande, die Bestrafung des Täters zu begründen, wenn dieser weder abgeschreckt werden müsse, noch tatsächlicher Besserung bedürfe;²⁵⁶ beispielsweise aufgrund der Einmaligkeit der zur Tatzeit gegebenen Umstände oder der Persönlichkeit des Täters, so dass mit einer weiteren Straffälligkeit keinesfalls zu rechnen wäre.²⁵⁷ Gleiches gelte für den Fall, dass der Täter sich selbst resozialisiere.²⁵⁸ Ferner wäre die Bestrafung des Täters dann problematisch, wenn dieser beispielsweise aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr zur Begehung desselben Delikts im Stande wäre.²⁵⁹

Die Konsequenzen eines rein spezialpräventiven Ansatzes werden von folgenden Argumentationslinien aufgegriffen: Dem spezialpräventiven Ansatz folgend müsste die Strafe konsequent durch therapeutische Maßregeln ersetzt werden.²⁶⁰ Ginge es der Strafrechtspflege tatsächlich nur um die Resozialisierung des Täters, so würde die mit der Strafe einhergehende ethische Missbilligung ebenso wenig einen Sinn machen wie die Missbilligung einer Krankheit.²⁶¹ In Konsequenz eines spezialpräventiven Ansatzes müsste in zahlreichen Fällen eine Rechtsfolge von unbestimmter Dauer ausgesprochen werden, da ein Zeitpunkt für eine gelungene Resozialisierung nicht festgeschrieben stehe.²⁶² Es ließen sich mit der Spezialprävention keine eindeutig bestimmten Strafquanten berechnen.²⁶³ Die Spezialprävention hätte zur Konsequenz, dass man bereits schwer kriminalitätsgefährdeten Personen eine (re-)sozialisierende Behandlung zuteilwerden lassen müsste, selbst, wenn diese bislang noch nicht strafrechtlich auffällig

²⁵³ Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 17.

²⁵⁴ Gropp, Strafrecht AT 2005, Rn. 114.

²⁵⁵ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75.

²⁵⁶ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75; Maimald, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 295; Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 19; vgl. Hallich, in: Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie 2011, S. 174.

²⁵⁷ Vgl. Heinrich, Strafrecht AT 2012, Rn. 18; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75; Maimald, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 295; Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 19.

²⁵⁸ Schönemann, FS Lüderssen 2002, S. 336.

²⁵⁹ Heinrich, Strafrecht AT 2012, Rn. 18.

²⁶⁰ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75.

²⁶¹ Jescheck/Weigend, Strafrecht AT 1996, S. 75.

²⁶² Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 44; Momsen/Rackow, JA 2004, S. 338; Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 16; Weigend, in: Strafe 2011, S. 32.

Angemerkt sei noch, dass eine Haftstrafe unbestimmter Dauer bis 1990 in § 19 JGG existierte, Roxin, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 16.

²⁶³ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 50; vgl. Tschernwinka, Absprachen im Strafprozeß 1995, S. 48.

geworden seien.²⁶⁴ Es bestünde die Gefahr eines krassen Missverhältnisses zwischen dem durch die Tat verübten sozialen Schaden und dem Quantum der Reaktion, denn immer wieder rückfällige Täter müssten auch bei nur geringfügigen Delikten „gesichert“ werden.²⁶⁵ Taugliche spezialpräventive Verfahren seien – einmal abgesehen von Gelegenheitstaten – nicht Strafen oder andere Behandlungen nach dem StGB, sondern Hilfen, z.B. gegen Arbeitslosigkeit, Arbeitsunlust, Überschuldung, familiäre Schwierigkeiten und Süchte.²⁶⁶ So nötig und sinnvoll solche Hilfen auch sein mögen, sie seien jedoch nicht dazu im Stande, der primäre Strafzweck zu sein.²⁶⁷ Überdies seien dergestalt kostenintensive Maßnahmen ein Benefiz, dessen Gewährung gegenüber Straftätern im Vergleich zu nicht kriminellen Personen mit ähnlichen persönlichen Defiziten und Schwierigkeiten nicht leicht zu rechtfertigen wäre.²⁶⁸ Überhaupt greife die Spezialprävention erst dann, wenn das „Kind bereits im Brunnen“ liege, so dass sie über den Sinn der Androhung von Strafe gar nichts sagen könne.²⁶⁹

Im Zusammenhang zum Menschen finden sich folgende Argumentationslinien: Das Konzept der Resozialisierung pathologisiere den Täter und vernachlässige die gesellschaftlichen Ursachen der Kriminalität.²⁷⁰ Der Täter werde wie ein Objekt zur Konditionierung seiner selbst oder zur Motivation anderer behandelt.²⁷¹ Das moderne Strafrecht habe nicht das Recht, vom Täter einen tatsächlichen Gesinnungswandel zu verlangen.²⁷² Was er in seinem Internum denke sei unerheblich, sofern er sich nach außen hin gesellschaftskonform verhalte.²⁷³

Strafe sei Mittel der Erziehung, doch folge hieraus auch, dass die Erziehung kein Mittel der Bestrafung sei; und jede Maßnahme, die dem Rechtsbrecher aus Anlass seiner Tat ein Leiden zufüge, sei ganz Strafe, doch was ganz Strafe sei, könne nicht ganz Erziehung sein.²⁷⁴ Diese Einsicht nötige zur Prognose, dass man auf Erziehungserfolge des Strafvollzugs keine allzu großen Erwartungen setzen dürfe.²⁷⁵ Ferner hätten präventive Strafen allgemein aufgrund ihrer Prognoseabhängigkeit eine unsichere Tatsachenbasis, und es sei ungewiss, ob Strafe dem Rückfall des Täters eher begegne als ihn zu fördern; denn der alten Erkenntnis, dass die Rückfallwahrscheinlichkeit mit der Zahl der Vorstrafen wachse, sei nach wie vor nicht zu widersprechen.²⁷⁶

²⁶⁴ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 16; vgl. *Mainwald*, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 294.

²⁶⁵ *Heinrich*, Strafrecht AT 2012, Rn. 18.

²⁶⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 42.

²⁶⁷ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 11.

²⁶⁸ *Weigend*, in: Strafe 2011, S. 32.

²⁶⁹ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 10.

²⁷⁰ *Schreiber*, ZStW 1982, S. 284.

²⁷¹ *Köhler*, Strafrecht AT 1997, S. 45.

²⁷² *Gropp*, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 115.

²⁷³ *Gropp*, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 115.

²⁷⁴ *Bockelmann*, JZ 1951, S. 497.

²⁷⁵ *Bockelmann*, JZ 1951, S. 497.

²⁷⁶ *Seebode*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, § 46, Rn. 49.

Es bestünde die Gefahr der ungünstigen gegenseitigen Beeinflussung der Gefangenen im Rahmen einer Freiheitsstrafe; zudem schwäche die Reglementierung des gesamten Lebensablaufs die Selbstständigkeit der Denk- und Willensakte, also die Selbstverantwortlichkeit des Gefangenen, und mache ihn dadurch sozial untauglicher.²⁷⁷ Die Atmosphäre des Strafvollzugs sei einer fruchtbaren Erziehung so ungünstig wie möglich,²⁷⁸ obwohl es freilich auch Beispiele gäbe, die zu bestätigen scheinen, dass eine gute Zwangserziehung auch gute Resultate zur Folge haben könne.²⁷⁹

3. Kritik an der negativen Generalprävention

Wie bereits bei der Kritik an den spezialpräventiven Ansätzen ist auch an dieser Stelle die Kritik in Bezug auf die Wirksamkeit am wirkungsmächtigsten. Von großem Gewicht ist auch die Kritik im Zusammenhang zum Menschen. Die Kritik im Zusammenhang mit dem Staat und dem Strafrecht erscheint hingegen von geringerer Stärke.

Bezüglich der Wirksamkeit der negativen Generalprävention wurde etwa angebracht, dass die Begehung von Straftaten zeige, dass das vorhandene System zur tatsächlichen Abschreckung nicht wirklich im Stande sei.²⁸⁰ Darüber hinaus sei die Androhung von Strafen nicht bei allen Arten von Delikten in gleichem Maße abschreckungswirksam,²⁸¹ beziehungsweise könne eine abschreckende Wirkung bei vielen Delikts- und Tätergruppen überhaupt nicht nachgewiesen werden.²⁸² Dies erscheine insofern nicht verwunderlich, denn schließlich hätten die Leibes- und Lebensstrafen der vergangenen Jahrhunderte – wie das Rädern, Vierteilen und Abhacken von Körperteilen – die Kriminalität auch nicht verhindern können.²⁸³

Die wenigsten Täter gingen mit so viel Vorüberlegung an eine Tat heran, dass sie etwaiger Abschreckung überhaupt zugänglich seien, denn nicht alle Taten beruhen auf einem Kalkül von Tatfolgen;²⁸⁴ beispielsweise seien Tötungs- und schwere Körperverletzungsdelikte häufig Augenblickstaten, denen keine abwägende Entscheidung des Täters vorausgehe.²⁸⁵ Auf jene, die mit viel Vorüberlegung ihr angestrebtes Handeln angingen, würde sich nicht die Höhe der Strafe, sondern das Risiko der Entdeckung auswirken.²⁸⁶ Das Entdeckungsrisiko einer Tat würde von der Bevölkerung jedoch durchgängig überschätzt, und es sei nicht zu erwarten, dass es selbst bei

²⁷⁷ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 243, m.w.N.

²⁷⁸ *Bockelmann*, FS Gierke 1950, S. 30.

²⁷⁹ *Bockelmann*, FS Gierke 1950, S. 32.

²⁸⁰ *Roxin*, JuS 1966, S. 380; vgl. *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung 1982, S. 26.

²⁸¹ Vgl. *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung 1982, S. 25.

²⁸² *Roxin*, JuS 1966, S. 380.

²⁸³ *Roxin*, JuS 1966, S. 380.

²⁸⁴ Vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 28.

²⁸⁵ *Frister*, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 9.

²⁸⁶ *Bockelmann*, JZ 1951, S. 495; *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 25; vgl. *Dölling*, ZStW 1990, S. 8; *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung 1982, S. 22, m.w.N.

Erhöhung des Entdeckungsrisikos durch Verstärkung der polizeilichen Aktivität möglich sei, dass die tatsächliche Entdeckungsrate jene durch die Bevölkerung angenommene Rate erreiche.²⁸⁷ Auch seien die Möglichkeiten, durch eine höhere Bestrafung die offensichtliche Lückenhaftigkeit der Strafverfolgung aufzufangen, begrenzt.²⁸⁸ Zudem bestehe die Gefahr, um einer möglichst effektiven Abschreckung willen Defizite bei der polizeilichen Verbrechensaufklärung mit Verschärfungen der Übelszufügung zu kompensieren.²⁸⁹ Der Abschreckungsgedanke verleite dazu, nach oben hin maßlose Strafen zu verhängen.²⁹⁰

Die negative Generalprävention weise Probleme hinsichtlich ihrer empirischen Legitimation auf.²⁹¹ Ob der Strafe tatsächlich die durch die negative Generalprävention behauptete Abschreckungsfunktion zukomme, könne außerdem empirisch nur überprüft werden, wenn zwei Situationen geschaffen und miteinander verglichen würden: In der einen gäbe es staatliche Strafe, in der anderen nicht; doch letztere Situation zu schaffen scheinen wir offenbar aus praktisch-politischen Gründen nicht bereit zu sein, so dass es am empirischen Nachweis der Wirksamkeit fehle.²⁹² Es bedürfe auch dreier problematischer empirischer Voraussetzungen für eine Nachweisbarkeit der Theorie der negativen Generalprävention:²⁹³ 1. Alle Adressaten müssten über die Faktoren, die generalpräventive Wirkung versprechen, informiert sein; 2. Eben jene Faktoren müssten für ein bestimmtes Verhalten motivierbar sein; 3. Eben jene Motivation müsse vom generalpräventiv wirkenden Faktor getroffen und ausgelöst werden.

Im Zusammenhang mit dem Menschen findet sich, dass der negativen Generalprävention die Gefahr innewohne, den Täter als Mittel für einen über seine Tat hinausgehenden Zweck zu machen,²⁹⁴ nämlich den Täter zur Förderung des Allgemeinwohls zu gebrauchen, was gegen die von der Verfassung geschützte Menschenwürde verstoße.²⁹⁵ Es werde von der negativen Generalprävention vorausgesetzt, dass das menschliche Verhalten auf diese Art und Weise überhaupt beeinflusst werden könne.²⁹⁶ Damit eine Beeinflussung überhaupt gelänge, müssten einerseits Kenntnis bei den abzuschreckenden Anderen von Strafdrohung und deren Vollziehung bestehen, und sie müssten sich gerade hierdurch zu einem rechtstreuen Verhalten motivieren lassen; dergleichen könne jedoch allenfalls nur von einem aufmerksamen und risikobewussten Täterkreis wie der organisierten Kriminalität erwartet werden.²⁹⁷ Entscheidungen für oder gegen

²⁸⁷ Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention 1998, S. 103, 104, m.v.N.

²⁸⁸ Streng, ZStW 1980, S. 668.

²⁸⁹ Kindhäuser, GA 1989, S. 498.

²⁹⁰ Rengier, Strafrecht AT 2013, § 3, Rn. 17.

²⁹¹ Vgl. Hart-Hönig, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung 1992, S. 51.

²⁹² Hoerster, GA 1970, S. 273.

Im Übrigen sei noch auf Müller-Tuckfeld, Integrationsprävention 1998, S. 107 verwiesen, wo es heißt, dass nach Abschaffung des Strafrechts zunächst extrapoliert werden müsste, dass der Anstieg gerade auf die Abschaffung des Strafrechts zurückzuführen sei, und – sofern dies gelänge – zudem ausgeschlossen werden müsste, dass gerade der Wegfall der Furcht vor Bestrafung zu dem Anstieg führte und nicht z.B. die unterbliebene Normvalidierung.

²⁹³ Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 310, 311.

²⁹⁴ Gropp, Strafrecht AT 2005, § 1, Rn. 111.

²⁹⁵ Badura, JZ 1964, S. 344.

²⁹⁶ Joeks, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 67.

²⁹⁷ Hassemer/Neumann, in: Nomos Kommentar StGB 2013, Vor § 1, Rn. 283.

die Begehung einer Straftat würden zumeist längerfristig maßgebenden Wertüberzeugungen und Verhaltensweisen entspringen, und noch sei auch völlig unbekannt, welche Rolle extern ausgeübter Druck bei der Aufrechterhaltung von diesen spiele.²⁹⁸ Die Drohung mit staatlicher Strafe als auch die Lukrativität eines Delikts stellen hierbei nur einen kleinen Ausschnitt dar.²⁹⁹ Die Abschreckungsgeneralprävention werde zudem schartig, wenn der Täter seinem Willen gemäß mittels Strafe malträtiert und ihm eine als von ihm masochistisch empfundene Wohltat erwiesen werde.³⁰⁰

Dem Ansatz der negativen Generalprävention nach müsse jedes Mittel als gerechtfertigt anzusehen sein, welches der Erreichung des Abschreckungszieles diene.³⁰¹ Der die Allgemeinheit abschreckende Ansatz weise allerdings eine allgemeine Tendenz zum staatlichen Terror auf, denn wer durch Strafe abschrecken möchte, würde dazu neigen, diese Wirkung durch umso härtere Strafen zu manifestieren.³⁰² Es bleibe auch offen, woher der Staat die Befugnis habe, abzuschrecken.³⁰³

In Bezug auf das Strafrecht findet sich, dass das unserem System zugrunde liegende Schuldprinzip einem negativ-generalpräventiven Verständnis der Strafe entgegenstehe, und eine konsequente Anwendung des Modells an dem potenziell krassen Missverhältnis zwischen sozialem Schaden und Strafquantum scheitere.³⁰⁴ Die Kriminalitätsursachen würden übergangen.³⁰⁵ Systematische Konsequenz der negativen Generalprävention wäre eine Ablösung der Strafe und des Strafmaßes von Tat und Täter.³⁰⁶ Die negative Generalprävention biete darüber hinaus nicht die Möglichkeit, eindeutig bestimmte Strafquanten zu berechnen.³⁰⁷ Sie ermögliche es dem Täter nicht, einen Sinn im Vollzug seiner Strafe zu erblicken, wenn sie denn schließlich nur zur Abschreckung anderer diene.³⁰⁸ Ein negativ generalpräventiver Ansatz vermöge schließlich nichts zur Gestaltung des Strafvollzugs beizutragen.³⁰⁹ Er setze zudem falsch an, indem er den potentiellen Vorteil des Täters durch ein Übel ausgleiche, hierbei jedoch den Schaden der Tat für die gesellschaftliche Ordnung vernachlässige, so dass – um anderen Tätern

²⁹⁸ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 9.

²⁹⁹ *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention 1998, S. 106.

³⁰⁰ *Schünemann*, FS Lüderssen 2002, S. 336.

³⁰¹ *Mittermaier*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1847), Band II, S. 38.

³⁰² *Roxin*, JuS 1966, S. 380; vgl. *Maiwald*, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S. 292.

³⁰³ *Roxin*, JuS 1966, S. 380.

³⁰⁴ *Joeks*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 67, m.w.N.

³⁰⁵ Vgl. etwa *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung 1982, S. 32 ff.

³⁰⁶ *Köhler*, Strafrecht AT 1997, S. 42.

³⁰⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 50.

Illustrativ dargestellt bei *Mittermaier*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (1847), Band II, S. 38: „Eine nach Konsequenz dieser Theorie nothwendige Berechnung des Maasses der zu drohenden Strafe nach der Summe der sinnlichen Antriebe zum Verbrechen ist nicht durchzuführen, da das nämliche Verbrechen aus sehr verschiedenen Beweggründen verübt worden und die Grösse des Reizes zum Verbrechen eine nicht zu berechnende ist, so dass die Theorie eines jeden gerechten Massstabes beraubt ist und, indem sie die grösste Summe von Reizen zu einem Verbrechen voraussetzen muss, zu harten Strafdrohungen kommt, um durch die Reize der Strafe den Anreizen zum Verbrechen entgegenzuwirken.“

³⁰⁸ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 310.

³⁰⁹ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 310.

den Anreiz für die Tat zu nehmen – das Übel, unabhängig vom bewirkten sozialen Schaden, gewichtiger sein müsse als der erstrebte Tatvorteil.³¹⁰ Der Tatvorteil sei jedoch vom sozialen Schaden unabhängig, den die Tat bewirke.³¹¹ Mit der negativen Generalprävention werde letztlich bloß mehr Schaden als Nutzen gestiftet.³¹²

4. Kritik an der positiven Generalprävention

Der wirkungsmächtigste Kritikpunkt an der Theorie der positiven Generalprävention ist, dass die empirischen Annahmen, die der positiven Generalprävention zugrunde liegen, der Natur der Sache nach schwerlich – wenn nicht gar unmöglich – dem empirischen Beweis zugänglich seien.³¹³ Es erscheine lediglich möglich, einen Zusammenhang zwischen gerichtlicher Normbestätigung und späterem Legalverhalten als plausibel anzunehmen.³¹⁴ Der positiven Generalprävention zu folgen sei ein freier Fall in die Bodenlosigkeit des empirischen Nichtwissens.³¹⁵

Ebenfalls von einigem Gewicht scheinen wiederum die Argumente im Zusammenhang zum Menschen und zur Strafe: Die Theorie der positiven Generalprävention weise die Gefahr auf, um präventiver Zwecke willen gegen die Menschenwürde zu verstoßen, indem der Täter als Mittel zum Zweck gebraucht werde.³¹⁶ Man könne zudem fragen, ob es wirklich gerechtfertigt sei, zur Erreichung einer bestimmten Bewusstseinshaltung bei Dritten in die Rechte des Täters einzugreifen.³¹⁷ Im Rahmen der Bestrafung nur nach positiv-generalpräventiven Gesichtspunkten zu gehen, würde zudem bedeuten, dass die individuelle Persönlichkeit des Täters unberücksichtigt bliebe.³¹⁸

Die positive Generalprävention biete keine konkrete Vorgabe dazu, welche Höhe ein Strafmaß haben müsse.³¹⁹ Bestrafung nach der Theorie der positiven Generalprävention berge die Gefahr maßloser Strafen.³²⁰ Hielte man den Ansatz der positiven Generalprävention durch, so müssten

³¹⁰ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 29.

³¹¹ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 29.

³¹² *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT 1996, S. 75.

³¹³ Vgl. hierzu etwa *Bock*, ZStW 1991, S. 656; *Frister*, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 26; *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, S. 262; *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention 1998, S. 125, 126; *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 30; *Schöch*, FS Jescheck 1985, S. 1083, 1084; *Seebode*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, § 46, Rn. 37; *Stüber*, Generalpräventive Strafzumessung 1980, S. 208.

Eine Übersicht über Ergebnisse der empirischen Forschung im Bereich positiver Generalprävention findet sich bspw. bei *Altenbain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S. 33 ff.; *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention 1998, S. 115 ff.; *Schumann*, Positive Generalprävention 1989, S. 26 ff.

³¹⁴ *Hörnle*, in: Strafe 2011, S. 21.

³¹⁵ *Bock*, ZStW 1991, S. 656.

³¹⁶ *Joekes*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 69, m.w.N.

³¹⁷ So *Frisch*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 138.

³¹⁸ *Rengier*, Strafrecht AT 2013, § 3, Rn. 17.

³¹⁹ *Bock*, ZStW 1991, S. 656; *Tscherninka*, Absprachen im Strafprozeß 1995, S. 48; vgl. *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 50.

³²⁰ *Joekes*, in: Münchener Kommentar StGB 2011, Einl., Rn. 69.

unter Umständen ungerechte Strafen verhängt werden.³²¹ Die positive Generalprävention dürfe sich auch nicht offen zu ihrem wahren Zweck bekennen, was sie jedoch müsste, wenn sie nicht scheitern wolle, weil das Strafsystem sonst seine Glaubwürdigkeit und damit seine soziale Wirksamkeit verliere: Dem Bürger müsste ehrlich erklärt werden, dass der Straftäter nicht wegen seiner bösen Tat, sondern zu dem Zweck bestraft würde, damit die Bürger weiterhin an die faktische Geltung der Norm glauben.³²² Niemand aber werde die Strafe als Argument für freiwillige Normkonformität ansehen, wenn er die Strafe nicht auch als Mittel der Vergeltung oder der instrumentellen Prävention betrachte; selbst wenn es die Wirkungen der Strafe im Sinne der positiven Generalprävention tatsächlich gebe, so sei die Rechtfertigung der Strafe jedoch von anderen Strafzwecken – oder der Vorstellung, dass Strafe auch diesen Zwecken diene – abhängig.³²³ Schließlich scheine die Strafe, wenn der Täter seine die Normgeltung leugnende Maxime widerrufe und sich zur Normgeltung bekannt habe, aus Zwecken der positiven Generalprävention überflüssig zu werden.³²⁴

Von eher geringem Gewicht erscheinen hingegen folgende Argumente: So ist der positiven Generalprävention der Vorwurf gemacht worden, dass ihre eigentliche Pointe darin liege, dass sie sich nicht auf einen hinreichend präzise bestimmten Strafzweck festlegen lasse, sondern mit ihrem breiten Sortiment an Strafeffekten vielmehr praktisch einfach jedem etwas zu bieten habe.³²⁵ Auch setze eine normbestätigende Rechtspraxis einen gesellschaftlichen Konsens über die zu schützenden Interessen voraus, so dass zunächst geprüft werden müsse, inwieweit tatsächlich von einem bestehenden Konsens über strafrechtlich geschützte Werte ausgegangen werden könne.³²⁶ Ferner heißt es, die Lehre der positiven Generalprävention betone zu einseitig die Funktion von Strafe zur Bewährung der Rechtsordnung; vielmehr müsse in der Rechtsgemeinschaft auch die Gewissheit verankert werden, dass dem Verstoß eine gerechte Übelzufügung folge.³²⁷ Schließlich wird angebracht, die Erzielung eines Eindrucks auf die Allgemeinheit und die Erreichung einer Bewusstseinsbildung hätten ein spezifisches Adressatenproblem: Der Richter müsse, um die erstrebte Wirkung zu erzielen, sich stets eine anonyme Vielzahl von Personen – einen Durchschnittsmenschen – vorstellen, der in seiner Motivation beeinflusst werden soll; das eigentliche Problem sei jedoch die Zuweisung bestimmter Attribute an diesen Durchschnittsmenschen.³²⁸

³²¹ *Frisch*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 137.

³²² Vgl. *Neumann*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 147, 148; *Weigend*, in: Strafe 2011, S. 33, m.w.N.

³²³ *Baurmann*, GA 1994, S. 384.

³²⁴ *Schünemann*, FS Lüderssen 2002, S. 336.

³²⁵ *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S. 13.

³²⁶ Vgl. *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 90, m.w.N.

³²⁷ *Franke*, in: Münchener Kommentar StGB 2003, 1. Aufl., § 46, Rn. 17.

³²⁸ *Mainwald*, GA 1983, S. 62, 63.

5. Kritik am vereinigungstheoretischen Ansatz

Die im Folgenden dargestellten Argumente stellen Kritik am vereinigungstheoretischen Ansatz allgemein dar, nicht jedoch explizite Kritik an einzelnen Spielarten der Vereinigungstheorien.

Am wirkungsmächtigsten gegen den vereinigungstheoretischen Ansatz ist das Argument, dass die Zusammenführung der einzelnen Theorien die Fehler der einzelnen Theorien nicht aufhebe, sondern diese vielmehr multipliziere.³²⁹ Ihnen sei der Vorwurf der Beliebigkeit zu machen.³³⁰ Sie seien eine offenkundige Verlegenheitslösung.³³¹

Etwas weniger stark ist das Argument, dass es ausgeschlossen sei, unter dem Anspruch einer konsistenten Methodologie die Identität der Strafe zugleich unterschiedlich zu bestimmen und danach ganz unterschiedliche Maßbestimmungsgründe anzunehmen, denn dies führe zu völliger Unbestimmtheit.³³² Auch ergebe die Addition gegensätzlicher Strafbestimmungsgrundsätze kein vermittelndes Prinzip.³³³ Mit den Vereinigungstheorien ließen sich ebenfalls keine eindeutigen Strafquanten berechnen.³³⁴

IV. Die Darstellung der Einzelheiten der positiven Generalprävention und die Vorzugswürdigkeit eines positiv-generalpräventiven Ansatzes

1. Theorien der positiven Generalprävention

Die positive Generalprävention, die bereits verallgemeinert ihre Darstellung gefunden hat,³³⁵ soll nun näher beleuchtet und die Ausführungen der wichtigsten Akteure vorgestellt werden. Auf eine vollständige Darstellung aller Einzelheiten soll an dieser Stelle verzichtet werden, wie auch auf eine Einordnung der Ausführungen in gesamttheoretische Konzepte, in deren Rahmen die Erörterungen stattgefunden haben.³³⁶

Sinn und Zweck der näheren Betrachtung ist die Herausarbeitung von wesentlichen (den Theorien mitunter gemeinsamen) übergeordneten Aspekten positiver Generalprävention als Kriterien für die spätere Untersuchung des § 257 c StPO. Das Verständnis der zugewiesenen übergeordneten Begriffe wird ebenfalls erläutert und am Ende dieses Abschnitts nochmals in

³²⁹ Roxin, JuS 1966, S. 381; vgl. Schreiber, ZStW 1982, S. 285.

³³⁰ Vgl. Momsen/Rackow, JA 2004, S. 339.

³³¹ Frister, Strafrecht AT 2013, Kap. 2, Rn. 20.

³³² Köhler, Strafrecht AT 1997, S. 44.

³³³ Köhler, Strafrecht AT 1997, S. 44.

³³⁴ Jakobs, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 50.

³³⁵ Siehe C.II.2.b).

³³⁶ Einen umfassenden Überblick über alle aktuellen Theorien oder Aspekte der positiven Generalprävention in übersichtlichem Format zu geben erschien bereits Müller-Tuckefeld unmöglich, vgl. Integrationsprävention 1998, S. 39.

einer Übersicht zu den aufgetanen wesentlichen Aspekten positiver Generalprävention dargestellt werden.³³⁷

Ausgewählt wurden solche Theorien positiver Generalprävention, die während der Recherchen zu dieser Schrift oft im Zusammenhang mit der positiven Generalprävention Erwähnung fanden oder aber aufgrund der dargebrachten Ausführungen eine Darstellung notwendig erschienen ließen.

Nicht aufgegriffen wurden dabei zum Beispiel Ansätze, die zwar Elemente der positiven Generalprävention beinhalten, diese jedoch versuchen, in einer nicht positiv-generalpräventiven Theorie einzubetten.³³⁸ Gleiches gilt für Ansätze, die lediglich positiv-generalpräventive Nebeneffekte aufweisen.³³⁹

Eine Auseinandersetzung mit verschiedenen Ausprägungen der positiven Generalprävention erschien zur Festlegung des Untersuchungsgegenstandes unbedingt von Nöten, zumal sich unter dem Begriff der positiven Generalprävention unterschiedliche Annahmen und Theorien versammeln.³⁴⁰ Es scheint überdies auch höchst unklar, ob man überhaupt nur von einer einzigen Theorie positiver Generalprävention sprechen kann.³⁴¹

a) Welcker

Karl Theodor Welcker (1790-1869) zufolge erzeuge das Verbrechen bei den Bürgern eine Störung ihres eigenen rechtlichen Willens sowie der Achtung und Achtungswürdigkeit des Rechtsverhältnisses überhaupt.³⁴² Das Verbrechen fordere als öffentliche Missachtung des Rechts

³³⁷ Siehe C.IV.1.i).

³³⁸ Dies gilt etwa für den Ansatz von *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, S. 261 ff., wo es auf S. 280 heißt, es sei „nicht angebracht, unser Konzept als eine Variante der Theorien positiver Generalprävention einzuordnen, weil wir den Strafbestandteil Tadel nicht mit präventiven Effekten rechtfertigen wollen (...)“, ähnlich *von Hirsch*, in: *Positive Generalprävention* 1998, S. 106: „Sie unterscheidet sich jedoch von den Theorien positiver Generalprävention, da sie nicht behauptet, die Institution der Strafe ausschließlich mit Prävention erklären zu können.“; und doch wird bei *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, S. 278 der Nebeneffekt einer „Appellfunktion im Wege von langfristigen Verhaltenssteuerungsprozessen“ als wünschenswert bezeichnet und ausgeführt, dass es zulässig sei „dem Tadel die Rolle zuzuweisen, an Dritte zu appellieren“.

³³⁹ Dies gilt etwa für Ansätze, wie sie bspw. von *Andenaes*, einem bekannten Verfechter der negativen Generalprävention, vertreten werden, bei denen neben dem negativen Ansatz ein positiver (Neben-) Effekt (bspw. erzieherisch, moralisierend oder habitualisierend) in Strafe hineingelesen wird, vgl. hierzu u.a. *Müller-Tuckfeld*, *Integrationsprävention* 1998, S. 50-52; *Schumann*, *Positive Generalprävention* 1989, S. 4, 5. Diese sind weder der reinen negativen Generalprävention noch der positiven Generalprävention angehörig, sondern eher der Konzeption eines vereinigungstheoretischen Ansatzes auf rein generalpräventiver Ebene zuzuordnen. Sie vermögen unabhängig der Bedeutung existierender Ausführungen oder ihrer Herkunft für eine nähere Konkretisierung des positiv-generalpräventiven Ansatzes als solchem nichts beizutragen.

³⁴⁰ Vgl. u.a. *Hassemer*, in: *Positive Generalprävention* 1998, S. 43; *Hönig*, *Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke* 2004, S. 128; *Hörnle*, *Tatproportionale Strafzumessung* 1999, S. 89.

³⁴¹ So *Prittwitz*, *Strafrecht und Risiko* 1993, S. 213.

³⁴² *Welcker*, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* 1813, S. 253.

und des Staates die Sinnlichkeit der übrigen Menschen ebenfalls zu Rechtsverletzungen auf.³⁴³ Noch mehr, so *Welcker*, müsse die Achtung und Achtungswürdigkeit des Rechtsverhältnisses dann fallen, wenn ein größerer Teil der Bürger statt Achtung nunmehr öffentliche Verachtung des Rechts an den Tag legte.³⁴⁴

Um nun zu verhindern, dass der gesamte Rechtszustand infolge solcher Entwicklung in immer wachsendes Übel oder auch Anarchie aufgelöst würde, müsse die „verzehrende Krankheit des Rechts“ durch ein wirksames Heilmittel aufgehoben werden.³⁴⁵ Daher müsse der rechtliche Wille des Verbrechers und dadurch seine Ehre und sein Friedensverhältnis mit anderen Bürgern wiederhergestellt und der Bürgerverein von dem Unverbesserlichen und aller Achtung Unfähigen gereinigt werden.³⁴⁶

Für *Welcker* steht fest, dass mittelbar auf die moralische Gesinnung und die Freiheit des Menschen durch die Bedingungen gewirkt und der Mensch hierdurch zum Besseren wie auch zum Schlechteren veranlasst werden könne, ohne dass man alle Gedanken an Erziehung und Verderbnis aufgeben müsste.³⁴⁷

Für die Wirkung bei den Bürgern dahingehend, dass die geminderte Heiligkeit und Achtung des verletzten Rechtsverhältnisses wiederhergestellt werde, würde schon die Besserung des Verbrechers stark wirken, indem die Realität des rechtlichen Friedens, die Erwartung seines Fortbestehens und die gesunkene Achtungswürdigkeit des Rechtsverhältnisses wieder erhoben würde.³⁴⁸

Durch die allgemeine Missbilligung des Verbrechers durch die Regierung müsse beim Bürger „das Gefühl der Unverletzlichkeit und Heiligkeit des Rechts, der Abscheu vor seiner Verletzung, kräftig erweckt und hergestellt, der Damm gegen die Sinnlichkeit zurückgerufen“ werden.³⁴⁹ Schließlich müsse durch die Verknüpfung sinnlichen Leidens mit dem Verbrechen die aufgeregten sinnlichen Triebe niedergeschlagen und die Vorstellung eines sinnlichen Nachteils infolge des Verbrechens zum Überwiegenden erhoben werden, so dass der volle rechtliche Wille wiederhergestellt werde.³⁵⁰

Betrachtet man die Ausführungen von *Welcker* näher, so lässt sich der von ihm genannte Punkt der Erweckung und Herstellung der Abscheu vor Verletzung des Rechtsverhältnisses, wie auch die Wiederherstellung der Achtung des Rechts und des Willens zum Recht unter den Begriff der Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens (verstanden als die Hervorrufung jedes mit dem geltenden Recht in Einklang stehendem Verhalten) fassen.

³⁴³ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 253.

³⁴⁴ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 253, 254.

³⁴⁵ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 255, 256.

³⁴⁶ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 257.

³⁴⁷ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 260.

³⁴⁸ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 261, 262.

³⁴⁹ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 262.

³⁵⁰ *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S. 262.

Welckers Hervorrufen des Gefühls der Unverletzlichkeit des Rechts ist hingegen dem Begriff der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung (verstanden als das Erweisen der unbedingten Fortgeltung der Rechtsordnung als Ganzes trotz ihrer Zuwiderhandlung durch den Täter) zuzuordnen.

Indem er ausführt, dass das Verbrechen als öffentliche Missachtung des Rechts und des Staates die Sinnlichkeit der übrigen Menschen ebenfalls zu Rechtsverletzungen auffordere, und der Verbrecher für seine Taten missbilligt werden solle, wie auch mit dem Aspekt der Wiederherstellung der Achtung des Rechts, spricht *Welcker* inzident Punkte an, die wir dem Begriff der Normakzeptanz (verstanden als die Maßgeblichkeit der Norm trotz ihrer Zuwiderhandlung sowie die grundsätzliche Akzeptanz der mit der Norm transportierten Werte) und Norminternalisierung (verstanden als jede Verinnerlichung der Norm und der ihr zugrunde liegenden Werte) zuordnen können.

Gleichsam kann in *Welcker* durch die Missbilligung des sich gegen die Norm richtenden Verbrechers dies als Aufforderung zur Normorientierung (verstanden als jede Orientierung und Ausrichtung des Verhaltens an der Norm und der ihr zugrunde liegenden Werte) angesehen werden.

Zusammengefasst können die Ausführungen *Welckers* somit verstanden werden als verallgemeinerte positiv-generalpräventive Effekte Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

b) Durkheim

Nach *Émile Durkheim* (1858-1917) sei das Recht das sichtbare Symbol aller wesentlichen Solidaritätsformen, das man zur Kenntnis nehmen müsse.³⁵¹ Rechtsvorschriften seien als sanktionierte Verhaltensregel zu definieren; jene des Strafrechts sei repressive Sanktion, wohingegen die Regelungen, welche auf Wiedergutmachung abzielen, als restitutive Sanktion eingeordnet würden.³⁵²

Der gemeinsame Wesenszug des Verbrechens sei, dass es aus Taten bestehe, die von den Mitgliedern einer jeden Gesellschaft abgelehnt würden.³⁵³ Hierbei handele es sich auch nicht um zögernde oder oberflächliche Willensschwankungen, sondern um tief in uns verwurzelte Emotionen und Neigungen, die durch das Strafrecht ausgedrückt würden.³⁵⁴ Dies sei auch der

³⁵¹ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 111, 113.

³⁵² *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 116, 117.

³⁵³ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 122.

³⁵⁴ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 126.

Grund dafür, warum sich das Strafrecht so langsam entwickle.³⁵⁵ Das Strafrecht solle bestimmte Verpflichtungen vorschreiben und die Strafen, die mit diesen verbunden seien, definieren.³⁵⁶

Durkheim benennt die Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und der Gefühle einer bestimmten Gesellschaft im Durchschnitt als Kollektivbewusstsein.³⁵⁷ Eine kriminelle Handlung ergebe sich dann, wenn eine Handlung bestimmte und starke Zustände des Kollektivbewusstseins verletze.³⁵⁸

Die Strafe sei, wenigstens zum Teil, ein Werk der Rache.³⁵⁹ Und doch könne man sicher sein, dass das Kriminalrecht sozialen Interessen diene.³⁶⁰ Die wirkliche Funktion der Strafe sei es, den sozialen Zusammenhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewusstsein seine volle Lebensfähigkeit erhalte.³⁶¹ Würde dem Verbrechen nicht durch die Reaktion des gemeinsamen Bewusstseins mit Nachdruck entgegengetreten, so hätte dies eine Lockerung der sozialen Solidarität zur Folge.³⁶² Die Übelzufügung dem Verbrecher gegenüber sei ein Zeichen dafür, dass die Kollektivgefühle noch immer kollektiv seien, und dass das Übel wieder gut gemacht sei, das durch das Verbrechen der Gesellschaft zugefügt wurde.³⁶³ Man könne behaupten, dass Strafe in erster Linie dazu bestimmt sei, auf die ehrenwerten Leute zu wirken, denn wenn Strafe dazu diene, die den Kollektivgefühlen beigebrachten Wunden zu heilen, könne sie diese Rolle nur dort erfüllen, wo diese Gefühle existieren würden, und auch nur in dem Maße, indem sie lebendig seien.³⁶⁴ Strafe könne sogar, indem sie eine Schwächung der Kollektivseele verhindere, die Zunahme von Übergriffen auf das Kollektiv verhindern.³⁶⁵

Die Funktion des Schutzes der Gesellschaft sei indes allerdings nur möglich, weil der Strafe auch ein Sühnecharakter zukomme.³⁶⁶ Der Anteil der allgemeinen Integration der Gesellschaft durch das Strafrecht hänge auch vom mehr oder weniger großen Umfang des gesellschaftlichen Lebens ab.³⁶⁷

Bei *Durkheims* Ausführungen findet sich insbesondere der für die positive Generalprävention typische Aspekt der Einwirkung auf die ehrenwerten Leute wieder, beziehungsweise anders gewendet: Die Erhaltung und Stärkung der rechtstreuen Gesinnung der Bevölkerung.³⁶⁸ Dies klang zwar im Vorigen auch schon bei *Welcker* an, etwa als es hieß, dass mittelbar auf die moralische Gesinnung des Menschen durch die Bedingungen gewirkt und der Mensch hierdurch

³⁵⁵ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 126.

³⁵⁶ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 123.

³⁵⁷ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 128.

³⁵⁸ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 129.

³⁵⁹ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 137.

³⁶⁰ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 142.

³⁶¹ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 159.

³⁶² *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 159.

³⁶³ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 159.

³⁶⁴ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 159.

³⁶⁵ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 159.

³⁶⁶ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 160.

³⁶⁷ *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S. 160.

³⁶⁸ Siehe C.II.2.b).

zum Besseren wie auch zum Schlechteren veranlasst werden könne.³⁶⁹ Aber erst durch *Durkheim* finden wir eine stärkere Annäherung an das, was als Erhaltung und Stärkung der rechtstreuen Gesinnung der Bevölkerung als typisches Kernelement positiver Generalprävention in der Literatur Nennung findet³⁷⁰ und als ein Ausfluss von Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung sowie der Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens angesehen werden kann.

Ferner findet sich der in diesem Zusammenhang stehende Begriff der Aufrechterhaltung des sozialen Zusammenhalts bei *Durkheim*, welcher ebenfalls als positiv-generalpräventiver Effekt aufgefasst werden kann (verstanden als Erhalt des gemeinschaftlichen Zusammenhalts sowie des gemeinschaftlichen Lebens miteinander trotz des zuwider gemeinschaftlicher normierter Werte handelnden Täters).

Indem durch Strafe die volle Lebensfähigkeit des gemeinsamen Bewusstseins infolge der Verletzung des Kollektivbewusstseins durch den Verbrecher erhalten werden soll, findet sich am auch das angesprochen, was der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zugeordnet werden kann.

Durkheims Ausführungen können daher verstanden werden als positiv-generalpräventive Elemente Aufrechterhaltung des sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

c) Mayer

Nach *Hellmuth Mayer* (1895-1980) stellt die Strafe einen entscheidenden und unentbehrlichen Integrationsfaktor im Vergesellschaftungsprozess dar, während das Strafrecht durch Verkündung und Handhabung der Strafe die wichtigsten sittlich-rechtlichen Normen ausspreche, die im Gemeinschaftsbewusstsein enthalten seien.³⁷¹

Der eigentliche Verdienst des Strafrechtes sei in seiner sittenbildenden Kraft zu sehen,³⁷² welche in jedem neuen Gesetz zum Vorschein komme.³⁷³ *Mayers* Ansicht nach sei die Strafe zu allen

³⁶⁹ Siehe C.IV.1.a).

³⁷⁰ Siehe C.II.2.b).

³⁷¹ *Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen 1962, S. 15.

³⁷² *Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen 1962, S. 15.

³⁷³ *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S. 33. Zudem heißt es dort zu diesem Aspekt: „Diese pädagogische Wirkung der Strafe läßt sich durch die ganze Geschichte verfolgen. Zu allen Zeiten hat der Staat zunächst mit den Mitteln der Strafe die neuen sittlichen Wertungen, welche die führende Schicht des Volkes herausgearbeitet hatte, der Allgemeinheit aufgedrungen. Das strafrechtliche Einschreiten gegen die privaten Tötungen, gegen das Rache- und Fehdewesen war nötig, damit das sittliche Urteil in diesem Punkte sich wandelte. Mit einem sehr verschärften Sexualstrafrecht hat die Bürgerstrenge des Zeitalters der Reformation die naive Rohheit des Mittelalters im geschlechtlichen Verhalten angegriffen und wesentlich auch mit diesem Hilfsmittel überwunden.“

Zeiten das (pädagogische) Mittel gewesen, mit welchem eine Rechtsgemeinschaft überlieferte Werte festigte und neue Werte aufrichtete; mithin das Gemeinschaftsurteil formte und festigte.³⁷⁴ Rechtstreu Verhalten sei vom normalgearteten Menschen bereits kraft seiner natürlichen Anlagen nicht zu erwarten; vielmehr würden die meisten Verbrechen in Wahrheit im Rahmen dessen liegen, was der normale Mensch als Naturwesen bei Gelegenheit und Anlass tun würde.³⁷⁵ Wenn der Mensch nun also einigermaßen rechtstreu handle, dann sei dies dessentwegen, weil die Kultur – in ihrer pädagogischen Funktion durch das Strafrecht vermittelt – hierfür die erforderlichen Schranken gesetzt habe.³⁷⁶ Wohl als Zugeständnis an die NS-Ideologie zu verstehen, führt Mayer weiterhin aus, dass das Stattfinden von Verbrechen trotz der Schranken mit der Kulturunfähigkeit des Verbrechers zusammenhänge, welche biologisch durch Entartung bedingt sei.³⁷⁷

Bis zu einem gewissen Grad gehöre zur (positiven) Generalprävention auch die Abschreckung, doch sei diese jedoch nur von geringer Bedeutung, wenn der Ernst der sittlichen Rüge nicht in der Strafe massenpsychologisch wirksam werde.³⁷⁸

Mit *Mayer* den Verdienst des Strafrechts in seiner sittenbildenden Kraft zu sehen, scheint in Anlehnung an die Formulierung von *Durkheim* auf die Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts anzuspähen. Denn durch die Ausbildung von Sitten soll ein bestimmtes Verhalten gegenüber einem anderen der Vorzug gewährt werden und sich das wünschenswertere der beiden als allgemeine Gewohnheit etablieren, was sich wiederum positiv auf den sozialen Zusammenhalt der Gemeinschaft und das gemeinschaftliche Leben miteinander auswirkt.

Auch kann man davon ausgehen, da die sittenbildende Kraft nach *Mayer* in jedem neuen Gesetz zum Vorschein kommt, dass dies zugleich als ein Aufruf zu normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens verstanden werden kann.

Bei *Mayer* findet sich insbesondere auch das, was als Normakzeptanz und Norminternalisierung verstanden werden kann, wenn es heißt, dass durch die Strafe überlieferte Werte gefestigt und neue Werte aufgerichtet werden.

Bei *Mayers* Ausführungen finden sich daher die positiv-generalpräventiven Effekte Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz und Norminternalisierung.

³⁷⁴ *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S. 27; *Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen 1962, S. 16.

³⁷⁵ *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S. 27.

³⁷⁶ *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S. 28.

³⁷⁷ *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S. 28.

³⁷⁸ *Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen 1962, S. 15.

d) Welzel

Hans Welzel (1904-1977) sah die Aufgabe des Strafrechts darin, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen.³⁷⁹ Dieser Rechtsgüterschutz werde dadurch erreicht, dass das Strafrecht die auf Rechtsgutsverletzung abzielenden Handlungen verbiete und bestrafe; also die Sachverhalts-, beziehungsweise Erfolgswerte verhindere, indem es die Aktwerte pönalisieren, wodurch schließlich die Geltung der positiven sozialemischen Aktwerte sowie deren Achtung gesichert werde.³⁸⁰ Die zentrale Aufgabe des Strafrechts liege daher darin, durch Strafdrohung und Strafe für den wirklich betätigten Abfall von den Grundwerten rechtlichen Handelns die unverbrüchliche Geltung dieser Aktwerte sicherzustellen, das sozialemische Urteil zu formen und ihre rechtliche Gesinnung zu stärken.³⁸¹ Diese Aufgabe sei positiv-sozialemischer Natur, wohingegen der reine Rechtsgüterschutz nur eine negativ-vorbeugende, polizeilich-präventive Zielsetzung habe.³⁸²

Trotz der Zentralität dieser Aufgabe sei diese jedoch nicht die primäre Aufgabe des Strafrechts: Vielmehr sei es die Aufgabe des Strafrechts, die reale Geltung, die Befolgung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung sicherzustellen, denn sie sei das stärkste Fundament, das den Staat und die Gemeinschaft trage.³⁸³ Durch Verfemung und Bestrafung des betätigten Abfalls von den Grundwerten rechtlicher Gesinnung offenbare das Strafrecht in der eindrucksvollsten Weise, die dem Staat zur Verfügung stehe, die unverbrüchliche Geltung positiver Aktwerte, forme das sozialemische Urteil der Bürger und stärke ihre bleibende rechtstreuere Gesinnung.³⁸⁴ Eine Sicherung der Achtung vor den Rechtsgütern sei wichtiger, als im aktuellen Einzelfalle ein positives Ergebnis zu erzielen.³⁸⁵ Denn nur auf diese Weise sei es möglich, einen dauerhaften und wirklich durchgreifenden Schutz der Rechtsgüter zu erreichen; die sozialemische Funktion des Strafrechts gewährleiste den Rechtsgüterschutz tiefer und stärker als es durch den alleinigen Güterschutzgedanken möglich sei.³⁸⁶

Die sozialemische Funktion des Strafrechts treffe Menschen – was wohl die Masse sei –, die überhaupt zu sozialemischer Bindung fähig seien, vornehmlich durch die beiden grundlegenden Bindungen Beruf und Familie.³⁸⁷ Eben diesen Rechtsgenossen gegenüber funktioniere das Strafrecht primär dadurch, dass es die Sicherheit und Stetigkeit ihres sozialemischen Urteils gewährleiste und damit in ihnen den Grund zu einer sittlichen Anschauungswelt lege, und erst sekundär dadurch, dass es gegen den Rechtsbruch im Einzelfall mit Strafe einschreite.³⁸⁸ Nach dieser großen Masse der Bevölkerung, der das Gemeinschaftsleben tragenden

³⁷⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 1.

³⁸⁰ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 2.

³⁸¹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 2; *Welzel*, FS Gierke 1950, S. 297.

³⁸² *Welzel*, FS Gierke 1950, S. 297.

³⁸³ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 3.

³⁸⁴ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 3.

³⁸⁵ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 3.

³⁸⁶ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 4.

³⁸⁷ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 6.

³⁸⁸ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 6.

Bevölkerungsschicht – deren Kriminalität aus außergewöhnlichen oder verlockenden Situationen in Form von Konflikts- und Gelegenheitskriminalität erwachse, welche wiederum die Masse der Kriminalität darstelle –, sei das Strafrecht einzurichten:³⁸⁹ Einerseits durch eine klare Herausarbeitung des spezifischen deliktischen Unwerts der verbotenen Handlung in Tatbeständen, die durch feste Grenzen dem Einzelnen die erforderliche Bewegungsfreiheit im Sozialleben geben würden, andererseits durch eine nach dem Maß der Schuld bemessene vergeltende Strafe.³⁹⁰

Einzig gegenüber der verbleibenden Gruppe von Menschen, denen die Fähigkeit zur Bindung an sozialetische Normen im weiten Umfange abginge, und deren wichtigste Gruppe jene der Zustandsverbrecher sei – jene, die unabhängig vom Wechsel der äußeren Verhältnisse immer wieder Verbrechen begingen –, reiche das eigentliche Strafrecht gegenüber nicht aus, da es gegenüber der weitestgehenden Bindungslosigkeit keine genügend sittenbildende, haltgebende Kraft entfalten könne.³⁹¹ Bei dieser Gruppe von Menschen reiche eine vom Maße der Schuld begrenzende vergeltende Strafe nicht aus, da sie nicht die in der Täterpersönlichkeit liegende Gefährlichkeit ergreife; diese müsse durch andersartige, sichernde und bessernde Maßnahmen bekämpft werden, die neben und mit der Strafe zusammen erst den vollen Rechtsgüterschutz gewährleisten würden.³⁹²

Die bei *Welzel* aufzufindende Stärkung der rechtstreuen Gesinnung, die Sicherstellung der unverbrüchlichen Geltung und die Befolgung der Aktwerte rechtlicher Gesinnung etwa können als Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens verstanden werden.

In der Aufgabe des Strafrechts, die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen, findet sich die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung wieder, da diese für einen effektiven Schutz der elementaren Werte des Gemeinschaftslebens unverzichtbar ist.

Die Sicherung der Achtung vor den Rechtsgütern kann – ähnlich wie bei *Mayer* – als Norminternalisierung verstanden werden.

Schließlich klingt in der Ermöglichung der erforderlichen Bewegungsfreiheit im Sozialleben durch die Setzung fester Grenzen auch die Normorientierung und die Aufrechterhaltung/die Sicherung des sozialen Zusammenhalts an.

Wie auch bei *Durkheim* findet sich bei *Welzel* – wenn auch in anderer Begrifflichkeit – das Element der Einwirkung auf den ehrenwerten Teil der Bevölkerung wieder, wenn es heißt, dass das Strafrecht primär dadurch auf den zu sozialetischer Bindung fähigen Teil der Bevölkerung wirke, dass es die Sicherheit und Stetigkeit ihres sozialetischen Urteils gewährleiste und damit in

³⁸⁹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 6, 7.

³⁹⁰ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 7.

³⁹¹ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 7, 8.

³⁹² *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 8.

Bezüglich jener Zustandsverbrecher im weiteren Sinne seien die sichernden Maßnahmen durch Unterbringung in Entziehungs-, Heil- oder Pflegeanstalten ausgestaltet. Die Besonderheit sei jedoch, dass in diesem Falle nicht das Delikt Voraussetzung für die Maßregel sei, denn das Delikt sei nur für die Zuständigkeit des Strafrichters Voraussetzung. Zwangsentziehung und Verbringung in eine Heil- und Pflegeanstalt seien jedoch auch ohne deliktisches Verhalten und ohne strafrichterliches Urteil zulässig, so *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S. 9.

ihnen den Grund zu einer sittlichen Anschauungswelt lege. Dies kann wie schon bei *Durkheim* den bereits benannten Begrifflichkeiten Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung sowie der Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens zugeordnet werden.

Bei *Welzel* finden sich somit als wesentliche positiv-generalpräventiven Aspekte wie schon bei *Durkheim* Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

e) **Haffke**

Nach *Bernhard Haffke* geht die generalpräventive Theorie davon aus, dass die Mitglieder einer Gesellschaft nicht ohne äußeren Druck von sich aus gesellschaftliche Grundregeln einhalten; die Versuchung der Verlockung des Verbrechens sei zu groß und die Widerstandskraft gegen die Ansteckungswirkung zu gering.³⁹³ In Konsequenz hiervon müsse sozial angepasstes Verhalten daher durch kollektive Kontrollmechanismen gefördert werden³⁹⁴ und das Verbrechen um der Rechtstreue der überwiegenden Anzahl der Bürger Willen nicht ungesühnt bleiben.³⁹⁵ Bei diesem Ziel erscheine physischer Zwang als wenig taugliches Mittel, so dass der Gesellschaft als Erziehungsmittel nur die psychische Beeinflussung verbleibe.³⁹⁶

Die Zufügung eines Übels im Rahmen von Strafe sei eine unumgängliche Maßnahme zur Ermöglichung menschlichen Zusammenlebens, weil sie dem Grundwert der Sicherung elementarer Regeln unserer Gemeinschaft diene.³⁹⁷ Generalprävention sei insoweit ein Instrument sozialer Kontrolle, und es zum Selbstzweck zu erheben oder auch generell zu verwerfen, sei als töricht anzusehen.³⁹⁸

Durch Verbrechen würden die eigenen Triebimpulse und Triebwünsche mobilisiert und hierdurch die instabile Ich-Organisation des Menschen bedroht, welche zu zerfallen drohe, wenn bemerkt werde, dass sich Verbrechen auszahle und nicht mit einem Übel versehen würde.³⁹⁹ Verbrechen würde zudem als bedrohlich erlebt, da es dazu im Stande sei, die Stabilität unseres Norm- und Rechtsbewusstseins zu erschüttern.⁴⁰⁰ Es mobilisiere unsere Affekte und Ängste, weil dem Verbrecher die Freiheit, welche er sich gegenüber den sozialen Erwartungen der Gesellschaft herausgenommen hat, geneidet würden.⁴⁰¹ Der Verbrecher setze offenbar die

³⁹³ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 62.

³⁹⁴ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 62.

³⁹⁵ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 162.

³⁹⁶ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 62.

³⁹⁷ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 68.

³⁹⁸ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 68.

³⁹⁹ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 72.

⁴⁰⁰ Vgl. *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 163.

⁴⁰¹ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 163.

geheimen, eigenen Wünsche in die Tat um, so dass ihm dunkel nachgestrebt werde, es ihm gleich zu tun.⁴⁰² Diese emotionale Verbundenheit mit dem Verbrecher schaffe eine für den Bestand sowohl des Staates als auch der Gesellschaft als zurecht gefährlich empfundene Ansteckungswirkung, welche, um ihr zu begegnen, es erforderlich mache, am Verbrecher durch die Zufügung eines Strafübels ein Exempel zu statuieren.⁴⁰³ In Konsequenz der Bestrafung werde die durch das Verbrechen hervorgerufene eigene kriminelle Energie verdrängt und beruhigt.⁴⁰⁴

Bei *Haffke* kommt der positiv-generalpräventive Begriff der Norminternalisierung in der Förderung sozial angepassten Verhaltens mittels kollektiver Kontrollmechanismen zum Vorschein.

Das Zufügen eines Übels gegen den Verbrecher und das damit verbundene Vorgehen gegen die geheimen, eigenen Wünsche lässt sich als Mittel zur Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens auffassen. Man kann hierin auch den Aspekt des Erweisens der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung angelegt erkennen.

Die Sicherung des Norm- und des Rechtsbewusstseins der überwiegenden Zahl der Bürger lässt die Aspekte der Normakzeptanz, der Norminternalisierung und der Normorientierung anklingen. Die Zufügung eines Übels im Rahmen von Strafe als eine unumgängliche Maßnahme zur Ermöglichung des menschlichen Zusammenlebens anzusehen, passt zum Aspekt der Aufrechterhaltung/die Sicherung des sozialen Zusammenhalts.

Bei *Haffke* finden sich somit gleichsam wie bei *Durkheim* und *Welzel* als wesentliche Aspekte positiver Generalprävention Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

f) Hassemer

Nach *Winfried Hassemer* sind Strafdrohung und Strafvollzug nicht als isolierte Phänomene anzusehen; sie seien Instrumente und Prozesse sozialer Kontrolle.⁴⁰⁵ Soziale Kontrolle – bestehend aus Norm, Sanktion und Verfahren – würde eine unverzichtbare Grundbedingung gesellschaftlichen Lebens bilden.⁴⁰⁶ Neben den sozialen Normen, die unser Alltagsleben beherrschen und denen soziale Sanktionen folgen können, sei auch das Strafrecht als ein

⁴⁰² *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 164.

⁴⁰³ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 164.

⁴⁰⁴ *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S. 164.

⁴⁰⁵ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 316, 317.

⁴⁰⁶ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 318.

Teilbereich sozialer Kontrolle anzusehen – wiederum unterteilt in Norm, Sanktion und Verfahren.⁴⁰⁷

Das Strafrecht sei als eine Form der gesellschaftlichen Verarbeitung von Abweichungsverhalten anzusehen.⁴⁰⁸ Doch im Gegensatz zu den anderen Instrumenten sozialer Kontrolle zeichne das Strafrecht aus, dass es sich der Abweichungskonflikte mit der größten Sozialrelevanz annehme und zudem über die Eingriffsmittel mit der schärfsten Wirkung verfüge.⁴⁰⁹ Langfristig gesehen dürfe zudem angenommen werden, dass das Strafrechtssystem die anderen Bereiche der sozialen Kontrolle beeinflusse; doch sei auch eine Wechselbezüglichkeit in umgekehrter Richtung festzustellen, denn auch die anderen Bereiche müsste das Strafrechtssystem voraussetzen.⁴¹⁰

Durch die Schärfe der dem Strafrecht zur Verfügung stehenden Mittel müsse dieses Vorsicht beim Umgang mit diesen Instrumenten walten lassen – die sogenannte Formalisierung der sozialen Kontrolle, oder, einfach ausgedrückt, Verrechtlichung.⁴¹¹ Das Gelingen der Formalisierung sozialer Kontrolle mache die eigentliche Rechtfertigung des Strafrechtssystems aus.⁴¹²

Neben der alltäglichen Sozialkontrolle, welche Orientierung und Mäßigung biete, finde sich die Aufgabe des Strafrechts darin, die Formalisierungsleistungen zu vervollkommen, indem es eine Schutztechnik für die strafrechtlichen Rechtsgüter ausarbeite und die Verbrechenskontrolle an bestimmte Wertprinzipien binde, an denen sich die Betroffenen orientieren können.⁴¹³

Das Strafrechtssystem trete der Bevölkerung als Ganzes gegenüber und vermittele sich dieser gegenüber durch Einsicht.⁴¹⁴ Es sei auf das Vertrauen der Bevölkerung in die Bestandskraft der Normen angewiesen sowie darauf, dass die praktische Strafrechtspflege in Wechselbezüglichkeit mit anderen Bereichen sozialer Kontrolle Konsequenzen für die Geltung sozialer Normen und ihre Bestandskraft habe.⁴¹⁵

Die Aufgabe der Strafe sei es einerseits durch Einübung der Normanerkennung die Geltung der Normen in der Gesellschaft sicherzustellen, andererseits aber auch Grenzen zu markieren und einzuhalten, Zurückhaltung und Mäßigung zu üben und die Sozialkontrolle zu formalisieren.⁴¹⁶ Es gehe ferner darum, die fundamentalen Normen öffentlich zu behaupten und zu sichern.⁴¹⁷

Nach *Hassemer* hat der vorgebrachte Aspekt der Formalisierung normativen Charakter, der auch ohne empirische Bestätigung überlebe.⁴¹⁸

⁴⁰⁷ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 317, 318.

⁴⁰⁸ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 318.

⁴⁰⁹ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 318, 319.

⁴¹⁰ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 319.

⁴¹¹ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 320.

⁴¹² *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 320.

⁴¹³ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 320 ff.

⁴¹⁴ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 325.

⁴¹⁵ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 325.

⁴¹⁶ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 326.

⁴¹⁷ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 326.

⁴¹⁸ *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S. 328.

Auch in den Ausführungen *Hassemers* lassen sich die wie zuvor bereits aufgetanen übergeordneten Begrifflichkeiten positiver Generalprävention auffinden. So wird etwa die Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts beim Aspekt der über bloße Orientierung und Mäßigung der Gesellschaft hinausgehenden Etablierung einer Schutztechnik für die strafrechtlichen Rechtsgüter ersichtlich.

Die Bindung der Verbrechenskontrolle an bestimmte Wertprinzipien, an denen sich die Betroffenen orientieren können, spricht Normorientierung als auch Norminternalisierung an. Das Vertrauen der Bevölkerung in die Bestandskraft der Normen kann der Normakzeptanz zugeordnet werden.

Indem das Strafrecht sich der Abweichungskonflikte mit der größten Sozialrelevanz annimmt, geht es indirekt zugleich um die Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens und auch um das Erweisen der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

Wie schon bei *Durkheim*, *Haffke* und *Welzel* finden sich bei *Hassemer* als wesentliche Aspekte positiver Generalprävention Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

g) Jakobs

Nach *Günther Jakobs* sei im Zusammenhang mit menschlichen Kontakten eine Orientierung nur möglich, wenn nicht jederzeit damit gerechnet werden müsste, das sich andere vollkommen beliebig verhalten würden, denn sonst wäre jeder Kontakt als ein unkalkulierbares Risiko einzustufen, und allein das Eingehen eines sozialen Kontakts sei schon ein Zeichen dafür, dass nicht mit einem beliebigen Ausgang gerechnet werde.⁴¹⁹

Nun beinhalte der soziale Kontakt auch die Möglichkeit von Enttäuschungen, und eine solche sei zum Beispiel dann gegeben, wenn sich wider Erwarten der andere nicht an geltende Normen halte.⁴²⁰ Die normative Erwartung selbst müsse im Enttäuschungsfalle jedoch nicht preisgegeben werden, sondern könne weiterhin aufrechterhalten werden, indem man nicht die Erwartung, sondern den Normbruch als fehlerhaft definiere.⁴²¹

Diese normativen Erwartungen, so *Jakobs*, lassen sich auf zwei verschiedene Gegenstandsbereiche beziehen: Einerseits sei die Erwartung notwendig, dass ein jeder seinen Organisationskreis in Ordnung halte und Außenwirkungen, die im Stande seien, andere zu schädigen, ausblieben; zum anderen sei die Erwartung des ordnungsgemäßen Funktionierens der elementaren Institutionen notwendig.⁴²²

⁴¹⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 4.

⁴²⁰ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 5, 6.

⁴²¹ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 6.

⁴²² *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 7.

Der Bruch der geltenden Normen sei nun keine nur individuelle Enttäuschung, sondern aufgrund der strafrechtlich garantierten Normen – auf deren generelle Beachtung zur Erhaltung der wesentlichen gesellschaftlichen Gestalt nicht verzichtet werden könne – zugleich ein öffentlicher Konflikt.⁴²³ *Jakobs* führt aus, dass der Normbruch den Widerspruch gegen die Norm durch ein Verhalten darstelle, und diese Desavouierung der Norm einen Konflikt hervorrufe, dessen Maß dadurch bestimmt werde, inwiefern die Norm als Orientierungsmuster zugleich in Frage gestellt werde.⁴²⁴

Strafe komme dessentwegen die Bedeutung zu, dass das normbrechende Verhalten unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich sei; ihre Aufgabe sei die Bestätigung der Normgeltung, die Erhaltung der Norm als faktisch taugliches Orientierungsmuster,⁴²⁵ wie auch die Einübung in Normvertrauen, in Rechtstreue und in die Akzeptation der Konsequenzen (alle drei fasst *Jakobs* zur Einübung in Normanerkennung zusammen).⁴²⁶

Die präventive Aufgabe sei somit der Schutz der auf die Norm Vertrauenden in ihrem Vertrauen und ziele somit nicht nur auf potentielle Täter, sondern auf alle Menschen ab, da alle Menschen nicht ohne soziale Interaktion auskämen und daher wissen müssten, was sie im Rahmen sozialer Interaktion erwarten können.⁴²⁷

Etwaige Abschreckungseffekte sind für *Jakobs* bloße Beigaben der Strafe, die zwar erwünscht seien, jedoch sei es nicht Aufgabe der Strafe, gerade diese Effekte hervorzurufen.⁴²⁸

Bei näherer Betrachtung von *Jakobs* findet sich zunächst der dem Begriff der Normakzeptanz zuzuordnende Punkt, dass der Strafe die Bedeutung zukomme, dass das normbrechende Verhalten unmaßgeblich und die Norm nach wie vor maßgeblich sei. Durch die Erhaltung der Norm als faktisches Orientierungsmuster spricht *Jakobs* den Punkt der Normorientierung an. Die Einübung in Normvertrauen wie auch der Schutz der Bedingungen sozialer Interaktion lassen sich dem Aspekt der Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts zuordnen. Die Einübung in die Rechtstreue hingegen kann mit der Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens gleichgesetzt werden. Die Akzeptation der Konsequenzen hängt im weiteren Sinne mit dem Begriff des Erweisens der Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zusammen, da diesem zugleich auch die unbedingte Umsetzung der mit dem Normbruch angedrohten Konsequenzen anhängt.

Die bei *Jakobs* auffindbaren wesentlichen übergeordnete Aspekte positiver Generalprävention sind somit wie schon bei *Durkheim*, *Haffke*, *Hassemer* und *Welzel* Aufrechterhaltung/Sicherung des

⁴²³ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 8.

⁴²⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 9.

⁴²⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 11.

⁴²⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 15.

⁴²⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 15.

⁴²⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 16.

sozialen Zusammenhalts, Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens, Normakzeptanz, Norminternalisierung, Normorientierung und Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung.

h) Roxin

Claus Roxin trennt die positive Generalprävention – deren positive Aspekt gemeinhin in der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung gesehen werde und wonach die Strafe die Aufgabe habe, die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu erweisen – in drei unterschiedliche, ineinander übergehende Wirkungen und Ziele auf:⁴²⁹

1. Die Einübung in die Rechtstreue, die ein sozialpädagogisch motivierter Lerneffekt sei, der bei der Bevölkerung durch die Tätigkeit der Strafjustiz hervorgerufen werde; beziehungsweise werde der Lerneffekt durch das anschauliche Voraugenführen sozialer Grundregeln, deren Verletzung nicht mehr hingenommen werden könne, durch das Strafrecht erzielt.⁴³⁰ 2. Der Vertrauenseffekt, wenn der Bürger sehe, dass sich das Recht durchsetze. 3. Der Befriedigungseffekt, der sich einstelle, wenn sich das allgemeine Rechtsbewusstsein auf Grund der Sanktion über den Rechtsbruch beruhige und der Konflikt mit dem Täter als erledigt angesehen werde.

Roxins Einübung in die Rechtstreue kann der Hervorrufung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens zugeordnet werden. Weiterhin kommen bei Roxin zwei neue Elemente hinzu, welche auch zu den wesentlichen Merkmalen positiver Generalprävention zu zählen sind: Der Vertrauenseffekt und der Befriedigungseffekt.

i) Zusammenfassung

Infolge der dargebrachten Ausführungen der unterschiedlichen Theorien positiver Generalprävention ist aufgefallen, dass zwischen den einzelnen Vertretern gewisse Ähnlichkeiten bestehen, welche sich mitunter zu denselben Oberbegriffen zuordnen ließen. Im Falle mehrfachen Auftretens ähnlicher und unter einen Oberbegriff fassbarer Gedankengänge kann der Oberbegriff als wesentlicher Aspekt positiver Generalprävention bewertet werden. Doch auch einzelne, aber wirkungsmächtige Aspekte können ebenfalls als wesentlicher Aspekt positiver Generalprävention eingestuft werden.

⁴²⁹ *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 26, 27.

⁴³⁰ *Roxin*, FS Müller-Dietz 2001, S. 709.

Um die aufgetanen wesentlichen Aspekte positiver Generalprävention tatsächlich an späterer Stelle⁴³¹ als Werkzeug die Untersuchung des § 257 c StPO gebrauchen zu können, sollen an dieser Stelle die wesentlichen Aspekte positiver Generalprävention sowie deren zugrundegelegtes Verständnis zusammengefasst dargelegt werden:

- Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts; verstanden als Erhalt des gemeinschaftlichen Zusammenhalts sowie des gemeinschaftlichen Lebens miteinander trotz des zuwider gemeinschaftlicher normierter Werte handelnden Täters.
- Befriedigungseffekt; verstanden als derjenige Effekt, der sich einstellt, wenn sich das allgemeine Rechtsbewusstsein auf Grund der Sanktion über den Rechtsbruch beruhigt und der Konflikt mit dem Täter als erledigt angesehen wird.
- Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens; verstanden als die Hervorrufung jedes mit dem geltenden Recht in Einklang stehendem Verhalten.
- Normakzeptanz; verstanden als die Maßgeblichkeit der Norm trotz ihrer Zuwiderhandlung sowie die grundsätzliche Akzeptanz der mit der Norm transportierten Werte.
- Norminternalisierung; verstanden als jede Verinnerlichung der Norm und der ihr zugrunde liegenden Werte.
- Normorientierung; verstanden als jede Orientierung und Ausrichtung des Verhaltens an der Norm und der ihr zugrunde liegenden Werte.
- Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung; verstanden als das Erweisen der unbedingten Fortgeltung der Rechtsordnung als Ganzes trotz ihrer Zuwiderhandlung durch den Täter.
- Vertrauenseffekt; verstanden als der sich ergebende Effekt, wenn der Bürger sieht, dass sich das Recht durchsetzt.

2. Die Vorzugswürdigkeit eines positiv-generalpräventiven Ansatzes

Zunächst ist festzuhalten, dass für die Beantwortung nach der Frage der vorzugswürdigen Straftheorie in jedem Fall die relativen Theorien einschlägig und die absoluten Theorieansätze abzulehnen sind. Die Ablehnung absoluter straftheoretischer Ansätze ist, *Roxin* diesbezüglich folgend, auf den Umstand zurückzuführen, dass es nicht die Aufgabe des Staates sei, die metaphysische Idee der Gerechtigkeit zu verwirklichen, wie auch, dass dem Staat dergleichen mit den ihm zur Verfügung stehenden Machtmitteln nicht möglich sei.⁴³² Der Staat hat letztlich auf die Verwirklichung tatsächlich erreichbarer Ziele ausgerichtet zu sein, wozu mit Sicherheit nicht die Gerechtigkeit im Sinne der absoluten Straftheorien gehört. Staatliches Handeln hat daher stets zweckorientiert zu erfolgen, und insofern muss auch die Ausrichtung staatlicher Strafe zweckorientiert sein.

⁴³¹ Siehe E.

⁴³² Vgl. *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, § 3, Rn. 8.

Ein vereinigungstheoretischer Ansatz mag vielleicht denkbare Ansätze insgesamt berücksichtigen, kann jedoch nicht wirklich als der vorzugswürdige Ansatz bezeichnet werden, denn die Vermischung der einzelnen Theorien potenziert die ihnen innewohnenden Probleme in der Tat bloß um ein Vielfaches, ohne jedoch eine wirklich zufriedenstellende Lösung darbieten zu können.

Der positiven Generalprävention ist – wie dargebracht – einiges an Kritikpunkten entgegengehalten worden.⁴³³

Besonders schwer wog bei den Kritikpunkten – jedenfalls isoliert betrachtet – das Argument, dass die empirischen Annahmen, die der positiven Generalprävention zugrunde liegen, der Natur der Sache nach schwerlich – wenn nicht gar unmöglich – dem empirischen Beweis zugänglich seien. Bei übergreifender Betrachtung der Kritik an den anderen Straftheorien zeigte sich allerdings, dass diese ebenfalls mit empirischen Problemen, beziehungsweise Problemen hinsichtlich ihres Wirkungsnachweises zu kämpfen haben. Kritik, die einer jeden Straftheorie gegenüber zu machen ist, kann letztlich nicht als ein starkes Argument für die Ablehnung einer bestimmten Theorie herangezogen werden, sie büßt ihre eigene Wirkungsmächtigkeit ein. Auch zeigte sich in der Vergangenheit, dass etwaige Probleme hinsichtlich eines empirischen Nachweises auch für die anderen Straftheorien keinen Hinderungsgrund für ihre Einflussnahme haben bieten können. Wenn die Annahmen der positiven Generalprävention dem empirischen Beweis nicht zugänglich sein mögen, so scheinen jedoch zumindest keine Zweifel an ihrer Plausibilität angebracht zu sein. Wo ein Beweis nicht möglich ist, da muss letztlich die Plausibilität der Theorie ausreichen, bis sie widerlegt wird. Dergleichen an Widerlegung ist bislang aber erkennbar nicht erfolgt.

Doch auch andere Argumente können bei näherer Betrachtung nicht wirklich überzeugen, auch wenn sie auf den ersten Blick schwer wiegen mögen. Dies gilt etwa für das Argument, dass die positive Generalprävention die Gefahr aufweise, um präventiver Zwecke willen gegen die Menschenwürde zu verstoßen, indem der Täter als Mittel zum Zweck gebraucht werde. Wenn der Staat keine metaphysische Idee der Gerechtigkeit verfolgen kann und soll, bleibt ihm bei der Ausrichtung staatlicher Strafe letztlich nichts anderes übrig, als einen zweckorientierten Ansatz zugunsten des gesamtgesellschaftlichen Wohls zu wählen. Und hierbei bleiben letzten Endes auch keine anderen Ansatzmöglichkeiten über als der Ansatz am Einzelnen oder an der Gesellschaft selbst. Allen zweckorientierten Ansätzen ist aber wiederum der Vorwurf gemacht worden, den Täter zum Objekt zu machen oder aber als Mittel zum Zweck zu gebrauchen. Insofern ist es keine Schwäche der positiven Generalprävention, sondern des zweckorientierten Ansatzes überhaupt, wenn man diesen wählt. Wie dargebracht ist der zweckorientierte Ansatz

⁴³³ Siehe C.III.4. Auf die Quellenangaben dort sei insgesamt für die nun folgenden Ausführungen verwiesen. Für die im Nachfolgenden aufgegriffenen Kritikpunkte gegenüber den anderen straftheoretischen Ansätzen sei auf C.III. insgesamt verwiesen.

aber jener, der gegenüber absoluter straftheoretischer Ansätze notwendigerweise Vorzug gebührt, sodass der Vorwurf letztlich eine hinzunehmende Folge der Wahl eines zweckorientierten statt eines absoluten Ansatzes ist.

Wenn es heißt, dass für die erstrebte positiv-generalpräventive Wirkung der Richter sich eine Durchschnittsperson vorstellen müsse, und das Problem hieran die Zuweisung bestimmter Attribute sei, so ist dies kein spezifisches positiv-generalpräventives Problem, sondern ein Problem eines jeden zweckorientierten Ansatzes, der versucht an der Allgemeinheit bestimmte Wirkungen zu erzielen. Solche Schwächen scheinen einem auf Ziele ausgerichteten System im Gegensatz zu einem auf (abstrakte) Gerechtigkeit ausgerichteten System immanent. Gleichsam ist der der positiven Generalprävention gegenüber in Zweifel gezogene Umstand, ob es wirklich gerechtfertigt sei, zur Erreichung einer bestimmten Bewusstseinshaltung bei Dritten in die Rechte des Täters einzugreifen, eine weitere notwendige Folge eines zweckorientierten gesamtgesellschaftlichen Ansatzes.

Auch andere gegenüber der positiven Generalprävention geäußerte Kritikpunkte sind nicht nur ihr gegenüber anzubringen und verlieren somit an Bedeutung. Denn nicht nur die Bestrafung nach der Theorie der positiven Generalprävention birgt die Gefahr maßloser Strafen; jede zweckorientierte Straftheorie birgt diese Gefahr. Gleiches gilt für das Argument, dass durch den Ansatz positiver Generalprävention mitunter ungerechte Strafen verhängt werden müssen. Zudem ist es den Straftheorien insgesamt und nicht nur der positiven Generalprävention im Speziellen schwerlich möglich, eine konkrete Angabe bezüglich der notwendigen Höhe des Strafmaßes zu treffen. Ferner setzt etwa jede Straftheorie einen Konsens über die strafrechtlich geschützten Werte voraus und ist kein Alleinstellungsmerkmal eines positiv-generalpräventiven Ansatzes. Nahezu jeder Straftheorie wohnt eine einseitige Betonung ihrer (einzelnen) Funktion inne, ohne dass sich hieraus spezifische Kritik gerade an der positiven Generalprävention begründen ließe.

Es ist auch nicht so, dass eine Bestrafung nach positiv-generalpräventiven Gesichtspunkten bedeuten würde, dass die individuelle Persönlichkeit des Täters unberücksichtigt bliebe, da eben diese insbesondere im Rahmen des Strafvollzugs besondere Aufmerksamkeit bekommt.

Nicht als wirkliche Kritik gelten kann das Argument, dass die eigentliche Pointe positiver Generalprävention darin liege, dass sie sich nicht auf einen hinreichend präzise bestimmten Strafzweck festlegen lasse, sondern mit ihrem breiten Sortiment an Effekten der Strafe vielmehr praktisch einfach jedem etwas zu bieten habe. Der Reichtum an Facetten, von welchen die positive Generalprävention wie aufgetan viele kennt, macht eine Theorie noch nicht zu einer nicht vorzugswürdigen Theorie, selbst wenn sie nicht die für eine allgemeine Theorie wünschenswerte strenge Abgrenzungsschärfe aufweist.

Ferner sei auf das Argument eingegangen, dass dem Bürger ehrlich erklärt werden müsste, dass der Straftäter nicht wegen seiner bösen Tat bestraft werde, sondern damit der Bürger weiterhin an die faktische Geltung der Norm glaube. Festzuhalten ist dazu zunächst, dass die faktische Geltung der Norm durch die Bestrafung des Täters der Allgemeinheit gegenüber demonstriert wurde. Die faktische Geltung der Norm ist für die Allgemeinheit infolge der Bestrafung offen aufgetan; es geht nicht allein um den Glauben an eine solche faktische Geltung.

Auch wenn sich der Täter zur Geltung der Norm bekennen würde, würde die Strafe aus Zwecken positiver Generalprävention nicht überflüssig werden, denn ansonsten käme es darauf an, ob der Bürger dem Täter diesbezüglich tatsächlich Glauben schenkt und damit der faktischen Geltung der Norm. Erst jedoch durch Strafe ist die faktische Geltung der Norm dergestalt, dass es nicht auf bloßen Glauben ankommt und die faktische Geltung der Norm der Allgemeinheit gegenüber tatsächlich demonstriert ist.

Bei näherer Betrachtung der Kritikpunkte an der positiven Generalprävention zeigt sich, dass diese jedenfalls in ihrer Stärke einbüßen, wenn nicht gar beliebig auf nahezu jede Straftheorie Anwendung finden können und damit kein Problem bloß der positiven Generalprävention sind. Jede Straftheorie kennt Schwächen und Probleme. Die Entscheidung, die aber getroffen werden kann und soll ist die, warum es dennoch der positiv-generalpräventive Ansatz ist, welchem Vorzug gegenüber den anderen, mit einer Vielzahl an Schwachpunkten versehenen, straftheoretischen Konzepten gebührt:

Der positiv-generalpräventive Ansatz ist letztlich insbesondere aus zweierlei Gründen als vorzugswürdig zu bezeichnen:

Erstens ist die positive Generalprävention als einzige Straftheorie dazu im Stande, wirkliche Akzeptanz des staatlichen Strafsystems hervorzurufen. Einer solchen Akzeptanz bedarf es, weil der Staat seine Legitimationsgrundlage in der Allgemeinheit findet. Im Übrigen kann nur ein Strafsystem, das bei der Allgemeinheit auf wirkliche Akzeptanz stößt, effektive Wirkungen erzielen. Ein Strafsystem, das letztlich nicht auf die Erlangung innerer Akzeptanz bei der Allgemeinheit angelegt ist, vermag jedenfalls eine geringfügigere Effektivität aufweisen als ein System, mit dem sich die Allgemeinheit identifizieren kann, an dem sie sich nicht stößt, dessen Wertungen sie nicht bereits aufgrund der Konzeption in Frage stellt und dies in den vorgenommenen Handlungen zum Ausdruck bringt.

Wie aufgezeigt ist es dem Staat nicht möglich, Gerechtigkeit zu verwirklichen, insbesondere, weil ihm die Verwirklichung eben dieser mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln gar nicht möglich ist. Ein Strafsystem, das auf Akzeptanz hoffen will, muss in jedem Falle eine zielgerichtete Ausrichtung auf etwas dem Staat tatsächlich Mögliches erfahren. Nun ist der Staat aber nicht darauf angelegt, das Wohl eines Einzelnen zu fördern, sondern das Wohl der Allgemeinheit. Zwar erfährt auch der Einzelne im Rahmen der staatlichen Ausrichtung die ihm gebührende Aufmerksamkeit, jedoch notwendigerweise nur sekundär, da es um das Wohl der

Allgemeinheit an primärer Stelle geht. Insofern ist es eine zweckgerichtete Ausrichtung an der Allgemeinheit, die dem Staat und dessen Natur am ehesten entspricht und daher am ehesten auf Akzeptanz bei der Allgemeinheit hoffen darf.

Es ist offensichtlich, dass die staatlich errichtete Herrschaft und das Strafsystem nicht auf Abschreckung ausgerichtet ist, sondern auf wirkliches gemeinschaftliches Wohl. Will der Staat als solcher Akzeptanz bei der Allgemeinheit finden, dann kann er dies auch nur, wenn er positiven statt negativen Ansätzen den (primären) Vorzug gibt. Wirkliche innere Akzeptanz bei der Allgemeinheit wird der Staat, der nur durch Schrecken herrscht, nicht finden. Der Staat bedarf jedoch der inneren Akzeptanz der Allgemeinheit bei elementaren Punkten wie dem Strafsystem, um als solcher nicht insgesamt in Frage gestellt zu werden.

Wirklicher gemeinschaftlicher Frieden und auch die Akzeptanz der Ausrichtung des Staates erscheint nur dann erlangbar, wenn der Staat durch das Strafgesetz eine Wertvermittlung hinsichtlich der Werte und Anschauung vornimmt, die in der Allgemeinheit ohnehin Verankerung gefunden haben oder deren Verankerung gewünscht ist. Auf diese Weise werden die der Allgemeinheit immanenten staatstragenden Werte verstärkt. Oder in positiv-generalpräventiver Wortwahl gesprochen die Möglichkeit zur Normorientierung und Norminternalisierung an bereits etablierten Werten geboten und so zur Normakzeptanz und zur Sicherung des sozialen Zusammenhalts beigetragen. Es kann nur durch die (primäre) Ausrichtung an positiver Generalprävention ein System geschaffen werden, welches ein Abbild gesamtgesellschaftlicher Werte ist und dadurch auf wirkliche Akzeptanz bei der Allgemeinheit hoffen darf. Nur eine positiv-generalpräventive Ausrichtung kann langfristigen Erfolg aufweisen und die gesamtgesellschaftliche Entwicklung in erstrebenswerte Bahnen lenken.

Zweitens ist es die positive Generalprävention, die von der Allgemeinheit durch Verinnerlichung der hinter dem Strafgesetz stehenden Werte bereits gelebt wird. Es ist nicht etwa gelebte Abschreckung, noch ist es positiver oder negativer Individualbezug, und erst recht nicht abstrakte Gerechtigkeit. Es geht um eine gemeinschaftliche Werthaltung und Erhaltung des Lebens unter und miteinander. Für dieses leistet das heutige Strafsystem einen beachtlichen Beitrag, weil es die Regeln sowie die dahinterstehenden Werte definiert, unter denen die Allgemeinheit leben will und nach denen sie sich ausrichtet. Der Fokus unseres Strafsystems ist primär auf positive Generalprävention ausgerichtet.

Daher ist es die positive Generalprävention, welcher als vorzugswürdige Straftheorie zu folgen ist.

D. Die Strafzumessung als Verknüpfung zwischen der Verständigung und den Straftheorien

In der gebotenen Kürze soll in diesem Abschnitt zunächst ein allgemeiner Überblick über den Vorgang der Strafzumessung gegeben werden (I.). Im Anschluss daran werden einige der sogenannten Strafzumessungstheorien im Überblick dargestellt (II.). Schließlich soll begründet werden, warum die Spielraumtheorie die vorzugswürdigste der Strafzumessungstheorien ist und welche Auswirkungen dies auf die Untersuchung des § 257 c StPO hat (III.).

I. Allgemeine Ausführungen zur Strafzumessung

1. Einleitende Ausführungen

Das Ziel der Vorschriften über die Strafzumessung im Allgemeinen ist es, dem Richter zu ermöglichen, die festgestellte Straftat mit der im Einzelfall „richtigen“ Strafe zu ahnden,⁴³⁴ indem innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens Art und Höhe der Strafe festgelegt wird.⁴³⁵ Zur Strafzumessung im weiteren Sinne gehört neben der Wahl der Strafart die Möglichkeit, von Strafe insgesamt abzusehen.⁴³⁶ Nicht zur Strafzumessung gehört hingegen – aufgrund der Zweispurigkeit des Systems – die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, welche unabhängig von der eigentlichen Strafzumessung zu betrachten sind.⁴³⁷

Strafe ist stets als Reaktion auf einen Normbruch zu verstehen.⁴³⁸ Die Reaktion als solche muss angemessen sein. Um dies zu erreichen, muss der komplexe Vorgang der Strafzumessung eine Vielzahl verschiedener Aspekte berücksichtigen. Die zu treffende Strafzumessungsentscheidung ist eine Gesamtbewertung; kein Teilaspekt wird isoliert beurteilt, alle Faktoren durchdringen und beeinflussen sich gegenseitig, so dass nur eine Würdigung im Ganzen die letztlich verhängte Strafe zu begründen im Stande ist.⁴³⁹ Die gegenüber dem Täter verhängte Strafe soll dem Täter im Rahmen des Schuldausgleichs die Möglichkeit bieten, das Strafübel auf konstruktivem Wege zu verarbeiten.⁴⁴⁰

Zur Strafzumessung selbst werden als Kriterien jene des § 46 StGB herangezogen. Nach gängiger Systematisierung ist die Ausrichtung an den Strafzwecken einer der (Haupt-) Anknüpfungspunkte

⁴³⁴ *Theune*, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, Vor §§ 46-50, Rn. 2.

⁴³⁵ *Seebode*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, § 46, Rn. 4.

⁴³⁶ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 14, m.w.N.

⁴³⁷ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 15.

⁴³⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 1. Abschn., Rn. 2.

⁴³⁹ *Eschelbach*, in: SSW StGB 2009, § 46, Rn. 19.

⁴⁴⁰ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 3.

der eigentlichen Strafzumessung.⁴⁴¹ Die einzelnen Strafzwecke können jedoch Strafen in unterschiedlicher Höhe einfordern; die Lösung dieser sogenannten Antinomie der Strafzwecke – der Widerspruch zwischen den straftheoretischen Grundgedanken –⁴⁴² ist das Kernproblem der Strafzweckdiskussion.⁴⁴³ Das Ziel der unterschiedlichen sogenannten Strafzumessungstheorien ist es, die Zielkonflikte zwischen den einzelnen Strafzwecken aufzulösen.⁴⁴⁴

Nach gängiger Systematisierung sind die folgenden fünf Schritte Anknüpfungspunkte der Strafzumessung im Sinne des § 46 StGB:⁴⁴⁵ 1. Ausrichtung an den Strafzwecken; 2. Ermittlung der schuld- und präventionsrelevanten Fakten (Strafzumessungstatsachen); 3. Festlegung der strafscharfenden oder -mildernden Wirkung von Strafzumessungstatsachen; 4. Abwägung der relevanten Umstände gegeneinander; 5. Bestimmung der konkreten Strafe.

Strafe ist trotz aller Bemühungen um Rationalisierung und Systematisierung der Strafzumessungsgründe eine Ermessensentscheidung mit allen Unwägbarkeiten persönlicher Entscheidung geblieben.⁴⁴⁶ Die Schwierigkeit der Bemessung der richtigen Strafe wird durch die revisionsgerichtliche Rechtsprechung dadurch anerkannt, dass die vom Tatrichter getroffene Entscheidung bis an die Grenze des Vertretbaren hingenommen und der dem Tatrichter eingeräumte Spielraum erst dann als ausgereizt angesehen wird, wenn die festgesetzte Strafe sich nicht mehr in dem nach unten durch die schon angemessene Strafe und nach oben durch die noch angemessene Strafe begrenzten Bereich bewegt.⁴⁴⁷

⁴⁴¹ Vgl. *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 13.

⁴⁴² *Seebode*, in: *AnwaltKommentar StGB 2011*, § 46, Rn. 26.

⁴⁴³ *Theune*, in: *Leipziger Kommentar StGB 2006*, § 46, Rn. 32.

⁴⁴⁴ *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen 2009*, S. 146; siehe auch D.II.

⁴⁴⁵ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 13. Ferner wird dort ausgeführt, dass dieses System in der Praxis weitestgehend von intuitiven, komparativen Bezugssystemen verdrängt sei.

Die Systematisierung des Strafzumessungsvorgang wird in der Literatur bei bloß geringfügigen inhaltlichen Gegensätzen zwischen fünf und elf Phasen unterteilt, *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder StGB 2010*, § 46, Rn. 3. Bezüglich anderer (ähnlicher) Systematisierungen siehe u.a. *Meier*, *Strafrechtliche Sanktionen 2009*, S. 145; *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder StGB 2010*, § 46, Rn. 3, m.w.N.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Horn*, SK-StGB 01-2001, Vor § 46, Rn. 2: „Die Methode, nach der ein Tatrichter heute noch vorzugehen pflegt, ist folgende: Am Ende einer Hauptverhandlung hat er ein bestimmtes Bild von der Tat, dem Tatopfer und dem Täter. Er sucht nach einer Sanktion, die – in ihrer Gesamtheit, also einschließlich der etwa zugleich verhängten oder damit verbundenen Maßregeln, Nebenstrafen oder sonstigen Belastungen – drei Ziele erfüllt, nämlich „gerecht“ zu sein, die „Rechtsordnung zu verteidigen“, und den Angeklagten dazu zu bringen, daß er nicht mehr rückfällig wird. Hat er eine solche „ideale“ Sanktion gefunden, so prüft er, ob das Gesetz sie auch erlaubt; andernfalls werden die Ingredienzien neu gemischt. Die (schriftliche) Urteilsbegründung besteht dann meist nur noch in dem Versuch, das nicht weiter rationalisierbare Rechtsgefühl zu verbalisieren. Diese Methode ist tägliche Praxis, auch wenn sie kaum je eingeräumt wird. Sie ist system- und gesetzeswidrig. Daß die Tatrichter das durchaus wissen, erkennt man daran, daß sie ihre schriftlichen Urteilsgründe regelmäßig ganz anders aufbauen.“

Gleichsam interessant an dieser Stelle *Eschelbach*, in: *SSW StGB 2009*, § 46, Rn. 10: „Die tatrichterliche Praxis verfährt bei der Strafzumessungsentscheidung meist intuitiv. Sie zählt in den Urteilsgründen alle ihr ins Auge fallenden Strafzumessungs Gesichtspunkte fast immer ohne Rücksicht auf deren Bedeutung für die verschiedenen Strafzwecke, oft ohne Klarstellung ihrer oft auch ambivalenten Bewertungsrichtung und stets ohne genau[e] Bezeichnung ihres einzelnen Gewichts auf und präsentiert danach ein Gesamtergebnis der Abwägung, an dessen Richtigkeit man mit gleicher sachlicher Berechtigung glauben oder zweifeln kann.“

⁴⁴⁶ *Stree/Kinzig*, in: *Schönke/Schröder StGB 2010*, § 46, Rn. 68, m.w.N.

⁴⁴⁷ *Horn*, SK-StGB 01-2001, Vor § 46, Rn. 15.

Die letztlich verhängte Strafe hat ihren Ausgangspunkt in der gesetzlichen Strafdrohung, welche eine generelle Vorbewertung der Tat darstellt – vom leichtesten bis zum schwersten deliktspezifischen Unrecht –⁴⁴⁸, und die in der Bewertung der Tat im jeweils vorliegenden Fall näher zu konkretisieren ist.⁴⁴⁹ So darf die Höchststrafe nur bei denkbar schwerster Schuld und die Mindeststrafe nur in jenen Fällen verhängt werden, wo die Schuld an der untersten Grenze praktisch vorkommender Fälle anzusiedeln ist.⁴⁵⁰

Grundsätzlich ist für den Regelfall einer Straftat eine Strafe unterhalb der Mitte des Strafrahmens angemessen,⁴⁵¹ da der statistische Regelfall im Rahmen der vom Gesetzgeber ins Auge gefassten Tatbestandsverwirklichungen in einem Bereich unterhalb der Mitte des Strafrahmens angesiedelt ist.⁴⁵² Was der Regelfall ist bestimmt sich nach der Erfahrung des Tatrichters, da dieser aufgrund der täglichen Arbeit am besten beurteilen kann, was einen Fall zu „Alltagskriminalität“ macht und welche Umstände ihn davon abheben.⁴⁵³ Die jeweilige Mindest- beziehungsweise Höchststrafe kann jedoch nicht nur dann verhängt werden, wenn kein leichterer oder schwererer Fall als der abzuurteilende mehr denkbar wäre.⁴⁵⁴ Die Verhängung eben dieser beiden kommt auch dann in Betracht, wenn das Unrecht der konkret verschuldeten Tat in die unmittelbare Nähe einer solchen Grenze im Vergleich zu den tatsächlich vorkommenden Fällen rückt.⁴⁵⁵

2. § 46 StGB im Überblick und das Verständnis von Schuld

Gemäß § 46 Abs. 1 S. 1 StGB bildet die Schuld des Täters die Grundlage der Strafzumessung. Dem Schuldprinzip kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht eine Doppelfunktion zu: Einerseits ist Schuld die notwendige Voraussetzung für die Bestrafung des Täters aufgrund von persönlicher Vorwerfbarkeit des Unrechts, andererseits ist Schuld auch das Maßprinzip der verfassungsrechtlich zulässigen Bestrafung.⁴⁵⁶ Die Rechtsprechung findet ihren Ausgangspunkt in der Vorstellung von Strafe als gerechtem Schuldausgleich.⁴⁵⁷

⁴⁴⁸ Vgl. *Horn*, SK-StGB 01-2001, § 46, Rn. 51.

Anzumerken ist an dieser Stelle noch, dass ein besonders schwerer Fall dann vorliegt, wo das gesamte Tatbild nebst aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit den Normalstrafrahmen an Strafwürdigkeit dergestalt übertrifft, dass er zur Sühne nicht ausreicht, *Horn*, SK-StGB 01-2001, § 46, Rn. 55, m.w.N.

⁴⁴⁹ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 16, m.w.N.

⁴⁵⁰ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 16, m.w.N.

⁴⁵¹ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 17, 17 a.

⁴⁵² *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 17, m.w.N.; *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 59, m.w.N.

⁴⁵³ *Horn*, SK-StGB 01-2001, § 46, Rn. 90.

⁴⁵⁴ *Horn*, SK-StGB 01-2001, § 46, Rn. 96.

⁴⁵⁵ *Horn*, SK-StGB 01-2001, § 46, Rn. 96, m.w.N.

⁴⁵⁶ *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 14, m.w.N.

⁴⁵⁷ *Miebach*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 46, Rn. 30.

Der Begriff der Schuld wird gemeinhin in Strafbegründungsschuld und Strafzumessungsschuld unterschieden.⁴⁵⁸ Im Rahmen der Strafbegründungsschuld wird dem Täter die Begehung des tatbestandsmäßigen Unrechts überhaupt vorgeworfen, weil er sich hätte anders verhalten und die Unrechtsverwirklichung vermeiden können.⁴⁵⁹ Bei der Strafzumessungsschuld richtet sich der Blick hingegen auf das Maß der Vorwerfbarkeit bei der Verwirklichung des tatbestandlichen Unrechts und auf die Frage, wie stark die Rechtsordnung durch die Tat des Täters gestört wurde.⁴⁶⁰

Die Schuldangemessenheit der Strafe ist ein Grundsatz mit Verfassungsrang und unbedingt bei der Strafzumessung zu wahren.⁴⁶¹ Strafe darf sich nach gängiger Rechtsprechung nicht von ihrer Bestimmung lösen, ein gerechter Schuldausgleich zu sein – auch nicht nach unten.⁴⁶² Die verhängte Strafe müsse daher im gerechten Verhältnis zur Schwere der Tat als auch zum Verschulden des Täters stehen.⁴⁶³ Präventionsgesichtspunkten dürfe nur Rechnung getragen werden, sofern die Strafe nicht ihre Eigenschaft als Schuldstrafe verliere.⁴⁶⁴

Zu klären ist allerdings, was Schuld eigentlich genau bedeutet:

Die vorwiegende Ansicht (sog. normativer Schuldbegriff) betont, dass sich die Vorwerfbarkeit des Täterhandelns daraus ergebe, dass der Täter unrechtmäßig handelt, obwohl er nach der Konzeption der Rechtsordnung die Fähigkeit besitze, sich den Anforderungen in der Tatsituation entsprechend normgemäß zu verhalten und schließlich zur Umsetzung normgemäßen Handelns in der Tatsituation auch im Stande war.⁴⁶⁵

Eine andere Ansicht (sog. funktionaler Schuldbegriff) nach *Jakobs* möchte den Schuldbegriff hingegen von der Aufgabe her festmachen, die der Schuldbegriff in der jeweiligen Prägung von Verfassung und Gesellschaft zu erledigen hat.⁴⁶⁶ Die Ausrichtung des Schuldbegriffs an die positive Generalprävention habe zu erfolgen, da zur Erhaltung allgemeinen Normvertrauens, zur allgemeinen Einübung in Normanerkennung gestraft werde.⁴⁶⁷ Es sei die Aufgabe des Schuldbegriffs, die nicht rechtliche Motivierung des Täters als Grund des Konflikts zu kennzeichnen, infolgedessen der Täter aufgrund seiner fehlenden rechtlichen Motivierung

⁴⁵⁸ *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 15, m.w.N.

⁴⁵⁹ *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 15.

⁴⁶⁰ *Miebach*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 46, Rn. 23.

⁴⁶¹ BGH v. 03.03.2005 – GSSt 01/04, m.w.N. = BGHSt 50, S. 40, 49.

⁴⁶² BGH v. 03.03.2005 – GSSt 01/04, m.w.N. = BGHSt 50, S. 40, 49; *Theune*, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, Vor §§ 46-50, Rn. 5.

⁴⁶³ *Gribbohm*, in: Leipziger Kommentar StGB 2003, § 46, Rn. 11.

⁴⁶⁴ *Gribbohm*, in: Leipziger Kommentar StGB 2003, § 46, Rn. 12, m.w.N.

⁴⁶⁵ *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 22, m.w.N.; vgl. *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, Vor §§ 13 ff., Rn. 109, m.w.N.

⁴⁶⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 17. Abschn., Rn. 3.

⁴⁶⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 17. Abschn., Rn. 18.

Illustrativ *Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S. 7: Der Zweck der Strafe müsse die Schuld „einfärben“, denn ein Schuldstrafrecht, welches nicht zweckloses Strafrecht sein soll, sondern die Erhaltung einer Ordnung anstrebe, bedürfe einer dergestalt gearteten Schuld, das ein Strafrecht zur Erhaltung einer Ordnung auch im Großen und Ganzen Bestand haben könne.

bestraft werde, da diesem die Bereitschaft fehle, sich entsprechend der betroffenen Norm zu motivieren.⁴⁶⁸

Für *Jakobs* stellt Schuld einen geäußerten Motivationsfehler dar.⁴⁶⁹ Sie ist Rechtsuntreue, ein Manko an Rechtstreue.⁴⁷⁰ Das Schuldurteil falle nach einem gesellschaftlich bestimmten Maßstab, nach welchem die geforderte Normentreue nicht erreicht worden sei.⁴⁷¹ Der Täter müsse zur Bestätigung der Normgeltung herangezogen werden, weil andere Möglichkeiten, die Geltung stabil zu halten, ausschieden.⁴⁷² Der Normbrecher habe durch seine Tat zurechenbar eine Lage geschaffen, in der, bliebe ein Strafschmerz aus, die kognitive Untermauerung der Norm erodieren und damit die Wirklichkeit der Norm verloren ginge, zumindest aber geschwächt werde.⁴⁷³ Eine tadelnde Zurechnung sei aber nicht nur speziell an denjenigen adressiert zu denken, um dessen Verhalten es ginge, sondern als eine an alle Personen unter Einschluss des Täters gerichtete Vergewisserung über die weitere Geltung der die Person und damit die Gesellschaft konstituierenden Norm.⁴⁷⁴

Wer sich nicht als Person⁴⁷⁵ motiviere, der erkläre die Norm für unmaßgeblich, was ein gesellschaftliches Problem sei.⁴⁷⁶ Eine Ex- bzw. Dekulpation komme aber dann in Betracht, wenn es der Ordnungsaufgabe der Norm nicht schade.⁴⁷⁷ Auf die Normbefolgungsbereitschaft werde nur dann verzichtet, wenn sich der Konflikt auf eine Sondersituation zurückführen lasse, die das

⁴⁶⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, 17. Abschn., Rn. 1, 18.

⁴⁶⁹ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 103.

⁴⁷⁰ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 60.

⁴⁷¹ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 100; vgl. *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 115; *Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S. 10.

Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S. 8, 9: Die Ermittlung von Schuld bestehe bei Anwendung des geltenden Strafrechts in der Begründung der Bedürfnisse, zur Bestätigung der Ordnung dem rechtstreuen Bürger gegenüber in einem bestimmten Maße zu strafen. Schuld werde durch (positive) Generalprävention begründet und nach dieser Prävention bemessen.

⁴⁷² *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 60; vgl. *Jakobs*, ZStW 2005, S. 262.

⁴⁷³ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 114; vgl. *Jakobs*, ZStW 2005, S. 261, 262.

⁴⁷⁴ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 91, 112, 113; vgl. *Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S. 10, 31-33.

Gleichsam werde Strafe an alle Personen unter Einschluss des Täters gerichtet, *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 112, 113.

⁴⁷⁵ Person sei, wer für eine Gruppe eine Aufgabe erfüllen soll; eine Person werde durch das Schema von Sollen und Freiraum definiert, *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 132. Wirkliche Person sei, wessen Verhalten normgemäß ausfalle, wofür eine Regelung des Verhaltens durch Norm notwendig sei, *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 108. Wirkliche Person zu sein sei kein für allemal erreichter Status, sondern eine fragile Stellung, die immer wieder durch ein adäquates Verhalten legitimiert werden müsse und deshalb auch verloren gehen, insbesondere verspielt werden könne, *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 84.

⁴⁷⁶ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 103.

⁴⁷⁷ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 107.

Zu diesem Gedanken findet sich bei *Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S. 20 ff., 21, 24: Bei den Regelungen hinsichtlich des entschuldigenden Notstands etwa fände sich der Gedanke wieder, dass das Versagen vor den Anforderungen des Rechts aus (positiv) präventiver Sichtweise nicht in der Notwendigkeit münde, das Ordnungsvertrauen durch eine Zurechnung zum Notstandstäter zu stabilisieren. Anders verhalte es sich im Rahmen des entschuldigenden Notstands etwa hinsichtlich Personen, an die von Rechts wegen her höhere Anforderungen zu stellen seien, wie z.B. § 35 Abs. 1 S. 2 StGB zeige, so dass deren Versagen vor den Anforderungen des Rechts zur Stabilisierung der Ordnung eine Zurechnung erforderlich mache, da die Ordnung eine Entschuldigung in diesem Falle nicht vertrage. Es ginge um Generalprävention im Sinne der Garantie derjenigen Erwartungen, derer Enttäuschungsfestigkeit die Ordnung zu ihrem Erhalt bedürfe. Vgl. hierzu *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 63, 64, 67.

Individuum nur zufällig treffe; eine Entschuldigung bei einer alle treffenden Not gebe es hingegen nicht.⁴⁷⁸

Es ist der funktionale Schuldbegriff, dem zu folgen ist.⁴⁷⁹ Eine Ausrichtung der Schuld an den Strafzwecken erscheint unbedingt geboten, weil die Strafe entgegen der Vergeltungstheorien jedenfalls heute nicht mehr bloß um ihrer selbst willen verhängt wird, sondern die Verhängung zweckbestimmt erfolgt. Wenn Strafe aber zweckgerichtet verhängt wird, dann müssen die Erfordernisse für Strafe – wie die Schuld – ebenfalls an einer Strafzweckbestimmung ausgerichtet werden, und zwar namentlich an der vorherrschenden positiven Generalprävention. Anderenfalls wäre die zu stellende Frage, welchen Zweck die Strafe in unserer Gesellschaft tatsächlich verfolgen kann, wenn sich Schuld als Grundlage der Strafe nicht nach der vorherrschenden positiven Generalprävention ausrichtet.⁴⁸⁰ Schuld ist kein Selbstzweck; sie darf nicht abstrakt am Ausbleiben normgemäßen Verhaltens trotz Fähigkeit hierzu festgemacht werden. Schuld hat den Zweck als Teil von Strafe selbst positiv-generalpräventiv zu wirken, was ihr jedoch nur möglich ist, wenn sie eine entsprechende Ausrichtung erfährt.

Die Zuschreibung von Schuld ist ein Wertungsakt,⁴⁸¹ der letztlich auch immer notwendigerweise zweckorientiert erfolgt und im Einklang mit der Auffassung der Zweckorientierung der Strafe zu stehen hat, will man mit letzterer tatsächlich insbesondere positiv-generalpräventive Wirkungen erzielen. Denn die Zuschreibung von Schuld wird vorgenommen, um dem Bruch der Norm durch das Täterverhalten gerecht zu werden und die mit der Norm verbundenen Werte, Wirkungen und ihre gesamtgesellschaftliche Einflussnahme aufrecht zu erhalten. Wenn Strafe von Schuld abhängen soll, Schuld aber wiederum nicht positiv-generalpräventiv ausgerichtet wäre, was vermag Strafe von ihrem Sinn und Zweck her dann wirklich noch zu leisten? Vielmehr müsste die Frage ansonsten nicht lauten, was der Sinn und Zweck von Strafe tatsächlich sei, sondern was Strafe überhaupt abstrakt leisten könnte. Dann aber bliebe offen, ob und bejahendenfalls welche Funktion Strafe in unserer Welt tatsächlich zukäme.

Auch scheint es, als zeigt sich gerade im Zusammenhang zur Verständigung im Strafverfahren, dass wir unlängst einen Punkt erreicht haben, an welchem die Schuld insbesondere an der positiven Generalprävention ausgerichtet wird. Angeführt sei hierfür das folgende kleine Beispiel der Verständigung: Zwei Täter verwirklichen jeweils das gleiche Delikt. Die Gesamtumstände der Tat als auch beim Täter sind bei beiden jeweils gleich. Dem einen Täter wird nun der Zugang zur Verständigung gewährt, dem anderen hingegen nicht. Ersterer bekommt nach erfolgreicher Verständigung eine deutlich mildere Strafe als der zweite Täter. Nichtsdestotrotz sind beide

⁴⁷⁸ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 107, 108; vgl. *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S. 63.

⁴⁷⁹ Siehe in diesem Zusammenhang insb. auch die an späterer Stelle erfolgenden Ausführungen unter E.I.2.c)bb).

⁴⁸⁰ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 99 führt trefflich aus, „es gibt keine ewigen, sondern nur auf einen bestimmten Gesellschaftsstand bezogene Lösungen.“ In Bezug auf Schuld und Strafe sind daher die notwendigen Konsequenzen des Vorherrschens positiver Generalprävention zu ziehen.

⁴⁸¹ *Radtke*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 23.

Strafen noch immer als schuldangemessen – wie implizit auch von des § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO gefordert – anzusehen. Der einzige Unterschied in diesen beiden Fällen ist der Umstand der Verständigung, der zu einem anderem Wertungsakt der dem Täter zugeschriebenen Schuld führt. Die strafmildernde Berücksichtigung des Nachtatverhaltens der Verständigung zeugt davon, dass durch die täterseitig erbrachte Leistung eine geringere Strafe zur Stabilisierung der Ordnung noch als ausreichend erachtet wird.

Damit soll es – zumindest an dieser Stelle⁴⁸² – mit den Ausführungen zum Verständnis der Schuld bewendet bleiben und der Blick wieder auf § 46 StGB ausgerichtet werden:

§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB statuiert das Erfordernis, bei der konkreten Strafbemessung die Wirkungen der Strafe zu berücksichtigen, die für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind. Hierunter sind die Auswirkungen der Bestrafung im weiteren Sinne zu verstehen.⁴⁸³ Beispielhaft sei angeführt, dass eine Entsozialisierung des Täters infolge von Strafe zu vermeiden ist,⁴⁸⁴ oder dass Nebenwirkungen der Strafe – wie der Verlust der beruflichen oder wirtschaftlichen Basis – zu berücksichtigen sind.⁴⁸⁵

Nach § 46 Abs. 2 S. 1 StGB hat das Gericht die Umstände abzuwägen, die für und gegen den Täter sprechen. Mit diesen Umständen sind innere als auch äußere Tatsachen aller Art gemeint, sofern sie Tat oder Täter kennzeichnen.⁴⁸⁶ Die in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB genannten Umstände gewinnen ihre Bedeutung dadurch, dass sie zu Tat und Täter wie auch zu den Strafzwecken in Beziehung gesetzt werden.⁴⁸⁷

Die im jeweiligen Fall vorliegenden Tatsachen müssen durch den Richter einerseits dahingehend eingeordnet werden, ob sie für oder gegen den Täter sprechen, um daraufhin mit einem gewissen Gewicht entsprechend ihrer Bedeutung im Rahmen der Abwägung versehen zu werden.⁴⁸⁸ Diese richterliche Einordnung ist das sogenannte trichterliche Ermessen, das jedoch auf allen Ebenen mehr oder weniger weitreichenden Einschränkungen unterliegt.⁴⁸⁹

Anzumerken ist, dass die in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB aufgeführten Punkte – die im Übrigen keine vollständige Aufzählung von in Betracht kommenden Umständen darstellen –⁴⁹⁰ eine Ambivalenz aufweisen, so dass sie nicht in jedem Fall von Bedeutung sind und sie sich untereinander überschneiden können; ihre Wirkung hängt somit von ihrer Gestaltung und ihrem Zusammenwirken im jeweiligen Einzelfall ab.⁴⁹¹

⁴⁸² Siehe im Zusammenhang zum Schuldverständnis auch D.III.; E.I.2.c)bb); E.I.2.d)aa); E.I.2.d)bb).

⁴⁸³ Fischer, StGB 2013, § 46, Rn. 7; vgl. Eschelbach, in: SSW StGB 2009, § 46, Rn. 143 ff.

⁴⁸⁴ Fischer, StGB 2013, § 46, Rn. 7, m.w.N.

⁴⁸⁵ Fischer, StGB 2013, § 46, Rn. 9, m.w.N.

⁴⁸⁶ Theune, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, § 46, Rn. 54.

⁴⁸⁷ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 4.

⁴⁸⁸ Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 6.

⁴⁸⁹ Gribbohm, in: Leipziger Kommentar StGB 2003, § 46, Rn. 63.

⁴⁹⁰ Miebach, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 46, Rn. 78.

⁴⁹¹ Fischer, StGB 2013, § 46, Rn. 21.

Das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB beinhaltet, dass alle objektiven wie auch subjektiven Tatbestandsmerkmale, die die Strafbarkeit im Rahmen des gesetzlichen Tatbestandes begründen, nicht erneut im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden.⁴⁹² Auch Umstände, die für die Tatdurchführung typisch sind und die Tat nicht über den Tatbestand hinaus in besonderer Art und Weise kennzeichnen, wie auch die regelmäßigen Begleitumstände einer Tat, dürfen im Rahmen der Strafzumessung nicht erneut verwendet werden.⁴⁹³ Die Begehung mehrerer tatbestandlicher Alternativen kann allerdings einen Straferhöhungsgrund im Rahmen der Strafzumessung darstellen.⁴⁹⁴

II. Die wesentlichen Strafzumessungstheorien im Überblick

Um die im Rahmen der Strafzumessung bestehenden Zielkonflikte zwischen den einzelnen Strafzwecken aufzulösen, haben Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Theorien entwickelt; die sogenannten Strafzumessungstheorien.⁴⁹⁵ Auf diese soll im Folgenden näher eingegangen werden. Die sogleich dargebrachten Theorien sind bewusst auf die gängigsten in der Literatur aufzufindenden Strafzumessungstheorien beschränkt:

Der Grundgedanke der Theorie der Punktstrafe findet sich darin, dass die Schuld stets eine feste und bestimmte Größe sei, und daher die richtige Strafe auch immer nur eine einzige sein könne.⁴⁹⁶

Ferner ist die sogenannte Stellenwert- beziehungsweise Stufentheorie zu benennen, die auf *Heinrich Henkel* (1903-1981) zurückzuführen ist und durch *Horn* und *Schöch* nähere Entwicklung erfahren hat.⁴⁹⁷ Hinter diesem Begriff verbirgt sich nach *Henkel* die Erfassung und der Einsatz des spezifischen funktionalen Stellenwerts der Strafzwecke für den jeweiligen Teilabschnitt des Strafzumessungsvorgangs.⁴⁹⁸ Die Bestimmung der Strafgröße hat hiernach die Schuld als Maßprinzip der gerechten Strafe als Leitprinzip, wohingegen sich die Art der Maßnahme nach den präventiven Straftheorien richten soll.⁴⁹⁹ Schuldausgleich und Prävention sind nach dieser Theorie als hintereinandergeschaltete und voneinander unabhängige Stufen der Strafzumessung anzusehen.⁵⁰⁰

⁴⁹² *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 45.

⁴⁹³ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 45 a, m.w.N.

⁴⁹⁴ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 47, m.w.N.

⁴⁹⁵ *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 146.

⁴⁹⁶ Vgl. *Kaufmann*, Das Schuldprinzip 1961, S. 261.

⁴⁹⁷ *Schreiber*, NSTZ 1981, S. 339, Fn. 13, m.w.N.

⁴⁹⁸ *Henkel*, Die „richtige Strafe“ 1969, S. 23.

⁴⁹⁹ Grundlegend *Henkel*, Die „richtige Strafe“ 1969, S. 23 ff.

⁵⁰⁰ *Roxin*, FS Bruns 1978, S. 185.

Die Grundidee tatproportionaler Strafzumessung ist, dass das Strafmaß von der Schwere der Tat, vom Ausmaß ihrer Unwertigkeit abhängig gemacht werden soll.⁵⁰¹ Tatproportionalität sei nicht als absolute Proportionalität zu verstehen, sondern als Prinzip relativer Proportionalität, so dass der Schweregehalt einer Tat relativ zum Schweregehalt anderer Taten entscheidungsbestimmend sein soll.⁵⁰² Die Strafe als Unwerturteil dürfe nicht von Aspekten abhängig gemacht werden, die außerhalb des Geschehens stünden, für das der Täter getadelt werde.⁵⁰³ Zur Bewertung der Straftat selbst solle eine Orientierung an den Kategorien des Erfolgsunrechts, des Handlungsunrechts und der Strafbegründungsschuld erfolgen.⁵⁰⁴ Die Bewertung des Unrechts solle grundsätzlich durch eine abstrahierte Bewertung aus Opferperspektive stattfinden, weil die Sicht des konkret geschädigten Opfers zu individuell sehr unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben führen würde, so dass die Bewertung aufgrund des Ausmaßes der Beeinträchtigung erfolge, die eine Straftat wie die abzuurteilende typischerweise aufweise.⁵⁰⁵ Trotz der primären Orientierung an der Schwere der Tat kennt auch die Tatproportionalitätstheorie unrechts- beziehungsweise schuld mindernde Strafzumessungsfaktoren wie etwa die eingeschränkte Einsichtsfähigkeit in das Ausmaß des Unrechts.⁵⁰⁶

Die Spielraumtheorie – auch unter dem Namen Schuldrahmentheorie geläufig –⁵⁰⁷ ist jene, die von der ganz herrschenden Meinung, insbesondere der Rechtsprechung, vertreten wird.⁵⁰⁸ Die Spielraumtheorie ist gängige Rechtsprechung seit 1954.⁵⁰⁹ Erstmals scheint der Begriff des Spielraumes bei *Berner* im 19. Jahrhundert aufzutauchen,⁵¹⁰ wo es heißt:

„In derselben Weise verhält sich die strafende Gerechtigkeit zu dem von ihr geforderten Quantum des Leidens. Dieses Quantum ist nicht ein absolut bestimmtes, sondern liegt zwischen einem Maximum und einem Minimum. So lange Gesetzgeber und Richter die Strafe innerhalb dieser beiden Grenzpunkte vermehren oder vermindern, genügen sie immer noch der Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit läßt für die Bestimmung des Strafquantums einen Spielraum; einen weiteren, den der Gesetzgeber für jede Verbrechenart feststellen muß, einen engeren, den der Richter für jedes einzelne Verbrechen feststellen kann.“⁵¹¹

In der Rechtsprechung selbst ist besagter Spielraum in dem eben angesprochenen Urteil von 1954 folgendermaßen umschrieben worden:

⁵⁰¹ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 143.

⁵⁰² Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 155.

⁵⁰³ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 388.

⁵⁰⁴ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 389.

⁵⁰⁵ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 390.

⁵⁰⁶ Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung 1999, S. 391.

⁵⁰⁷ Siehe etwa *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 7, Rn. 25.

⁵⁰⁸ Vgl. u.a. *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S. 159; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 146; *Müller-Dietz*, FS Spindel 1992, S. 426; *Niemöller*, in: *Verständigungskommentar* 2010, § 257 c, Rn. 86; *Streng*, FS Müller-Dietz 2001, S. 875, m.w.N.

⁵⁰⁹ Siehe etwa *Hoffmann*, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht 1992, S. 218.

⁵¹⁰ So *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S. 158; vgl. *Schreiber*, ZStW 1982, S. 289.

⁵¹¹ *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes 1891, S. 8.

„Welche Strafe schuldangemessen ist, kann nicht genau bestimmt werden. Es besteht hier ein Spielraum, der nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe und nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe begrenzt wird. Der Tatrichter darf die obere Grenze nicht überschreiten. Er darf also nicht eine Strafe verhängen, die nach Höhe oder Art so schwer ist, daß sie von ihm selbst nicht mehr als schuldangemessen empfunden wird. Er darf aber nach seinem Ermessen darüber entscheiden, wie hoch er innerhalb dieses Spielraumes greifen soll.“⁵¹²

Die Spielraumtheorie beruht auf der Vorstellung, dass der Richter als ersten Schritt innerhalb des anwendbaren gesetzlichen Strafrahmens des Tatbestandes einen auf den Fall bezogenen Schuldrahmen bildet; im zweiten Schritt soll innerhalb des Spielraums des Schuldrahmens den zulässigen Präventionszwecken Rechnung getragen werden,⁵¹³ so dass der Strafzweckeinsatz letztlich zur Fixierung des Endstrafmaßes innerhalb des zuvor festgesetzten Schuldrahmens führt.⁵¹⁴ Die Kernaussage der Spielraumtheorie ist darin zu sehen, dass es für eine Tat nicht schon objektiv nur eine einzige schuldangemessene Strafe gibt, sondern mehrere.⁵¹⁵

III. Die Vorzugswürdigkeit der Spielraumtheorie und ihre Konsequenz für die Untersuchung des § 257 c StPO

Hinsichtlich der im vorigen Abschnitt dargebrachten Strafzumessungstheorien ist es die Spielraumtheorie, welche aufgrund einer Vielzahl von Gründen den anderen dargebrachten Strafzumessungstheorien gegenüber vorzugswürdig und der daher zu folgen ist.

Zunächst ist auszuführen, warum die Theorie der Punktstrafe jedenfalls aufgrund der Gesetzeskonstruktion als Strafzumessungstheorie von vorneherein nicht als vorzugswürdige Strafzumessungstheorie in Betracht kommen kann. Bereits durch die Wendung des § 46 Abs. 1 S. 2 StGB, nach welcher die Wirkungen, die von der Strafe auf das künftige Leben des Täters in Gesellschaft zu erwarten sind, zu berücksichtigen sind, wird deutlich, dass die Gesetzeskonzeption bei der Strafzumessung von einem Wertungsakt ausgeht. Da auch die Zuschreibung von Schuld bereits ein Wertungsakt ist,⁵¹⁶ so wäre die auf Basis der Schuld zu bildende Strafe denknotwendig bereits aus diesem Grund insgesamt als Wertungsakt zu klassifizieren. Wenn nun aber die Strafzumessung kein Akt des Erkennens, sondern ein Wertungsakt ist, so kann die Annahme, dass es eine absolut richtige Strafe als vorgegebene feste Maßeinheit gebe, nur als Fiktion angesehen werden.⁵¹⁷

⁵¹² BGH v. 10.11.1954 – 5 StR 476/54 = BGHSt 7, S. 28, 32.

⁵¹³ Meier, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 146; vgl. Streng, FS Müller-Dietz 2001, S. 874.

⁵¹⁴ Vgl. Maurach/Zipf, Strafrecht AT-1 1992, § 7, Rn. 31.

⁵¹⁵ Dreher, JZ 1967, S. 42.

⁵¹⁶ Radtke, in: Münchener Kommentar StGB 2012, Vor §§ 38 ff., Rn. 23.

⁵¹⁷ Henkel, Die „richtige Strafe“ 1969, S. 31.

Selbst wenn es tatsächlich entsprechend der Theorie der Punktstrafe eben jene eine, richtige Strafe überhaupt geben sollte, so ist die Konzeption von § 46 StGB schon im Ansatz nicht darauf ausgelegt, diese aufzutun, denn ansonsten hätte sich statt der Formulierung des „berücksichtigen“ wohl eher die Formulierung des „bestimmen“ in § 46 Abs. 1 S. 2 StGB aufgefunden. Da der Vorgang der Strafzumessung letztlich Rechtsanwendung ist, kann eine taugliche Strafzumessungstheorie nicht aus der Theorie der Punktstrafe aufgetan werden, weil die einschlägige Rechtsnorm des § 46 StGB schon gar nicht auf die Auffindung der einen, richtigen Strafe angelegt ist; ganz unabhängig von der Frage, ob sie überhaupt aufgetan werden könnte, wenn es sie gebe und wie sie im Falle ihrer Existenz berechnet werden könnte.⁵¹⁸ Es wäre widersprüchlich, eine Theorie anwenden zu wollen, die mit der Zielsetzung des Gesetzgebers offensichtlich nicht in Einklang steht.

Um an die Problematik um den Gesetzeswortlaut anzuknüpfen, so sind letztlich auch die Stellenwerttheorie und die Tatproportionalitätstheorie aufgrund ihrer Unvereinbarkeit mit diesem abzulehnen.⁵¹⁹ So ist der Zweisritt, den die Stellenwerttheorie anbringen will, als auch die Anknüpfung der tatproportionalen Strafzumessung an die Schwere der Tat für die Bestimmung des Strafmaßes mit § 46 StGB nicht in Einklang zu bringen. Eine Strafzumessungstheorie, die im Widerspruch zur gesetzlichen Konzeption steht, kommt als vorzugswürdige Strafzumessungstheorie nicht in Betracht.

Notwendigerweise muss für eine Strafzumessungstheorie im Einklang mit der gesetzlichen Konzeption von vorneherein die richtige Strafe in einem Spielraum gesucht werden, wie auch bereits der Wortlaut des § 46 StGB aufgrund vielfacher Formulierungen – „Grundlage“, „zu erwarten“, „berücksichtigen“, „wägt“, „in Betracht“ – einen richterlichen Spielraum nahelegt. Diese Formulierungen stehen in Einklang mit dem Umstand, dass der Mensch naturgemäß nicht dazu imstande ist, das Maß der Schuld eines Menschen genau festzustellen und gleichsam aus dieser rechnerisch lediglich eine bestimmte Strafgröße zu ermitteln.⁵²⁰ Das Ausgehen von der Notwendigkeit eines Spielraums macht ferner auch deshalb Sinn, weil nur hierdurch die Komplexität des Vorgangs der Strafzumessung wirklich anerkannt wird.⁵²¹

Schließlich spricht für die Existenz eines Spielraums bei der Strafzumessung auch das positiv-generalpräventiv geprägte Schuldverständnis von *Jakobs*, dem diese Arbeit folgt.⁵²² Wenn es heißt, dass sich von einem Schuldrahmen nur dann begründet reden lasse, wenn zuvor bewiesen sei,

⁵¹⁸ Dies würde selbst dann gelten, wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, dass sich eben jener Punkt der richtigen Strafe nicht errechnen, sondern lediglich annähern lasse.

⁵¹⁹ Vgl. hinsichtlich der Stellenwerttheorie im Einzelnen etwa *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, § 7, Rn. 23; *Roxin*, FS Bruns 1978, S. 186 ff., m.w.A.; *Schreiber*, ZStW 1982, S. 288, 289; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen 2012, Rn. 635. Hinsichtlich der Tatproportionalitätstheorie vgl. etwa *Eschelbach*, in: SSW StGB 2009, § 46, Rn. 41; *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S. 154 ff.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen 2012, Rn. 639.

⁵²⁰ Vgl. *Bruns*, NJW 1979, S. 290; *Kaufmann*, Das Schuldprinzip 1961, S. 261.

⁵²¹ Vgl. *Gribbohm*, in: Leipziger Kommentar StGB 2003, § 46, Rn. 20; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S. 151.

⁵²² Siehe D.I.2.

dass die Schuld – und deshalb auch die Strafe – keinen vorgegebenen Punkt markiere,⁵²³ so ist es gerade das positiv-generalpräventive Schuldverständnis, das zwangsläufig einen Schuldrahmen begründen muss. Denn die Allgemeinheit, unsere Gesamtkultur, als Zusammenfassung vieler Teilkulturen, kann nur einen Wertungskonsens erreichen, und dieser ist von vorneherein nur flächig, nicht aber nur auf einen genauen Wert angelegt.⁵²⁴ Ein positiv-generalpräventives Schuldverständnis ermöglicht stets nur die Annäherung an Schuld im positiv-generalpräventiven Sinne, weil dieses als Wertungskonsens steter Veränderung unterliegt und als Summe einer Vielzahl von Einzelanschauungen in sich bereits eine gewisse Unschärfe trägt, welcher der Existenz eines Spielraums entspricht.

Hinsichtlich der Untersuchung des § 257 c StPO ist diese Entscheidung zugunsten der Spielraumtheorie von einer wichtigen Konsequenz, da § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO für die Zumessung der Strafe nach erfolgter Verständigung neben dem Hinweis der freien Würdigung aller Umstände des Falls auf die allgemeinen Strafzumessungserwägungen Bezug nimmt und insoweit schließlich auch die Entscheidung für eine Strafzumessungstheorie von Nöten ist. Durch das Bestehen eines Spielraums ist es möglich, dass auch infolge der Berücksichtigung des Umstands der Verständigung im Rahmen der Strafzumessung eine verständigungsbedingt verringerte Strafe als „richtige“ und auch schuldangemessene Strafe gewertet werden kann.

⁵²³ So *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache 1987, S. 24.

⁵²⁴ *Streng*, FS Müller-Dietz 2001, S. 888, 889.

E. Die Vereinbarkeit der Verständigung gemäß § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention

I. § 257 c StPO im Lichte positiver Generalprävention

1. Die Untersuchungskriterien und der Gang der Untersuchung

a) Die wesentlichen Aspekte der positiven Generalprävention

Die an anderer Stelle dargebrachten und erläuterten wesentlichen Aspekte positiver Generalprävention⁵²⁵ sollen im Folgenden als Untersuchungskriterien für die Prüfung der Vereinbarkeit des § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention dienen. Die positiv-generalpräventiven Untersuchungskriterien sind somit:

- Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts
- Befriedigungseffekt
- Hervorrufung normgetreuen/rechtstreuen Verhaltens
- Normakzeptanz
- Norminternalisierung
- Normorientierung
- Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung
- Vertrauenseffekt

Wie bereits zuvor⁵²⁶ wird sich auch im Rahmen der an späterer Stelle⁵²⁷ vorgenommenen Ausführungen zeigen, dass die aufgeführten wesentlichen Aspekte nicht für sich alleine stehen, sondern oftmals sehr eng miteinander verzahnt sind. Es ist zum Teil nicht möglich, im Rahmen der Untersuchung eine isolierte Betrachtung einzelner wesentlicher Aspekte positiver Generalprävention vorzunehmen, was auf das Wechselspiel der wesentlichen Aspekte untereinander und ihre gemeinsamen Überschneidungspunkte zurückzuführen ist.

b) Die Anforderungen an das Verfahren im positiv-generalpräventiven Kontext

Auf den ersten Blick mag es den Anschein haben, als würden die Strafzwecke durch Strafe allein ihre Verwirklichung finden.⁵²⁸ Die Frage des Wie der Zweckerreichung bleibt zumeist

⁵²⁵ Siehe C.IV.1.i).

⁵²⁶ Siehe C.IV.1.

⁵²⁷ Siehe E.I.2.

⁵²⁸ So auch *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß 1977, S. 61.

unberücksichtigt, was jedoch unverständlich erscheint, da doch gerade das zur Strafe hinführende Verfahren selbst ebenfalls an der Verwirklichung der Strafzwecke Anteil hat.⁵²⁹

Insofern muss einerseits vom Gesetzgeber im Bereich des Strafprozesses nicht nur gefordert werden, keine den Strafzwecken zuwiderlaufenden prozessualen Regelungen zu schaffen.⁵³⁰ Von den Handelnden muss etwa auch die Einhaltung prozessualer Regelungen verlangt werden, denn ansonsten können von einem Verfahren keine positiv-generalpräventiven Wirkungen erhofft werden.⁵³¹ Somit ist bereits aufgrund des Wortlauts des § 257 c StPO ein informelles Verständigungsverfahren außerhalb der gesetzlichen Regelung nicht gut zu heißen. Gleiches gilt hinsichtlich des Unterwanderns der gesetzlichen Vorgaben durch die Praxis.

Unabhängig von der tatsächlichen Umsetzung in der Praxis ist an das Verfahren die Forderung zu stellen, dass dieses stets auf das Ziel der Wahrheitsfindung ausgerichtet ist. Anderenfalls kann das Ergebnis des Verfahrens hinsichtlich der positiven Generalprävention etwa nur schwerlich Norm-, beziehungsweise Wertanerkennung bewerkstelligen. Gleiches gilt auch für die Einhaltung des Grundsatzes eines fairen Verfahrens. Eben diese Punkte erscheinen in Anbetracht der Verständigung am kritischsten und möglicherweise am ehesten verletzt.

Positiv-generalpräventive Anforderungen an das Verfahren sind etwa auch die Wahrung der Unschuldsvermutung, der Grundsatz der Öffentlichkeit, die Wahrung des Beschleunigungsgrundsatzes, die Freiheit von Zwang und die Gewährung rechtlichen Gehörs. Diese Punkte scheinen durch die gesetzliche Ausgestaltung – insbesondere auch in Anbetracht der Untersuchungen des Bundesverfassungsgerichts –⁵³² allerdings nicht verletzt.

Da dies insbesondere hinsichtlich der Unschuldsvermutung und der Freiheit von Zwang möglicherweise mitunter nicht ganz so naheliegend scheint, sei auf diese beiden Punkte gesondert eingegangen:

Gegen die gegen die Unschuldsvermutung vorgebrachte Kritik, dass Absprachen die Hypothese zugrunde liege, dass der Beschuldigte die ihm vorgeworfene Tat wirklich begangen habe,⁵³³ ist zunächst vorzubringen, dass es aufgrund des unbedingten Erfordernisses der Wahrheitserforschung – § 257 c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO – im Falle einer Verständigung letztlich keine bloße Hypothese der Schuld des Täters ist, infolge derer der Täter bestraft wird. Im Rahmen einer Verständigung dem Angeklagten eine etwaige Tathypothese

⁵²⁹ Vgl. *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß 1977, S. 59 ff.; siehe hinsichtlich des Umstands, dass durch Art und Weise des Verfahrens bereits Strafzwecke verfolgt werden etwa auch *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 9, m.w.N.

⁵³⁰ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß 1977, S. 62.

⁵³¹ *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß 1977, S. 65 formuliert höchst trefflich: „Die werterhaltende, wertbildende Kraft der Gerichtssprüche leidet dann Schaden, wenn sie selbst auf Verletzung von (Rechts-) Werten beruhen.“

⁵³² BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.; siehe zur Unschuldsvermutung insb. Rn. 1, 61, 105, 111; zum Grundsatz der Öffentlichkeit insb. Rn. 65, 76, 79, 80 ff.

⁵³³ *Weigend*, JZ 1990, S. 777.

gegenüber zu Grunde zu legen stellt auch keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung dar. Denn die Unschuldsvermutung verbietet nur, ohne Schuld nachweis Maßnahmen gegen den Angeklagten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen, und ihn verfahrensbezogen als schuldig zu behandeln; zum anderen verlangt sie den rechtskräftigen Nachweis der Schuld, bevor diese dem Verurteilten im Rechtsverkehr allgemein vorgehalten werden darf.⁵³⁴ Die Unschuldsvermutung kennt zudem keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- und Verbote.⁵³⁵

Hinsichtlich der Freiheit von Zwang mag die Situation bei der Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten aufgrund des Machtgefälles und der drohenden Konsequenzen für den Angeklagten den Gedanken nahelegen, dass in der Verständigungssituation ein irgendwie gearteter Zwang bei der Entscheidung hinsichtlich der Vornahme oder Ablehnung eines Verständigungsgesprächs eine Rolle spielen könnte.⁵³⁶ Freiheit von Zwang erfordert die eigenverantwortliche Entscheidung des Angeklagten, ob und gegebenenfalls wie er im Strafverfahren mitwirkt.⁵³⁷ Im Rahmen der Untersuchung des § 257 c StPO kommt es darauf an, ob die Norm dieses Erfordernis wahrt. Bei der Betrachtung des § 257 c StPO findet sich in Satz 4 die ausdrückliche Regelung, dass die Verständigung dann zustande kommt, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen. Insofern erfüllt die gesetzliche Konzeption des § 257 c StPO die Anforderung an das Verfahren, dem Beschuldigten die Entscheidung zu überlassen, ob und gegebenenfalls wie er im Strafverfahren mitwirkt. Dies kann jedoch selbstverständlich nicht ausschließen, dass in der Praxis in Einzelfällen ein unzulässiger Druck auf den Angeklagten ausgeübt wird.

c) Zum Gang der Untersuchung

Im Laufe der Untersuchung sollen insbesondere nur jene Punkte gesonderte Erwähnung finden, auf die es für die Feststellung eines Konfliktpotentials tatsächlich ankommt. Auf ein nicht zielführendes starres Eingehen auf jeden einzelnen Punkt der Untersuchungskriterien wird verzichtet.

⁵³⁴ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 61, m.w.N. = NJW 2013, S. 1058, 1061.

⁵³⁵ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 61, m.w.N. = NJW 2013, S. 1058, 1061.

⁵³⁶ Siehe etwa *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 9, m.w.A.: „Dem Verständigungsverfahren wohnt die Tendenz inne, den Angeklagten zum Geständnis zu drängen.“

Weitergehend *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 14, m.w.N.: „Wie beim plea bargaining wird eine Nötigungssituation geschaffen, indem der Angeklagte vor die Wahl zwischen zwei Übeln verschiedener Größe gestellt wird, wobei für einen rationalen Entscheider die vom Gericht favorisierte Alternative regelmäßig die attraktivere ist.“

⁵³⁷ Vgl. BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 60, m.w.N. = NJW 2013, S. 1058, 1060.

Gegenstand der Untersuchung ist die Norm des § 257 c StPO. Dies schließt es allerdings nicht aus, dass im Rahmen der Untersuchung auch auf die Handhabung der Verständigung in der Praxis gesondert eingegangen wird.

Jedenfalls – dies kann vorweg geschickt werden – ist jede Abweichung von der gesetzlichen Ausgestaltung durch die Praxis aus positiv-generalpräventiver Sicht stets als höchst kritisch einzustufen, da hierdurch jedenfalls die Ernsthaftigkeit des Gesetzes und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung unterminiert werden.

2. Die Untersuchung der Verständigung gemäß § 257 c StPO auf ihre Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention

a) § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO und die Begrenzung auf geeignete Fälle

Gemäß § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO kann sich das Gericht in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen.⁵³⁸

Ein Anspruch des Angeklagten auf die Erörterung der Sach- und Rechtslage besteht aufgrund des Wortlauts gemäß § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO nicht.⁵³⁹ Die Formulierung in § 257 c StPO gibt keinerlei Aufschluss darüber, was unter einem geeigneten Fall zu verstehen ist.⁵⁴⁰ Und auch die Gesetzesbegründung schweigt sich hierzu weitestgehend aus. Dort heißt es lediglich, dass es auf die konkreten Umstände ankomme und das Gericht nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen dürfe.⁵⁴¹ Die Unbestimmtheit des Gesetzes wird dadurch deutlich, dass es keine definierten Kriterien für die Ausübung des Ermessens des Gerichts gibt.⁵⁴²

Für die Feststellung, ob ein geeigneter Fall vorliegt, sei, so heißt es, zum einen das Interesse der Justiz an der möglichst zügigen Beendigung eines Verfahrens – beispielsweise aufgrund von Umfang oder Schwierigkeit –, aber auch das Bestreben des Angeklagten und der Verteidigung,

⁵³⁸ Interessant sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen bei *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 6: „Es ist nicht recht vorstellbar, welche Fälle hierfür „ungeeignet“ sein sollen. (...) Vermutlich wird die Verteidigung (und muss sie im Interesse des Angeklagten!) aber in *jedem* Fall auszuloten versuchen, ob eine Bereitschaft des Gerichts zu einer Verständigung besteht und welche Bedingungen das Gericht (und die StA) hierfür stellen.“

Nicht näher eingegangen werden soll an dieser Stelle auf die Frage, inwiefern eine Verständigung im Jugendstrafverfahren in Betracht kommt. Siehe hierzu u.a. die Ausführungen bei *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 15; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 7; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 27; v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 20.

⁵³⁹ *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 47; v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 21; vgl. *Moldenhauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 12.

⁵⁴⁰ *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 7, m.w.N.; vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 6.

⁵⁴¹ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

⁵⁴² *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 5.

ein günstiges Ergebnis zu erreichen, zu berücksichtigen.⁵⁴³ Abermals ist dies eine Formulierung, die keine wirkliche Klarheit schaffen kann, jedoch von einem Übergewicht der justizseitigen Interessen zu zeugen scheint. Auch das Bundesverfassungsgericht scheint in seiner neusten Entscheidung ebenfalls insbesondere das justizseitige Interesse im Zusammenspiel mit dem geeigneten Fall zu erkennen, wenn es ausführt, dass der Gesetzgeber durch das Kriterium der geeigneten Fälle sicherstellen wollte, dass das Gericht nicht vorschnell auf eine Verständigung ausweicht, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich und rechtlich überprüft zu haben.⁵⁴⁴

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich prinzipiell alle Delikte überhaupt für eine Verständigung eignen.⁵⁴⁵ Etwa bezüglich – zumindest hinsichtlich der isolierten Betrachtung – eines Mordes erscheint eine Verständigung aufgrund der zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe jedenfalls regelmäßig eher von zweifelhaften Nutzen auf Seiten des Angeklagten.⁵⁴⁶ Von der Interessenlage der Justiz hingegen kann auch in diesem Fall wie stets eine Schonung von Justizressourcen in Betracht kommen. Letztlich ist es jedoch die Entscheidung des Angeklagten, ob er sich auf eine Verständigung einlassen will oder nicht, so dass wirkliche Probleme an dieser Stelle nicht bestehen.

Festzuhalten ist jedoch, dass § 257 c StPO grundsätzlich kein Verbot der Verständigung für manche Delikte statuiert, so dass jedenfalls nach der Normausgestaltung jedes Delikt für eine Verständigung in Betracht kommt. Zudem scheint der Gesetzgeber die Entscheidung der Verständigung über Delikte grundsätzlich zweifelbarer Eignung bewusst in die Hände der Beteiligten gelegt zu haben, wenn es in § 257 c Abs. 3 S. 4 StPO heißt, dass eine Verständigung dann zustande kommt, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen.

Betrachtet man die Regelung des § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO nun in Bezug auf die positive Generalprävention, so ist zunächst zu fragen, ob die positive Generalprävention überhaupt eine Begrenzung der Verständigung auf bestimmte Fälle erfordert:

Festzuhalten ist, dass eine Verständigung in jedem Verfahren in Betracht käme, wenn es die Begrenzung nicht gäbe. Auch ist nochmals festzuhalten, dass die Verständigung eine aus der Not geborene Praxis zur Schonung der Ressourcen der Justiz und die Wahrung ihrer Funktionsfähigkeit ist.⁵⁴⁷ Nicht jedoch soll die Verständigung das normale Verfahren ersetzen,

⁵⁴³ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 14, m.w.N.

⁵⁴⁴ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 69, m.w.N. = NJW 2013, S. 1058, 1063.

⁵⁴⁵ Siehe hierzu etwa *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 26, m.w.A., m.w.N.; v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 19, m.w.A.

⁵⁴⁶ Anders etwa dann, wenn die besondere Schwere der Schuld im Raum steht, vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 6.

Zur grundsätzlichen Möglichkeit der Verständigung über die besondere Schwere der Schuld siehe *Moldenhauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 16, m.w.N.

⁵⁴⁷ Siehe B.II. und B.III.1.

wie bereits die Art der Einfügung der Regelung der Verständigung in das Normgefüge der Strafprozessordnung zeigt.

Bereits aus dem Sinn und Zweck der Verständigung wird deutlich, dass eine Verständigung nicht in jedem Fall in Betracht kommen soll. So macht das Einleiten einer Verständigung etwa dann keinen Sinn, wenn die für die Verständigung zusätzlich aufzuwendenden Ressourcen letztlich größer oder gleich sind, als im normalen Gang des Strafverfahrens. Ferner ist ein für die Verständigung geeigneter Fall wohl auch dann in Frage zu stellen, wo Unsicherheit darüber vorherrscht, ob die Einsparung von Ressourcen durch eine Verständigung tatsächlich möglich ist oder sie allenfalls gering ausfallen würde.

Hinsichtlich der Normakzeptanz ist es unbedingt notwendig, dass die Verständigung aufgrund Sinn und Zweck sowie der gesetzgeberischen Konzeption als Ausnahmeregelung tatsächlich auch als Ausnahme und nicht als Regelfall behandelt wird. Ansonsten würden der normale Gang der Hauptverhandlung und die Normorientierungsmöglichkeit in Frage gestellt werden.

Dass der Ausnahmecharakter der Verständigung von besonderer Relevanz zu sein scheint, zeigt bereits der Umstand, dass in der Gesetzesbegründung festgehalten wurde, dass die Verständigung nur in „geeigneten“ Fällen vorgenommen werden soll und zu beachten sei, dass das Gericht nicht vorschnell auf eine Verständigung ausweichen dürfe.⁵⁴⁸ Hierin schwingt zugleich mit, dass der Grundgedanke der Anwendung der Verständigung zur Einsparung von Justizressourcen jedenfalls nicht aus den Augen verloren werden darf und die Verständigung nicht stete Anwendung finden soll.

Die aus positiv-generalpräventiver Sicht notwendige Begrenzung der Verständigung ist in § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO grundsätzlich vorgesehen.

Schwierig könnte aus positiv-generalpräventiver Sicht jedoch die in § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO gewählte Formulierung der Begrenzung sein.

Problematisch erscheint zunächst die Akzeptanz der Norm infolge der gewählten Formulierung der Geeignetheit der Fälle. Aufgrund der mit dem Begriff der Geeignetheit verbundenen Unklarheiten und der Unbestimmtheit des Begriffs erscheint die Gewährung des Zugangs zur Verständigung von zu vielen subjektiven Kriterien der Verfahrensbeteiligten abhängig und nahezu willkürlich. Infolgedessen sind eben jene Fälle möglich wie der bereits an anderer Stelle dargebrachte Fall,⁵⁴⁹ in dem die Strafen zweier Täter, bei denen die Umstände hinsichtlich Tat und eigener Person gleich sind, letztlich höchst unterschiedlich ausfallen, bloß weil dem einen Täter die Möglichkeit der Verständigung geboten wird, dem anderen hingegen nicht.

Käme eine Verständigung in den Augen der Bevölkerung nur – beziehungsweise vor allem – in für die Justiz insgesamt schwierigen und umfangreichen Fällen in Betracht, könnte dies nicht nur negative Effekte auf die Normakzeptanz der Bevölkerung in Bezug auf die Verständigung im Strafverfahren haben, sondern letztlich auch auf das gesamte Strafrecht, welches durch die

⁵⁴⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 13, m.w.N.

⁵⁴⁹ Siehe D.I.2.

Verständigung insgesamt beeinflusst wird. Mit dem Problem der Akzeptanz der Norm der Verständigung drohen zugleich Probleme in Hinblick auf das verständigungsgenerierte Urteil, womit wiederum auch Probleme in Bezug auf die Internalisierung der hinter der Norm stehenden Werte wie auch die Sicherung zukünftiger Rechtstreue der Bevölkerung gegeben sind. Infolge der Einräumung der Verständigungsmöglichkeit gerade in ressourcenaufwändigen Verfahren besteht die Gefahr, dass die Strafdrohung der ressourcenaufwändigeren Delikte auch an ihrer positiv-generalpräventiven Wirkung verlieren könnte. Dies steht etwa dann zu befürchten, wenn den (potentiellen) Tätern bewusst ist, dass eben jene Delikte regelmäßig in einem Verständigungsprozess münden und die zu erwartende Strafe infolge von Verständigung hin zu einer geringeren Strafe stark beeinflusst werden kann, beziehungsweise hierfür eine große Wahrscheinlichkeit gegeben ist. Insofern könnte das Strafrechtsnormgefüge auf lange Sicht zweierlei Normqualität aufweisen, eine bezüglich regelmäßig zwingender Strafdrohungen, und eine bezüglich regelmäßig durch die Verständigung abgeschwächter Strafdrohungen, die als solche nicht mehr ihren (eigentlich) zwingenden Charakter aufweisen. Eine solche Zweigleisigkeit des strafrechtlichen Normgefüges dürfte in Bezug auf die Wirkung bei der Allgemeinheit nur als negativ und in Anbetracht der positiven Generalprävention als nicht wünschenswert anzusehen sein. Gerade in Bezug auf den Aspekt der Sicherung des sozialen Zusammenhalts würde eine solche teilweise Schwächung der Strafdrohungen besonders kritisch sein, weil eine solche Ungleichheit im Rahmen der Strafdrohungen eine Wertinkonsistenz im strafrechtlichen Gefüge demonstrieren würde, beziehungsweise auf Dauer wohl eine Verschiebung des hinter den Normen stehenden Wertgefüges mit sich brächte. Dergleichen wohnen immense Gefahren für das gemeinschaftliche Leben miteinander inne.

Der Vertrauenseffekt, der eintritt, wenn der Bürger sieht, dass sich das Recht durchsetzt, dürfte gleichsam ebenfalls nicht in vollständigem Maße zu erlangen sein, wenn Willkür – beziehungsweise konturlose und nicht hinreichend nachvollziehbare Kriterien – die Eröffnung der Verständigung gebieten.

Die Feststellung der Geeignetheit eines Falls für die Verständigung ist darüber hinaus im Zusammenhang mit der Sicherung des sozialen Zusammenhalts als problematisch anzusehen, weil dieser eine transparente, zumindest angenäherte Gleichbehandlung der Straftäter im Allgemeinen erfordert. Eine solche kann ein vor allem insbesondere aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit mancher Verfahren letztlich deliktsabhängige unterschiedliche Behandlung, wie auch das Abhängigmachen der Verständigung von diversen subjektiv geprägten Umständen, nicht bieten.

An sich weißt die Formulierung der Geeignetheit somit positiv-generalpräventives Konfliktpotential auf.

Weiterhin ist zu fragen, ob aus positiv-generalpräventiven Gründen überhaupt ein prinzipiell gleicher Zugang zur Verständigung gefordert werden kann:

Betrachtet man das Wesen der Verständigung und deren Abhängigkeit von dem Willen der Verfahrensbeteiligten, sich miteinander zu verständigen, so erscheint die Forderung nach einer gleichen Gewährung des Zugangs zur Verständigung höchst schwierig, wenn nicht gar unmöglich. Selbst wenn eine solche Forderung angebracht wäre, so würde sie letztlich aufgrund von Undurchführbarkeit in der Praxis zu viele Möglichkeiten für weitere Ungleichheiten aufgrund der höchst subjektiven Abhängigkeiten bieten. So ist etwa zu erwarten, dass in Fällen, wo der Zugang zur Verständigung verpflichtend zu gewähren wäre, ein anderes Ergebnis der Verständigungsgespräche vorliegen dürfte, als in den Fällen, wo eine Verständigung von allen Verfahrensbeteiligten als wirklich angebracht erachtet und allein deswegen vorgenommen wird.

Ein Prozess, bei dem die Verfahrensbeteiligten untereinander ein gemeinsames, für alle akzeptables Ergebnis zu erlangen suchen, wird letztlich immer Ungleichheiten und Ungleichgewichte aufweisen, unabhängig davon, wie die gesetzliche Ausgestaltung eines solchen Prozesses vorgenommen werden würde.

In einem Prozess, wo es letztlich auf eine Einigung zwischen den Beteiligten ankommt, kann dergleichen an Problem nicht dadurch aus dem Weg geräumt werden, dass eine Verständigung etwa in jedem Fall vorweg angesprochen wird oder durch eine Festlegung fester Kriterien – sofern dergleichen überhaupt möglich wäre, auch in Anbetracht der Notwendigkeit der ausreichenden Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls – verpflichtend gemacht wird. Vielmehr könnte durch solche Maßnahmen ein Grundstein für eine illegitime Druckausübung gegenüber dem Angeklagten hin zu einer Verständigung gelegt werden, da eine solche an der erforderlichen Entscheidung ansetzt, ob und wie der Angeklagte gegebenenfalls im Strafverfahren mitwirkt.⁵⁵⁰

Eine letztlich subjektive Einigung weiter zu formalisieren als dadurch, dass sie nur in geeigneten Fällen erfolgen soll, erscheint von vorneherein nicht möglich und auch aus positiv-generalpräventiver Sicht nicht forderbar. Denn der positiven Generalprävention ist mit einer Farce aufgrund weitergehender – wie auch immer gearteter – Formalisierung erzwungener Verständigungsgespräche nicht gedient und benötigt überdies Justizressourcen, die anderweitig sinnvollere Verwendung finden könnten.

Der Grundsatz eines fairen Verfahrens als Anforderung an das Verfahren aus positiv-generalpräventiver Sicht⁵⁵¹ ist durch ungleiche Gewährung des Zugangs zur Verständigung jedenfalls nicht verletzt. Eine Verletzung des fairen Verfahrens ist in Einklang mit dem Bundesverfassungsgericht letztlich nicht anzunehmen, denn Verfahrensgestaltungen verletzen den grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren nicht schon dann, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten eine Zurücksetzung zugunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren.⁵⁵² Im Falle der Verständigung erscheint der mit der Verständigung verbundene Ressourcenaufwand nicht in jedem Fall, sondern nur

⁵⁵⁰ Siehe E.I.1.b).

⁵⁵¹ Siehe E.I.1.b).

⁵⁵² BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 59, m.w.N = NJW 2013, S. 1058, 1060, 1061.

dann angebracht, wenn sich dieser Aufwand im Verhältnis zu den potentiell einsparbaren Ressourcen auch wirklich zu lohnen scheint und nicht außer Verhältnis steht. Nur hierdurch kann einerseits dem Ziel der Ressourcenschonung, und damit verbunden auch dem Ziel einer wirksamen Strafrechtspflege gedient sein.

Aus positiv-generalpräventiver Sicht ist nicht generell ein gleicher Zugang zur Verständigung zu fordern.

Somit bleibt die offene Frage, wie mit dem angesprochenen positiv-generalpräventiven Konfliktpotential des Begriffs der Geeignetheit umzugehen ist, bzw. ob dieses überhaupt angegangen werden kann oder muss.

Etwaige positiv-generalpräventive negative Effekte der Wahl des Begriffs der Geeignetheit scheinen in Abhängigkeit zur generellen Ermöglichung der Verständigung und der mit ihr verbundenen positiv-generalpräventiven begrüßenswerten Effekte nicht zwingend zu sein. Würde durch das Freiwerden von Justizressourcen in einem für die Allgemeinheit wahrnehmbaren Maße tatsächlich ermöglicht, das Unrecht effizienter zu verfolgen, so dürfte dies für sich genommen auch eine Stärkung der Akzeptanz der Verständigung im Strafverfahren wie auch der übrigen strafrechtlichen Normen bewirken, weil so letztlich mehr Täter für ihr Handeln zur Verantwortung gezogen würden. Darüber hinaus könnte eine erhöhte wie auch kommunizierte Aburteilungsrates als der Sicherung des sozialen Zusammenhalts, dem Vertrauenseffekt sowie dem Befriedigungseffekt dienlich angesehen werden, wenn sich auf diesem Wege zeigt, dass sich das Unrecht dem Recht gegenüber nicht durchsetzt, beziehungsweise das Recht dem Unrecht sogar effektiver entgegentritt.

Will man einen Verständigungsprozess – etwa auch aufgrund der damit verbundenen positiv-generalpräventiven sinnvollen Effekte –, dann sind die mit der zwischenmenschlichen Einigung stets verbundenen Unsicherheiten und in der Masse gesehen auch damit einhergehenden Probleme letztlich nicht beseitigbar, so wünschenswert dies aus positiv-generalpräventiver Sicht auch sein mag.

Der gewählte Begriff der Geeignetheit in § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO stellt letztlich aus positiv-generalpräventiver Sicht den einzig ersichtlichen Weg dar, sich sowohl die positiv-generalpräventiven begrüßenswerten Effekte einer Verständigung zu erhalten, aber auch dem Umstand hinreichend gerecht zu werden, dass eine Verständigung ein zwischenmenschlicher Prozess zwischen den Verfahrensbeteiligten ist.

b) § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO und die Unberührtheit des § 244 Abs. 2 StPO

§ 257 c Abs. 1 S. 2 StPO sieht die Unberührtheit des § 244 Abs. 2 StPO vor. Gemäß § 244 Abs. 2 StPO hat das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

Hintergrund der Unberührtheit des § 244 Abs. 2 StPO ist, dass nach der Gesetzesbegründung eine Verständigung niemals die (alleinige) Grundlage eines Urteils bilden können soll.⁵⁵³ Das Urteil soll weiterhin von der Überzeugung des Gerichts und dem von ihm festzustellenden Sachverhalt abhängig sein.⁵⁵⁴ Die Aufklärungspflicht des Gerichts wird durch die Verständigung keinesfalls eingeschränkt,⁵⁵⁵ was auch sinnig erscheint, da der Grundsatz der Sachaufklärung von verfassungsrechtlichem Rang ist.⁵⁵⁶ Hintergrund der Einführung des § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO dürfte der Umstand gewesen sein, dass in den letzten Jahrzehnten die Aufklärungspflicht infolge der damals noch nicht normierten Absprache oftmals zu kurz gekommen ist.⁵⁵⁷

In der Literatur wird die Regelung des § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO häufig als widersprüchlich bezeichnet, denn ohne Aufgabe überkommener Grundsätze des deutschen Strafverfahrens soll dennoch mit der Verständigung ein Beschleunigungs- und Entlastungseffekt herbeigeführt werden.⁵⁵⁸ Sicherlich ist dem zuzugestehen, dass ein Aufrechterhalten der Aufklärungspflicht die prinzipiell durch eine Verständigung erlangbare Ressourcenschonung minimieren mag. Dennoch ist auch trotz Aufrechterhaltens der gerichtsseitigen Aufklärungspflicht noch immer ein Beschleunigungs- und Entlastungseffekt erlangbar.⁵⁵⁹ Denn die Amtsaufklärungspflicht verlangt nicht die Erhebung aller möglicherweise einschlägigen Beweise, oder auch jener, die die naheliegende Tathypothese stützen.⁵⁶⁰ Das Gericht muss sich allerdings mit jenen Beweisen auseinandersetzen, denen die Eignung zugesprochen werden muss, die Tathypothese oder das bisherige Beweisergebnis zu erschüttern.⁵⁶¹ Auf die Erhebung weiterer Beweise darf das Gericht auch im Falle einer Verständigung etwa dann verzichten, wenn das täterseitig abgelegte Geständnis das Gericht von dem die Verurteilung tragenden Sachverhalt überzeugt und keine gegenteiligen Hinweise ersichtlich sind, die eine Beweiserhebung nötig werden lassen.⁵⁶² Insofern

⁵⁵³ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

⁵⁵⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

⁵⁵⁵ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 68 = NJW 2013, S. 1058, 1063; *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 71.

⁵⁵⁶ *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 75, m.w.N.; vgl. BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 59 = NJW 2013, S. 1058, 1060, 1061; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 23.

⁵⁵⁷ Vgl. *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 72.

⁵⁵⁸ Vgl. *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 17, m.w.N.; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 3; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 23, m.w.N.

⁵⁵⁹ Vgl. *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 34.

⁵⁶⁰ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 34.

⁵⁶¹ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 34.

⁵⁶² Vgl. *Frister*, in: SK-StPO, § 244, Rn. 28.

ist es nicht widersprüchlich, dass auch ohne Aufgabe überkommener Grundsätze des Strafverfahrens ein Beschleunigungs- und Entlastungseffekt durch die Verständigung herbeigeführt werden kann.

Auch wenn mit der Aufrechterhaltung der gerichtsseitigen Aufklärungspflicht eine Minimierung der Beschleunigungs- und Entlastungseffekte einhergeht, so erfordert jedoch das strafprozessuale Ziel der Wahrheitsfindung insbesondere die Aufrechterhaltung der gerichtsseitigen Aufklärungspflicht. Gerade die Handhabung der Praxis wirkt in diesem Zusammenhang besonders kritisch, weil durch diese die Wahrheitsfindung und die Einhaltung des geltenden Rechts konterkariert werden, was aus positiv-generalpräventiver Sicht nicht zu befürworten ist.⁵⁶³

§ 257 c Abs. 1 S. 2 StPO zeigt deutlich, dass die Aufklärungspflicht unverzichtbar sein soll und es ihrer Unterstreichung im Gesetz auch bedarf. Die Stellung im Rahmen des § 257 c StPO zeugt davon, dass der Wahrung der Aufklärungspflicht ein deutlich höherer Wert beizumessen ist, als einer etwaigen schnelleren Beendigung eines Verfahrens. Es handelt sich keinesfalls um eine „Worthülse“, wenn von der Unberührtheit des § 244 Abs. 2 StPO gesprochen wird.⁵⁶⁴ Sonst wäre die Normierung bloßer Hohn, den sich der Gesetzgeber bereits aus positiv-generalpräventiven Gründen niemals erlauben darf. Im Übrigen bestünde eine Gefahr für den sozialen Zusammenhalt, denn wenn die Ernsthaftigkeit des Wortlauts an einer Stelle nicht gegeben ist, so gerät zugleich die Ernsthaftigkeit des Wortlauts an allen Stellen in Gefahr. Und wo die Ernsthaftigkeit einer, vieler oder aller Normen insgesamt in Frage steht, da ist es um Normakzeptanz und Norminternalisierung wie auch um die Normorientierungsmöglichkeit ebenfalls nicht gut bestellt. Dies kann letzten Endes schließlich zu einer Negierung des Vertrauenseffektes insgesamt führen, denn wenn das Recht keine verlässliche Grundlage mehr bietet, dann kann sich mit der Durchsetzung von diesem auch kein wirklicher Befriedigungseffekt einstellen.

Vielleicht mag eine unbedingte Beachtung der gerichtlichen Aufklärungspflicht letztlich den Eindruck erwecken, dass vom Entlastungs- und Beschleunigungseffekt, den die Verständigung gerade bezwecken soll, möglicherweise nicht allzu viel übrig bleibt, wenn der Aufklärungspflicht in voller Strenge stets gefolgt würde. Und auch, wenn das „Mehr“ an aufzuwendenden Justizressourcen infolge der Befolgung der Aufklärungspflicht sich sicherlich nicht positiv auf die Höhe der für den Angeklagten erlangbaren Strafmilderung auswirken wird, so kann – aufgrund des Wortlauts – und darf – allein bereits aufgrund der Findung eines „richtigen“ Urteils – sich nicht mit einem „Weniger“ im Rahmen der gerichtlichen Aufklärungspflicht zufrieden gegeben werden. Nichts anderes unterstreicht die Aufnahme des § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO in die Norm

⁵⁶³ Im Ansatz auch *Landau*, NSTZ 2011, S. 540, 541: „Wer personale Verantwortung des Täters als Teil dieses Konzepts ernst nimmt, kann sich nicht mit Abstrichen bei der Erforschung der objektiven Wahrheit als Idee und Anspruch abfinden, seien die Gründe hierfür – Prozessökonomie, Überlastung der Justiz, grundsätzliche Zweifel an der Möglichkeit der Erforschung objektiver Wahrheit – auch noch so nachvollziehbar.“

⁵⁶⁴ So jedoch *Fischer*, StraFo 2009, S. 181.

der Verständigung noch einmal. Es soll gezeigt werden dass ein „Weniger“ bezüglich der Aufklärungspflicht – gerade in Anbetracht der Handhabung in der Vergangenheit – kein akzeptabler Weg ist.

Wie wichtig die Aufklärungspflicht ist, zeigt die Auseinandersetzung mit der Frage, wie aus positiv-generalpräventiver Sicht die Abschaffung der Aufklärungspflicht oder die Möglichkeit eines Verzichts auf eben diese zu beurteilen wäre:

Wichtigste Konsequenz wäre wohl der Verlust des Vertrauenseffektes. Die Allgemeinheit müsste letztlich daran zweifeln, ob der für die Tat Belangte diese tatsächlich begangen hat oder nicht. Es wäre für die Allgemeinheit nicht mehr erkennbar, ob sich in dem Verfahren tatsächlich das Recht oder die bloße Verständigung durchgesetzt hat. Ferner dürfte sich der Befriedigungseffekt nicht vollständig einstellen können, wenn letztlich unklar bliebe, ob der Konflikt mit dem wirklichen oder vermeintlichen Täter durch die Strafe zur Erledigung gebracht wäre. Es stünde die Frage im Raum, wie unverbrüchlich die Rechtsordnung noch wäre, selbst wenn diese keine Aufklärungspflicht kennen oder aber den Verzicht auf diese gestatten würde.

Ferner stünde zu befürchten, dass ohne Aufklärungspflicht viel mehr Unschuldige einer Strafe zugeführt werden würden und womöglich die wahren Täter weiterhin ihrem gegen die Rechtsordnung gerichteten Handwerk nachgehen würden, was Probleme hinsichtlich der Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts hervorrufen könnte.

Wenn die Gefahr besteht, dass sich mangels Aufklärungspflicht letztlich nicht das Recht durchsetzt, sondern eine verständigungsgenerierte Strafe, wären außerdem Probleme hinsichtlich der Akzeptanz, der Internalisierung und der Orientierung an der Norm und die sie verkörperten Werte zu befürchten, die wiederum zu einer Schwächung des normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens führen könnten.

Aus positiv-generalpräventiven Gründen kann ein Wegfall oder eine Verzichtbarkeit der gerichtsseitigen Aufklärungspflicht keinesfalls befürwortet werden.

Die positive Generalprävention gebietet daher einerseits die Aufrechterhaltung der Aufklärungspflicht, wie auch dass bei einem etwaigen Widerspruch zwischen verständigungsgenerierter Verfahrensbeschleunigung und gerichtlicher Aufklärung der Aufklärungspflicht gemäß § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO stets Vorrang einzuräumen ist. Aus positiv-generalpräventiver Sicht erscheint die gesetzliche Ausgestaltung des § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO für positiv-generalpräventive Effekte wie auch der den Normen zugrunde liegenden Werten sogar förderlich.

c) § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO und der taugliche Gegenstand der Verständigung

Gemäß § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO können Gegenstand der Verständigung nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogenen Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten.

aa) Der taugliche Gegenstand der Verständigung im Überblick

Grob umrissen gehören nach der Gesetzesbegründung zum tauglichen Inhalt einer Verständigung⁵⁶⁵ neben verfahrensbezogenen Maßnahmen – wie Einstellungsentscheidungen und Beweiserhebungen – zudem auch Handlungen, die in der Sphäre des Angeklagten liegen – wie der Verzicht auf Beweisanträge, ein Geständnis oder die Zusage von angemessener Schadenswiedergutmachung in Bezug auf das streitgegenständliche Verfahren.⁵⁶⁶ Ferner sind auch Handlungen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklage erfasst – beispielsweise der Verzicht auf weitere Anträge im Prozessverlauf.⁵⁶⁷

Erlaubt ist zudem – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage –⁵⁶⁸ grundsätzlich auch die Verständigung über eine etwaige Aussetzung zur Bewährung⁵⁶⁹ oder aber die Vereinbarung bestimmter Auflagen.⁵⁷⁰

Unter den Rechtsfolgen in § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO sind alle Entscheidungen zu verstehen, die das befassende Gericht im Erkenntnisverfahren treffen kann.⁵⁷¹

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass als zulässiger Gegenstand einer Verständigung diejenigen Entscheidungen in Betracht kommen, bei denen dem Gericht ein Beurteilungs- oder Ermessensspielraum eingeräumt ist.⁵⁷²

⁵⁶⁵ Das Gesetz schweigt sich dazu aus, welchen Inhalt eine Verständigung haben könnte. Der Inhalt der Verständigung korrespondiert jedoch mit dem, was Gegenstand der Verständigung sein dürfte, *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 18.

⁵⁶⁶ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

Als weitere Beispiele für das Verhalten des Angeklagten finden sich etwa bei *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 23, 25: Die Zustimmung zur Verwertung bestimmter Beweisergebnisse oder zur Verlesung belastender Zeugenaussagen, eine weitergehende Aufklärung der Tat und das Bemühen um einen Täter-Opfer-Ausgleich.

⁵⁶⁷ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

⁵⁶⁸ *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 12, m.w.A.; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 32.

⁵⁶⁹ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 19, m.w.N.; *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 15, m.w.A.; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 12, m.w.A.; *Miebach*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 46, Rn. 10; *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 57, m.w.A.; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 32.

⁵⁷⁰ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 19, m.w.N.

⁵⁷¹ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 19.

⁵⁷² *Moldenbauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 15, m.w.N.; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 13.

Nicht tauglicher Inhalt einer Verständigung ist etwa die Vereinbarung einer Strafraumenverschiebung, da bei umfassender Würdigung des dem Verständigungsgesetz zugrundeliegenden Regelungskonzepts nicht davon ausgegangen werden könne, dass der Gesetzgeber den Begriff der Rechtsfolge in § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO auch auf Strafraumenverschiebungen habe ausdehnen wollen.⁵⁷³

Nicht zulässig ist es, dass Entscheidungen, die nicht durch das im Erkenntnisverfahren befassete Gericht getroffen werden, Teil der Verständigung werden; hierzu können Entscheidungen gehören, die bei anderen Gerichten anhängig sind oder Entscheidungen im Strafvollstreckungsverfahren⁵⁷⁴ – etwa Folgeentscheidungen nach § 57 Abs. 2 StGB, Entscheidungen im Sinne des § 456 a StPO, Vollzugslockerungen oder Gnadenerweise.⁵⁷⁵ Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass spätestens mit dem aktuellen Urteil des Bundesverfassungsgericht⁵⁷⁶ hinlänglich bekannt sein dürfte, dass der Wortlaut des § 257 c StPO die Zusage der Einstellung anderer anhängiger Verfahren nach § 154 Abs. 1 StPO nicht deckt. Sogenannte „Gesamtlösungen“, die auch Dinge abseits des zugrundeliegenden Erkenntnisverfahrens erfassen, sind nicht möglich.

Ferner ist beispielsweise die bloße Zusage einer Strafobergrenze, welche das Gericht verspricht nicht zu überschreiten, nicht zulässig,⁵⁷⁷ wie sich aus § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO im Umkehrschluss ergibt. Auch kann das Gericht zwingende Rechtsfolgen nicht zum Gegenstand der Verständigung machen, da hierüber gerichtsseitig kein Entscheidungsspielraum besteht, wie etwa eine Verständigung über die Anwendung des Jugendstrafrechts.⁵⁷⁸ Auch kann mittels Verständigung nicht über zwingendes Recht disponiert werden.⁵⁷⁹

Selbstverständlich muss im Rahmen des § 257 c Abs. 2 StPO die Grenze des § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO, die Sachaufklärungspflicht des Gerichts, gewahrt werden. Etwaige Verzichte auf (weitere) Beweisanträge und Beweiserhebungen können sich nicht außerhalb dessen bewegen, was durch die unverändert geltende Sachaufklärungspflicht des Gerichts bestimmt ist.⁵⁸⁰

⁵⁷³ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 74 = NJW 2013, S. 1058, 1063.

⁵⁷⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 13; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 34; vgl. *Moldenhauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 15.

⁵⁷⁵ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 19; vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 10.

⁵⁷⁶ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 79 = NJW 2013, S. 1058, 1064.

⁵⁷⁷ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 19; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 49.

⁵⁷⁸ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 20, m.w.N.; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 28, m.w.N., Rn. 34; vgl. *Moldenhauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 18.

⁵⁷⁹ *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 37; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 14.

⁵⁸⁰ BT-Drs. 16/12310, S. 13.

In der täglichen Praxis bestehen jedoch als Folge der Unbestimmtheit des § 257 c StPO augenscheinlich eine Vielzahl existenter Zweifelsfragen über den verständigungstauglichen Gegenstand.⁵⁸¹

bb) Die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens

Das im Rahmen des § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO genannten Gegenstände der Verständigung sowie das in § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO genannte Geständnis sind alles Verhaltensweisen des Täters nach der Tat. Es stellt sich daher die Frage, wie diese nach Abschluss der Tat vorgenommenen Handlungen Einfluss auf die Strafe des Täters nehmen können.

Nach herrschender Ansicht, insbesondere in der Rechtsprechung, seien die außerhalb der eigentlichen Tatausführung liegende Umstände allenfalls mittelbar schuldrelevant, soweit sie Indizien für die Tatschuld und zugleich für die Gefährlichkeit und Präventionsbedürftigkeit seien (sog. Indizkonstruktion).⁵⁸²

Hiernach könne das Nachtatverhalten aber nicht schon als solches schuld mindernd oder -schärfend ins Gewicht fallen,⁵⁸³ es habe keine selbständige Bedeutung, sondern könne nur als positives oder negatives Indiz (Erkenntnismittel) für die sachgerechte Beurteilung der Tat und des Täters berücksichtigt werden.⁵⁸⁴ Erforderlich sei ein innerer Zusammenhang mit dem konkreten Schuldvorwurf,⁵⁸⁵ da anderenfalls die Gefahr einer Gesinnungsstrafe bestünde.⁵⁸⁶ Ein innerer Zusammenhang bestünde dann, wenn die außerhalb der Tat liegenden Umstände wegen ihrer engen Beziehung zur Tat Schlüsse auf ihren Unrechtsgehalt zuließen oder Einblicke in die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat gewährten, also mit dem Tatgeschehen eine konkrete Sinneinheit bilden.⁵⁸⁷

Grundsätzlich ist nach dieser Ansicht die Berücksichtigung von Nachtatverhalten prinzipiell möglich, doch weist sie deutliche Probleme auf:⁵⁸⁸ So wird man etwa kaum feststellen können, ob

⁵⁸¹ Vgl. *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 14 a; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 34.

⁵⁸² *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung 2012, Rn. 641; *Streng*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, § 46, Rn. 23, 75, m.w.N.; vgl. BGH v. 10.04.1951 – 1 StR 88/51 = BGHSt 1, S. 105, 106; BGH v. 09.06.1983 – 4 StR 257/83 = NStZ 1983, S. 453; *Bruns*, NStZ 1981, S. 81, 82; *Dencker*, ZStW 1990, S. 56; *Hammerstein*, StV 2007, S. 49, m.w.N.; *Kühl*, StGB 2011, § 46 Rn. 40; *Stree/Kinzjg*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 39, m.w.N.; *Theune*, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, § 46, Rn. 197, m.w.N.

⁵⁸³ *Kühl*, StGB 2011, § 46, Rn. 40, m.w.N.

⁵⁸⁴ *Bruns*, NStZ 1981, S. 82.

⁵⁸⁵ *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung 2012, Rn. 641, m.w.N.; *Stree/Kinzjg*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 39, m.w.N.; *Streng*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, § 46, Rn. 42.

⁵⁸⁶ *Stree/Kinzjg*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 39, m.w.N.; vgl. BGH v. 24.06.1954 – 4 StR 893/53 = NJW 1954, S. 1416.

⁵⁸⁷ BGH v. 26.07.1983 – 1 StR 447/83, m.w.N. = StV 1984, S. 21; vgl. *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 46; *Stree/Kinzjg*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, § 46, Rn. 39, m.w.N.

⁵⁸⁸ Kritisch gegenüber der Indizkonstruktion u.a. *Dencker*, ZStW 1990, S. 56, 57; *Frisch*, ZStW 1987, S. 780; *Jahn*, StV 1996, S. 260; *Kruse*, SraFo 2000, S. 147; *Streng*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, § 46, Rn. 23; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 15, m.w.N.

und in welchem Ausmaß das Nachtatverhalten tatsächlich Einblicke in die innere Einstellung des Täters gewähren kann. Das spätere Nachtatverhalten kann gar auf Schauspielerlei oder bloßer Taktik gründen und damit keinen wirklichen Anhaltspunkt für die Einstellung zur Tat, zur Gefährlichkeit oder Präventionsbedürftigkeit bieten. Dies gilt umso mehr, da eine Tat regelmäßig eine Sondersituation für den Täter darstellt, dem Täter aber bis Auseinandersetzung mit dieser regelmäßig Zeit verbleibt, um sich grundlegende Gedanken zu machen, wie er mit dieser umgehen will. Eine wirkliche Sinneinheit zwischen Nachtatverhalten und der Tat selbst scheint zudem so gut wie nie gegeben; vielmehr ist das Nachtatverhalten in Konsequenz der eigenen Wünsche/Ziele/Einstellung in Anbetracht des Vorwurfs der Tat ausgerichtet, nicht aber das Nachtatverhalten notwendiger oder häufiger Ausfluss der inneren Einstellung des Täters zur Tat – insbesondere auch aufgrund der zeitlichen Zäsur.⁵⁸⁹ Es bleibt letztlich eine bloße Hypothese, dass außerhalb der Tat liegende Umstände wirkliche Schlüsse auf den Unrechtsgehalt der Tat oder die innere Einstellung des Täters gewährten.⁵⁹⁰

Die mit der Indizkonstruktion einhergehenden Probleme zur Berücksichtigung des Nachtatverhaltens fielen weg, wenn man die Schuld von vorneherein an der positiven Generalprävention ausgerichtet sieht:⁵⁹¹

Wenn die nicht rechtliche Motivierung des Täters der Grund des Konflikts ist, und der Täter für diese fehlende Motivation zur Rechenschaft gezogen wird, wird er entsprechend des aus positiv-generalpräventiver Sicht erforderlichen Maßes bestraft, um unter anderem Norminternalisierung, Normakzeptanz und normgetreues Verhalten aufrechtzuerhalten. Zeigt der Täter im Nachgang der Tat beispielsweise ein Verhalten, welches der Wiederherstellung der ursprünglichen Verhältnisse – wie etwa das Leisten von Wiedergutmachung – oder der Schonung des Tatopfers – diesem beispielsweise eine Aussage erspart werden kann – dienlich ist, dann leistet der Täter einen besonderen, von rechtlicher Motivation zeugenden, Beitrag, zu dem er nicht verpflichtet wäre. Infolge eines solchen Beitrags wird zur Wahrung positiv-generalpräventiver Ziele letztlich eine geringere Strafe notwendig. Gleichsam kommt natürlich die Möglichkeit in Betracht, dass der Täter durch sein Verhalten im Verfahren davon zeugt, dass es um seine rechtliche Motivation deutlich schlechter bestellt ist, als sich durch die Tat offenbarte – angeführt sei beispielsweise die Beeinflussung von Zeugen nach der Tat –, was wiederum aus positiv-generalpräventiver Sicht eine höhere Strafe notwendig werden lässt.

⁵⁸⁹ Trefflich in diesem Zusammenhang etwa *Frisch*, ZStW 1987, S. 780: „Es ist ganz einfach Illusion zu glauben, man könne aus dem – noch dazu problematischen – Eindruck einer Monate oder Jahre nach der Tat stattfindenden Hauptverhandlung oder aus gewissen sonstigen Ereignissen (z.B. Wiedergutmachung, irreführenden Einlassungen usw.) auf die Gesinnung des Täters schließen, welche die Tat prägt (und damit auch für die Tatschuld maßgebend ist). Das liegt nicht nur – wie *Bruns* meint – an der mangelnden empirischen Ausbildung der Strafrichter. Es liegt, wie mir forensisch tätige Kollegen aus dem Bereich der Psychologie immer wieder bestätigt haben, daran, daß die Sätze, die man zur inhaltlichen Umsetzung der Indizkonstruktion bräuchte, ganz einfach nicht gibt.“

⁵⁹⁰ Weitergehend etwa *Jahn*, StV 1996, S. 260, der von einem logischen Bruch im Konzept des Schuldstrafrechts spricht, den die indizielle Berücksichtigung eines Anschlussverhaltens bedeutet. Auch biete die Indizkonstruktion Raum für tatrichterliche Wertungen, die einer rationalen Begründung oder gar Hinterfragung durch den Verteidiger nicht mehr zugänglich seien.

⁵⁹¹ Siehe D.I.2.

Wird durch die fehlende rechtliche Motivation die Auseinandersetzung im Rahmen eines Verfahrens notwendig, so bindet ein solches von vorneherein immer eine gewisse Menge an Justizressourcen, die wiederum an anderer Stelle hätten aufgewendet werden können, um sich etwa anderen Unrechts anzunehmen oder solches mit größerer Intensität zu verfolgen (Erhöhung der Sanktionsdichte). Leistet der Täter im Rahmen seines Verfahrens nun wie auch immer geartete Beiträge zur Verfahrensabkürzung – sei es etwa durch den Verzicht auf Beweisanträge –, dann setzt er damit ansonsten gebundene Ressourcen frei (Schonung von Justizressourcen), was ihm als rechtliche Motivation positiv zugerechnet werden kann, so dass aus positiv-generalpräventiver Sicht eine geringere Strafe notwendig sein kann.⁵⁹²

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass Nachtatverhalten von rechtlich motivierter Prägung aufgrund der positiv-generalpräventiv zu bestimmenden Schuld grundsätzlich eine geringere Strafe notwendig werden lässt, um der Tat als Konsequenz der fehlenden rechtlichen Motivierung des Täters wirksam entgegenzutreten. Verfahrensabkürzendes Verhalten kann aufgrund der damit verbundenen Schonung der Justizressourcen grundsätzlich eine geringere Strafe notwendig werden lassen. Das Nachtatverhalten hat jedoch keinen Einfluss auf den Unrechtsgehalt der Tat.

cc) Die tauglichen Gegenstände der Verständigung im Lichte positiver Generalprävention

Durch die Festsetzung des Kriterienkatalogs eines tauglichen Verständigungsgegenstandes in § 257 Abs. 2 StPO wäre nunmehr zu prüfen, ob dessen konkrete Ausgestaltung in Konflikt mit der positiven Generalprävention gerät. Auch wenn die Ausführungen an dieser Stelle im Unterabschnitt zu § 257 c Abs. 2 S. 1 StPO stehen, bietet sich an dieser Stelle eine allgemeinere Betrachtung an, um eine unangebrachte Zerstückelung der zusammenhängenden Sätze des § 257 c Abs. 2 StPO zu vermeiden.⁵⁹³

Wenn die Verständigung durch § 257 c Abs. 2 StPO doch ein sehr großes Feld tauglicher Verständigungspunkte bietet, dann stellt sich die Frage, was von der Norm und der von ihr ausgehenden Drohung schließlich noch verbleibt, wenn dem potentiellen Täter doch bewusst ist – oder auch erst noch bewusst wird –, dass man im Rahmen der in der Praxis äußerst gängigen

⁵⁹² Siehe E.I.2.d)aa) für vertiefte Ausführungen hinsichtlich des Geständnisses; siehe E.I.2.d)bb) für die Berücksichtigungsmöglichkeit verständigungsgenerierten bloßen Prozessverhaltens abseits jeglichen Geständnisses. Das Verfahrenserleichterungen überhaupt mit einem Strafnachlass honoriert werden können, ist in der Literatur umstritten; zustimmend *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 101, ablehnend u.a. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 9, m.w.N.

⁵⁹³ Siehe E.I.2.d)aa) zur Honorierung des verständigungsgenerierten Geständnisses im Lichte positiver Generalprävention und E.I.2.d)bb) zur Honorierung des bloßen verständigungsgenerierten Prozessverhaltens im Lichte positiver Generalprävention.

Verständigung über einen Großteil des gesetzlichen angedrohten „Angspotentials“ einfach „reden“ und sich – gerade in Anbetracht der Vielzahl verständigungsgeeigneter Punkte – „irgendwie schon einigen“ kann. Die Strafdrohung entfaltet ihre Wirkung regelmäßig vor Tatbegehung und nicht erst im Nachhinein. Hierbei ist natürlich das Wissen um die Möglichkeit einer Verständigung beim potentiellen Täter vorauszusetzen, um diese indirekten Einflüsse vor Tatbegehung hervorzurufen.

Namentlich für die von der Norm ausgehenden Beeinflussungseffekte droht an dieser Stelle besondere Gefahr. An sich regelt eine Strafnorm, wie mit verwerflichem menschlichen Verhalten umzugehen ist. Es ist eine Wertungsentscheidung, die mit der Gesellschaft gewachsen und als Konsequenz von gesetzgeberischer Abwägung und Präzision in Abhängigkeit zur gesellschaftlichen Entwicklung anzusehen ist. Auch die im Rahmen eines Verfahrens ferner relevanten Normen abseits der eigentlichen Deliktsgesetzgebung und die jeweiligen Verknüpfungen stellen ein außerordentlich feines, gut austariertes und eng verwobenes Gefüge dar.

Dieses Gefüge in einem beträchtlichem Maße – auch bezogen auf die Vielzahl der verständigungsgeeigneten Punkte in Konsequenz der Ausgestaltung des § 257 c Abs. 2 StGB – einem Verständigungsprozess zu eröffnen, der zudem unter anderem vor den Eigenheiten und Beeinflussbarkeiten menschlicher Kommunikation nicht gefeit ist, bedeutet für dieses gewachsene und gut austarierte System eine überaus große Gefahr. Diese kann man auch nicht mit der Argumentation abwiegen, dass die Gefahr letztlich nicht so groß sein kann, wenn man doch bedenkt, dass die Verständigung schon eine geraume Zeit existiert und die Verwirklichung einer Gefahr für das gesetzgeberische Gefüge bislang nicht festgestellt werden konnte.

Das Wachstum des gesetzgeberischen strafrechtlichen Gefüges ist ein historischer Prozess, der zudem ein sich wechselseitig beeinflussendes Abbild der jeweiligen Gesellschaft ist. Entwicklungen in einem solchen Prozess vollziehen sich äußerst langsam. Man muss bedenken, dass die breite Fachöffentlichkeit erst Anfang der 1980er Jahre von den Absprachen Kenntnis erlangte und an diesem Punkt auch wohl kaum von einem Bewusstsein über den Prozess der Verständigung in der breiten Bevölkerung gesprochen werden kann. Es scheint nicht einmal sicher, dass die breite Bevölkerung sich heute des Umstands des Vorhandenseins der Verständigung über diese oder auch ihrer Möglichkeiten wie auch ihrer Ausgestaltung (vollends) bewusst ist oder dies infolge der Normierung überhaupt (erst) wurde.

Die Entwicklung der Bekanntheit der Verständigung hat im Laufe der Jahre sicherlich zugenommen; der tatsächliche Bekanntheitsgrad, insbesondere über die Bedeutung der Verständigungsmöglichkeit, kann an dieser Stelle zunächst einmal dahingestellt bleiben. Eine breitere Bekanntheit der Verständigung ist in jedem Falle eine jüngere Entwicklung, die auch noch nicht wirklich abgeschlossen zu sein scheint, wenn man sich beispielsweise der (relativ) geringen medialen Präsenz der Verständigung, ihrer Details und des dazugehörigen Prozesses bewusst wird.

Wenn nun aber – wie dargestellt – die gegenseitigen Entwicklungen zwischen Gesetz und Gesellschaft in einem steten Prozess nur langsam voranschreiten, und die (breite) Gesellschaft

das Bewusstsein über Verständigungen erst in viel jüngerer Zeit erlangt hat als die (breite) Fachöffentlichkeit, so dürfte davon ausgegangen werden, dass die bisherige wechselseitige Beeinflussung von Gesetz und Gesellschaft in Hinblick auf die Verständigung und den ihr innewohnenden Möglichkeiten gerade erst an ihrem Anfang steht und das bislang feststellbare Ausmaß keinesfalls ein Indiz für gesicherte Annahmen über künftige Entwicklungen darbietet.⁵⁹⁴

Die (unsichere) Vielzahl an Möglichkeiten im Rahmen des Verständigungsprozesses Einfluss zu nehmen, die (ebenfalls unsichere) Vielzahl der Dinge, die der Verständigung tatsächlich zugänglich sind, wie auch die in der Praxis in Anbetracht der Historie der Heimlichkeit zu erwartenden Beugungen dieser an sich begrenzten Möglichkeiten nehmen seit der Normierung der Verständigung überhaupt erst wirklich Einfluss.

Sofern die Allgemeinheit – insbesondere der verbrechensgeneigte Teil – wirklich realisiert, dass das Stattfinden von Verständigung die Regel und nicht die bloße Ausnahme ist, wird sich zwangsläufig die Frage ergeben, was etwa die bisherigen gewachsenen Normen und Strafdrohungen noch wirklich wert sind, da man „in der Regel“ ja im Rahmen der Verständigung über die Dinge „reden“ kann. Es wird zu fragen sein, welche Entwicklung das strafrechtliche Normgefüge einzuschlagen hat, um diesem Umstand gerecht zu werden und die von der Strafdrohung ausgehenden Wirkungen in dem notwendigen und in Bezug auf die Vergangenheit (und vielleicht auch Gegenwart) ähnlichem Maße auch künftig aufrechtzuerhalten, oder aber, ob eine solche Entwicklung überhaupt nötig sein muss.

Gerade durch die wechselseitige Entwicklung zwischen Recht und Gesellschaft bestehen in Anbetracht der Existenz der Verständigung in Bezug auf die künftige Entwicklung potentielle große Probleme, soweit es um die Aufrechterhaltung des gut austarierten und eng verwobenen Gefüges strafrechtlicher Normen geht. Der Umstand, dass Gesetz und Gesellschaft sich gegenseitig bedingen, birgt in Anbetracht der Unvorhersehbarkeit der künftigen (notwendigen) Entwicklung ohnehin schon Gefahren auch unbekannter Art. Gerade aber die Einführung des Verständigungsprozesses potenziert diese Risiken noch weiter.

Unabhängig von der tatsächlich eintretenden Entwicklung ist festzuhalten, dass infolge der schleichenden Entwicklungen ein notwendiges Gegensteuern jedenfalls frühzeitig erfolgen müsste, auch um zu verhindern, dass für einen längeren Zeitraum eine unliebsame Richtung der Entwicklung eingeschlagen wird.

Gerade weil die Verständigungspraxis – insbesondere die normierte Verständigungspraxis – noch so jung ist, und die ihr innewohnenden Gefahren vielleicht auch bislang nur erahnbar sind, sollten die potentiellen Risiken und ihre Auswirkungen umso schwerer eingeschätzt werden, um rechtzeitig die „richtigen“ Wege in der künftigen Entwicklung einzuschlagen und nicht einer

⁵⁹⁴ Auch ein Vergleich zu anderen Gesellschaften als der deutschen und die dort vollzogenen Entwicklungen in Hinblick auf Gesetz und Gesellschaft infolge von Verständigungsprozessen – wie etwa in den USA – können für die Betrachtung des deutschen Rechts und der deutschen Gesellschaft sowie ihrer künftigen Entwicklung keinen wirklichen Anhaltspunkt bieten. Zu unterschiedlich erscheinen die historischen Entwicklungen in Gesetz und Gesellschaft, als dass sich hieraus verlässliche Aussagen gewinnen ließen. Überdies, selbst wenn dergleichen möglich wäre, so würde dies nicht bedeuten, dass die Entwicklung in Deutschland gleichsam oder ähnlich verlaufen würde.

Entwicklung anheim zu fallen, die nur schwerlich wieder in die „richtigen“ Bahnen gelenkt werden kann.

Am kritischsten dürften diese indirekten Einflüsse – um nun den Bogen zur Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention zu schlagen – an folgenden Punkten sein: Durch den Umstand der Verständigung, der Vielzahl tauglicher Verständigungsmöglichkeiten und die diesbezüglichen Unsicherheiten ist die Maßgeblichkeit der Norm und die mit ihr verbundenen Wertungen in Frage gestellt, was als der Norminternalisierung nicht förderlich angesehen werden kann und schließlich in einer Verminderung der Normorientierung mündet. Dieser wiederum kann eine Verminderung normgetreuen/rechtsgetreuen Verhaltens folgen, was schließlich Gefahren für den gesellschaftlichen Zusammenhalt insgesamt birgt.

Nichtsdestrotz kommt allerdings auch eine positive Seite gerade der Vielzahl der geeigneten Elemente für eine Verständigung in Betracht. Die Vielzahl verständigungsgeeigneter Punkte führt letztlich auch zu einer größeren Anwendungsmöglichkeit der Verständigung, was insgesamt für eine Vielzahl von Verfahren die potentielle Möglichkeit der schnelleren Ahndung strafbaren Verhaltens beinhaltet. Dies könnte sich letztlich wiederum positiv auf das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit auswirken, wenn diese sieht, dass sich das Recht infolge eines – ordnungsgemäßen – Verständigungsprozesses schnell und effizient durchsetzt und so die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung erwiesen wird. Denn für das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit ist eine rasche Ahndung strafbaren Verhaltens von größter Bedeutung, weil sich darin auch die Fähigkeit des Staates zeigt, seine Bürger zu beschützen und das Recht gegen das Unrecht zu behaupten.⁵⁹⁵

Letztlich ist die Entwicklung, die die Zukunft in Anbetracht der Verständigung im Strafverfahren nehmen wird, nicht vorhersehbar, so dass eine an dieser Stelle vorgenommene kritischere Sicht der Dinge den Vorzug gegenüber einer unkritischeren Sicht verdient.

§ 257 c Abs. 2 StPO bietet somit in seiner Ausgestaltung – so viel kann bereits an dieser Stelle gesagt werden – grundsätzliches Konfliktpotential in Bezug auf die positive Generalprävention.

d) § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO und das „Soll“ eines Geständnisses

Gemäß § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO soll ein Geständnis Bestandteil jeder Verständigung sein. Hierunter fallen sowohl vollständige als auch bloße teilweise Geständnisse.⁵⁹⁶ Der Gesetzgeber

⁵⁹⁵ *Berz*, NJW 1982, S. 729, 730.

⁵⁹⁶ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 25.

Das vollumfängliche Geständnis wird infolge seiner prozessökonomischen Wirkung entsprechend des dem römischen Recht entstammenden „Confessio est regina probationum“ als die Königin der Beweismittel bezeichnet, es schont zudem das Gewissen des Gerichts, v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 32.

sah aufgrund der mannigfaltig denkbaren Fallgestaltungen davon ab, die Qualität des Geständnisses festzulegen, da ansonsten den Besonderheiten des Einzelfalls nicht ausreichend Rechnung getragen werden könnte.⁵⁹⁷ Infolge der Sachaufklärungspflicht des § 257 c Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO ist es allerdings erforderlich, dass das Geständnis durch Überprüfung der Zuverlässigkeit als genügend erachtet wird und das Gericht schließlich von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt ist.⁵⁹⁸ Notwendig hierfür ist ein dergestalt konkretes Geständnis, dass es der Überprüfbarkeit eröffnet ist.⁵⁹⁹ Ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis erfüllt diese Anforderung nicht.⁶⁰⁰

Das „Soll“ eines Geständnisses stellt eine Neuerung dar und steht im Gegensatz zur Rechtsprechung vor der Normierung der Verständigung, nach welcher für die Ablegung eines Geständnisses eine Strafobergrenze zugesagt wurde; das Geständnis war also früher „Ausgangs- und Angelpunkt jeder Absprache“.⁶⁰¹

In der Praxis ist es lange Tradition, ein Geständnis mit einer Strafmilderung zu honorieren.⁶⁰² Dies dürfte mit auf den Umstand zurückzuführen sein, dass der Angeklagte, so heißt es, mit dem Geständnis seinen Teil zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens beitrage.⁶⁰³ Er stelle sich seiner strafprozessualen Verantwortung und auch die Chancen dafür stiegen, dass die gerichtliche Entscheidung nicht bloß hingenommen, sondern tatsächlich akzeptiert werde und in Bezug auf die Resozialisierung beim Täter auf fruchtbaren Boden falle.⁶⁰⁴ Ferner sei ein Geständnis immer eine überobligatorische Leistung, die positiv hinsichtlich ihres Einflusses auf die Generalprävention zu werten sei und die seit jeher als eine dem Unrecht entgegensetzende positive Leistung begriffen werde, in deren Konsequenz der geständige Täter milder bestraft werde als jener Täter, der sich diese Verdienstlichkeit nicht erwerbe.⁶⁰⁵

Das Geständnis habe zudem auch für das Gericht große Vorteile: Es werde insbesondere bei komplexen und umfangreichen Verfahren sowohl von Arbeit als auch von der Sorge entlastet, in höherer Instanz korrigiert zu werden.⁶⁰⁶ Ferner befreie es den Richter regelmäßig auch noch von der Last des Gewissens, den Angeklagten möglicherweise zu Unrecht zu verurteilen.⁶⁰⁷ Auch

⁵⁹⁷ BT-Drs. 16/12310, S. 13, 14.

⁵⁹⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁵⁹⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁰⁰ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁰¹ Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 16; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 39.

⁶⁰² *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 25, 81; vgl. *Rieß*, FS Richter II 2006, S. 442.

Siehe für die historischen Gründe für die strafmildernde Berücksichtigung des Geständigen die Ausführungen bei *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S. 79 ff., wie auch S. 15 ff.

⁶⁰³ *Schmidt-Hieber*, FS Wassermann 1985, S. 995.

⁶⁰⁴ *Schmidt-Hieber*, FS Wassermann 1985, S. 995.

⁶⁰⁵ *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 168.

⁶⁰⁶ *Hammerstein*, StV 2007, S. 49.

⁶⁰⁷ *Hammerstein*, StV 2007, S. 49.

könne man Verfahren infolge eines Geständnisses zum Abschluss bringen, die anderenfalls nicht hätten abgeschlossen werden können.⁶⁰⁸

Hinsichtlich des verständigungsgenerierten Geständnisses heißt es etwa, es verdiene unter dem Gesichtspunkt der Sachaufklärung Anerkennung, abhängig auch von der Größe des geleisteten Beitrags des Angeklagten, oder etwa, wenn und soweit durch die Abgabe des Geständnisses zur Verfahrensabkürzung beigetragen oder aber das Tatopfer geschont werde.⁶⁰⁹ Insoweit wird auch an den Grundsatz der Verfahrensbeschleunigung von Verfassungsrang erinnert.⁶¹⁰ Allerdings heißt es auch, ein lediglich aus prozesstaktischen Gründen erfolgendes und nicht auf Reue und Einsicht beruhendes Geständnis sei nur von geringem Gewicht in Bezug auf die Strafzumessung.⁶¹¹ Letztlich kann jedoch kaum festgestellt werden, ob die vom Täter geäußerte Motivation für das Geständnis als zutreffend empfunden wird und darüber hinaus auch noch ernst gemeint ist.⁶¹²

Auch der Bundesgerichtshof spricht jedem Geständnis grundsätzlich strafmildernde Berücksichtigungsfähigkeit zu – wenn auch in der Gewichtigkeit unterschiedliche –, sofern dieses letztlich nicht zur Verhängung schuldunangemessener Strafen führt.⁶¹³ Ferner wartet ein Geständnis auch fernab von einer Motivation wie Einsicht und Reue mit einer Vielzahl von objektiv positiven Effekten auf. Angeführt werden kann etwa insbesondere – neben den oben bereits genannten Punkten –, dass das Gericht aufgrund der Möglichkeit der Verfahrensabkürzung infolge des Geständnisses zur justizseitigen Ressourcenschonung beitragen kann.⁶¹⁴ Ein Geständnis dient zudem dem strafprozessualen Ziel der Wahrheitsfindung.

aa) Die Honorierung des verständigungsgenerierten Geständnisses

Warum das Geständnis überhaupt im Rahmen der Strafzumessung honoriert werden kann, bedarf näherer Betrachtung.⁶¹⁵ Dies gilt auch für das verständigungsgenerierte Geständnis, welches typischerweise bloß zur Abkürzung des Verfahrens und zur Erlangung der damit verbundenen Strafmilderung abgegeben wird.

⁶⁰⁸ Vgl. *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S. 166.

⁶⁰⁹ Vgl. *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 93, m.w.N.

⁶¹⁰ *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 101, m.w.N.

⁶¹¹ Vgl. *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 50 a; *Rieß*, FS Richter II 2006, S. 436; *Seebode*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, § 46, Rn. 91.

⁶¹² Vgl. BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195, 209.

⁶¹³ BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195, 210.

⁶¹⁴ Ähnlich BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97, m.w.N. = BGHSt 43, S. 195, 209: „Außerdem kann ein Geständnis dem Angekl. auch als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung zugute gehalten werden.“; vgl. *Theune*, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, § 46, Rn. 206, m.w.N.

⁶¹⁵ Siehe E.I.2.c)bb) zu den grundlegenden Ausführungen zur Berücksichtigung des Nachtatverhaltens, auf denen an dieser Stelle aufgebaut werden soll.

Eingangs sei nochmals zusammengefasst,⁶¹⁶ dass Nachtatverhalten von rechtlich motivierter Prägung aufgrund der positiv-generalpräventiv zu bestimmenden Schuld eine geringere Strafe notwendig werden lässt, um der Tat als Konsequenz der fehlenden rechtlichen Motivierung des Täters wirksam entgegenzutreten. Grundsätzlich kann auch bloßes verfahrensabkürzendes Nachtatverhalten eine geringere Strafe notwendig werden lassen. Das Nachtatverhalten selbst hat keinen Einfluss auf den Unrechtsgehalt der Tat.

Unabhängig von der tatsächlichen oder auch nur augenscheinlichen intrinsischen Motivation des täterseitigen Verhaltens ist das objektiv zu beurteilende rechtlich motivierte Nachtatverhalten ein zu honorierender Beitrag, der sich auf die Strafhöhe auswirkt.

Dies gilt insbesondere für das Geständnis. Was auf subjektiver Seite des Angeklagten bei einem Geständnis tatsächlich geschieht, erscheint höchst unklar und keinesfalls abschließend bestimmbar. Es bleibt stets ungewiss, ob gerade bei dem geständigen Angeklagten nicht nur eine bloße Hinnahme, sondern wirkliche Akzeptanz des Urteils erreicht werden kann. Auch die Auswirkungen auf die Resozialisierung des einzelnen Täters sind höchst unklar. Es mag vielleicht sein, dass etwa auch bei der Abgabe eines verständigungsgenerierten Geständnisses so etwas wie Reue und Einsicht vorherrschen könnte.⁶¹⁷ Letztlich kann aber – wenn überhaupt – kaum festgestellt werden, ob die vom Täter geäußerte Motivation von diesem auch als zutreffend empfunden wird und darüber hinaus auch noch ernst gemeint ist,⁶¹⁸ insbesondere beim prozesstaktischen Geständnis. Während die objektive Folgenseite eines Geständnisses einigermaßen sicher bestimmbar scheint, bewegt sich die subjektive Seite im Bereich des Unwägbaren und kann daher für eine Beurteilung nicht herangezogen werden.

Dem Geständnis kommt im Vergleich zum sonstigen rechtlich motivierten (verfahrensabkürzenden) Verhalten eine besondere Stellung zu. Denn der geständige Angeklagte übernimmt regelmäßig in besonderer Weise die Verantwortung für sein Handeln; er bekennt sich letzten Endes – jedenfalls zumindest gegenüber der Allgemeinheit, dazu sogleich – zu der durch seine Tat verletzten Norm und den durch sie transportierten Werten.⁶¹⁹ Anders als beim bloß verfahrensabkürzenden Verhalten geht es daher um mehr als bloße Ressourcenschonung, auch wenn diese einen wesentlichen Teil auch des Geständnisses ausmacht.⁶²⁰

⁶¹⁶ Siehe E.I.2.c)bb).

⁶¹⁷ Vgl. BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195, 209.

⁶¹⁸ Vgl. BGH v. 28.08.1997 – 4 StR 240/97 = BGHSt 43, S. 195, 209.

⁶¹⁹ Siehe hierzu bereits *Frisch*, ZStW 1987, S. 781: „Ähnlich liegt es beim Geständnis: Soweit dieses Schuldeinsicht (jetzt!) dokumentiert, trägt der Gedanke der Übernahme der Verantwortung, der ja gedanklich die Anerkennung der Norm voraussetzt und damit den Geltungsschaden der Norm zu reduzieren geeignet ist.“

Die mit dem Geständnis einhergehende Übernahme persönlicher Verantwortung findet sich beispielsweise auch bei *Rieß*, FS Richter II 2006, S. 444. Dort findet sich ebenfalls, dass durch ein Geständnis „die normstabilisierende Wirkung des Strafrechts im Sinne einer Integrationsprävention verdeutlicht und damit das Strafbedürfnis gemindert wird.“

⁶²⁰ *Rieß*, FS Richter II 2006, S. 443 etwa steht dem Geständnis zwar insgesamt kritisch gegenüber, sagt aber weiterhin, man sollte „ehrlicher Weise freilich anerkennen, dass die Rechtspraxis mit der Strafmilderung bei einem

Der geständige Täter übernimmt für sein Handeln in besonderer Weise selbst dann die Verantwortung, wenn er sich auf den Standpunkt stellt, dass sein Handeln – obwohl wider die Rechtsordnung gerichtet – von ihm subjektiv als richtig empfunden wurde und somit seiner Ansicht nach tatsächlich „richtig“ war. Denn sein Handeln ist von der Übernahme von Verantwortung geprägt; von Verantwortungsbewusstsein gegenüber seines gegen die geltende Rechtsordnung gerichteten Handelns. Dies ist nun nicht so zu verstehen, dass er die Verantwortung auch für die Konsequenzen seines Handelns übernehmen muss. Es genügt, wenn er die Verantwortung für die vorgenommenen Handlungen übernimmt, die letztlich gegen die Rechtsordnung verstießen und bestimmte Konsequenzen zur Folge hatten.⁶²¹

Diese Übernahme von Verantwortung durch das Geständnis mündet in einen wesentlichen Beitrag zur Wiederherstellung der Rechtsordnung und zum Erweisen der Maßgeblichkeit der Norm, was regelmäßig durch die geständnisbedingte Verfahrensverkürzung ferner insbesondere mit einer Schonung der Justizressourcen einhergeht und als positive Leistung honoriert werden kann.⁶²² Ein solcher Beitrag kann auch durch ein rein taktisch motiviertes Geständnis bewirkt werden. Es kann bei der Frage des Ob's der Honorierung eines Geständnisses nicht auf eine irgendwie geartete dahinterstehende Motivation ankommen. Auch in Anbetracht der festen Etablierung des Geständnisses in der Rechtswirklichkeit sowie dessen strafmildernder Wirkung scheint die tatsächliche Motivation des geständigen Täters nicht der ausschlaggebende Punkt für eine etwaige Honorierung zu sein. Vielmehr setzt der geständige Täter durch sein Geständnis ein Gegengewicht zu der in der Tat offenbarten fehlenden rechtlichen Motivation, was eine geringere Strafe notwendig werden lässt, um der Tat aus positiv-generalpräventiver Sicht wirksam entgegenzutreten. Durch die Verhängung auch einer mildernden Strafe dem geständigen Täter gegenüber wird das Ordnungsvertrauen der Allgemeinheit in ausreichender Weise stabilisiert, der Rechtsfrieden durch die Bestrafung wiederhergestellt und die Rechtsordnung aufrecht erhalten.

Aus positiv-generalpräventiver Sicht weist das nicht-verständigungsgenerierte Geständnis zudem im Vergleich zum bloßen verfahrensabkürzenden Verhalten weitere Nebeneffekte auf. Denn die Übernahme von Verantwortung durch das Geständnis fördert in besonderem Maße die Aufrechterhaltung des Ordnungsvertrauens, die Normakzeptanz, die Norminternalisierung, die Normorientierung sowie die Bereitschaft zum normgetreuen Verhalten der Allgemeinheit und verstärkt den Vertrauens- und Befriedigungseffekt. Auch wird die Unverbrüchlichkeit der

Geständnis – und bei vergleichbaren Sachverhalten – auch, wenn nicht vorrangig, Verfahrensvereinfachung und Aufwandsreduktion prämiert, dass man sich trotz (nicht nur) dogmatischer Bedenken hiermit abfindet (...).“

⁶²¹ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S. 91 führte bereits aus, dass es hinsichtlich der Vergewisserung der Allgemeinheit in Bezug zur Geltung der Norm nicht konstitutiv sei, dass der Täter an der Vergewisserung der weiteren Geltung der Norm in seiner Innensicht teilnehme, gleichsam wenn er selbst dissentiere oder auch verstorben sei.

⁶²² Der vorgebrachte Ansatz scheint etwa in Einklang zu den Ausführungen bei *Cramer*, FS Rebmann 1989, S. 148 zu stehen, welcher in dem glaubhaften und nachvollziehbarem Geständnis zur Überzeugung des Gerichts eine strafmildernde Wirkung nicht nur in dem Umstand erkennen will, dass – unabhängig von den Beweggründen des Angeklagten – durch das Geständnis eine Arbeitserleichterung bewirkt wird; vielmehr sei das Geständnis in jedem Falle als eine strafmildernd honorierungsfähige sittliche Leistung anzusehen, die darin bestünde, gegenüber dem Gericht, der Rechtsgemeinschaft wie auch sich selbst gegenüber einzugestehen, dass er eine Strafe begangen habe.

Rechtsordnung wie auch die Fähigkeit des Staates erwiesen, seine Bürger zu schützen und das Recht gegen das Unrecht zu behaupten.

Gleiches gilt auch für das verständigungsgenerierte Geständnis.

Soweit hinsichtlich des verständigungsgenerierten Geständnisses beispielsweise vorgebracht wird, dass die Unterwerfung unter die Norm und das darauf beruhende Strafurteil nur dann einen zusätzlichen Normbegründungseffekt verkörpern könne, der eine Milderung der Strafe gestatte, wenn sie unbedingt erfolge, während eine Aushandlung dieser Unterwerfung nur die Stärke der staatlichen Zwangsgewalt, nicht aber die Unverbrüchlichkeit des Rechts beglaubige und deshalb keine Strafmilderung legitimiere,⁶²³ so ist dem nicht zuzustimmen. Denn auch das nicht-verständigungsgenerierte Geständnis erfolgt in aller Regel nicht unbedingt, da dieses unbewusst täterseitig stets mit der Vorstellung verknüpft ist, dass mit diesem eine Strafmilderung einhergehe. Insofern müsste in Konsequenz auch das normale Geständnis seinen Normbegründungseffekt abgesprochen bekommen und als nicht zulässig eingeordnet werden. Gleiches gilt auch für alle Handlungen, die im Rahmen eines Strafprozesses nicht gänzlich unbedingt vorgenommen würden. Was dann an tauglichen Handlungen verbliebe, wäre wohl nicht mehr viel, da jedem menschlichen Handeln in aller Regel implizite Bedingungen innewohnen. Unbedingtes menschliches Handeln ist eine seltene Ausnahme. Auch dass die Aushandlung nur die „Unterwerfung“ unter die Stärke der staatlichen Zwangsgewalt bedeute, nicht aber die Unverbrüchlichkeit des Rechts beglaubige, geht fehl, da echte Unterwerfung für den Täter nicht die Möglichkeit der Übernahme der Verantwortung für die Tat bietet, die normierte Verständigung jedoch sehr wohl.

Ferner könnte man auch die Berücksichtigung des verständigungsgenerierten Geständnisses beispielsweise als prinzipiell kritisch ansehen, weil der Richter im Voraus einer Verständigung erkennen solle, ob das in Aussicht gestellte Geständnis tatsächlich einen Wert habe und wie groß dieser sei; jedoch sei es zu jenem frühen Zeitpunkt mit der Prognosegewissheit schwierig.⁶²⁴ Die Berücksichtigung des verständigungsgenerierten Geständnisses aufgrund von Prognoseungewissheit ist jedoch keineswegs als kritisch einzustufen. Der Umstand, dass Prognosegewissheit zu jenem Zeitpunkt der Einschätzung noch nicht gegeben ist, ist aufgrund der Regelung des § 257 c Abs. 4 StPO als unschädlich zu beurteilen, nach welcher die Bindungswirkung hinsichtlich des in Aussicht gestellten Strafrahmens unter anderem entfällt, wenn dieser nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Etwaigen Unsicherheiten der Prognose wird auch dadurch ausreichend Rechnung getragen, dass sich die Prognose des Richters hinsichtlich der Folgen des in Aussicht gestellten Geständnisses in einem Rahmen und nicht in einem starren Ergebnis widerspiegelt.

Soweit gegen eine Strafmilderung infolge von Verständigung vorgebracht wird, dass durch die mildere Strafe infolge der Abgabe eines verfahrensabkürzenden Geständnisses dem potentiellen

⁶²³ Schönemann, FS Baumann 1992, S. 379, 380.

⁶²⁴ Vgl. Niemöller, StV 1990, S. 37.

Täter bereits vor Tatbegehung vor Augen geführt werde, dass die Strafzumessung als letzte Stufe der Normdurchsetzung beeinflussbar sei und so die Ernsthaftigkeit der Norm und die Achtung der Bevölkerung eigentlich nur untergraben werden können,⁶²⁵ so kann dem nicht gefolgt werden. Denn unabhängig von der Möglichkeit der Verständigung ist einem Täter auch im Vorfeld der Begehung der Tat bewusst, dass er selbst durch ein „normales“ Geständnis oder etwa durch das Zeigen von Reue und Einsicht ebenfalls die Strafzumessung erheblich beeinflussen kann. Die Verständigungsmöglichkeit mag zwar eine weitere Möglichkeit der Beeinflussung der Strafzumessung darstellen, doch einem potentiellen Täter und auch der Allgemeinheit ist hinlänglich bekannt, dass die grundsätzliche Beeinflussbarkeit der Ergebnisse der Strafzumessung gegeben ist. Die Ernsthaftigkeit der Norm und die Achtung der Bevölkerung können also eigentlich durch das verständigungsgenerierte Geständnis wohl nicht mehr untergraben werden, als sie es ohnehin durch die längst etablierten Möglichkeiten der Beeinflussung schon sind.

Eines näheren Blicks lohnt schließlich noch die Möglichkeit der Abgabe falscher Geständnisse. Festzuhalten ist zunächst, dass es von diesen viel mehr gibt, als man gemeinhin annimmt.⁶²⁶ Es ist zu vermuten, dass durch die Möglichkeit der Verständigung die Abgabe eben solcher falscher Geständnisse noch verstärkt wurde, da für manchen Angeklagten die Beeinflussbarkeit des Ergebnisses sicherlich vorzugswürdiger erscheinen mag als ein gänzlich unvorhersehbares Verfahrensergebnis.⁶²⁷ Auf die allgemeinen Gründe für die Abgabe falscher Geständnisse soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.⁶²⁸

Selbst wenn sich durch die Einführung der Verständigung die Zahl der Abgabe falscher Geständnisse erhöht haben sollte, so hält § 257 c Abs. 1 S. 2 StPO mit der Aufrechterhaltung der gerichtlichen Aufklärungspflicht zumindest in der Theorie ein Mittel bereit, mit dem die Praxis einer erhöhten Abgabe falscher Geständnisse Herr werden können sollte. Denn das Bestehen der Aufklärungspflicht führt etwa dazu, dass das Gericht sich mit jenen Beweisen auseinanderzusetzen hat, denen die Eignung zugesprochen werden muss, die Tathypothese oder das bisherige Beweisergebnis zu erschüttern.⁶²⁹ Die Konzeption der Verständigung führt insofern nicht notwendig dazu, dass mit einer erhöhten Zahl des Gelingens der Abgabe eines falschen Geständnisses zu rechnen wäre. Dass hierfür die vollständige Umsetzung der Aufklärungspflicht in der Praxis notwendig ist, versteht sich gerade in Anbetracht der Verlockungen auch eines falschen Geständnisses von selbst. Insbesondere wenn eine mangelnde Umsetzung der

⁶²⁵ *Schünemann*, FS Baumann 1992, S. 380.

⁶²⁶ v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 32; siehe in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen bei *Volbert*, FS Eisenberg 2009, S. 207, 208.

⁶²⁷ Vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 14, m.w.N.

Siehe auch *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 1.13, m.w.N.: „Tatsächlich entsteht durch die Alternativen von Verständigung und streitigem Verfahren stets auch erheblicher *Druck* auf den Angeklagten, welcher die erhöhte Gefahr von Falschgeständnissen und Fehlentscheidungen begründet.“; *König*, StraFo 2006, S. 171.

⁶²⁸ Siehe hierzu etwa *Walters*, Principles of Kinesic Interview and Interrogation 2003, S. 290 ff.; *Zulawski/Wicklander*, Practical Aspects of Interview and Interrogation 2002, S. 74 ff.

⁶²⁹ Siehe E.I.2.b).

Aufklärungspflicht in der Praxis offen bekannt wäre – was spätestens mit dem jüngsten Urteil des Bundesverfassungsgerichts⁶³⁰ der Fall sein dürfte –, könnte ansonsten mitunter eine erhöhte Abgabe und auch das Durchdringen mit einem falschen Geständnis zu befürchten sein. Dies wäre wiederum hinsichtlich der positiv-generalpräventiven Effekte als auch hinsichtlich der Wahrung des Rechts als äußerst kritisch anzusehen, gerade wenn dieses an die Öffentlichkeit gelangt. Es bleibt zu hoffen, dass eine vollständige Umsetzung der Aufklärungspflicht zumindest für die Zukunft erwartet werden darf.

Auch eine zumindest gering erhöhte Zahl falscher Geständnisse infolge der Existenz und Wahrnehmung der Verständigungsmöglichkeit scheint jedenfalls keinerlei besorgniserregenden Effekt hinsichtlich der Allgemeinheit aufzuweisen. Schließlich kommt die tatsächliche Falschheit eines (bewusst) abgegebenen und erfolgreichen falschen Geständnisses in den wenigsten Fällen ans Licht, und wenn doch, so sind die positiv-generalpräventiven Effekte hiervon kaum abschätzbar.

Abschließend ist festzuhalten, dass sich die Honorierungsfähigkeit des Geständnisses aus dem Umstand ergibt, dass infolge der Abgabe eines Geständnisses eine geringere Strafe notwendig ist, um der Tat aus positiv-generalpräventiver Sicht wirksam entgegenzutreten. Zugleich ist mit dem Geständnis regelmäßig eine Schonung der justizseitigen Ressourcen verbunden. Das Geständnis scheint im Vergleich zu sonstigem verfahrensabkürzenden Verhalten der positiven Generalprävention besonders zuträglich zu sein. Überdies kommt dem Geständnis im Vergleich zum sonstigen verfahrensabkürzenden Verhalten eine besondere Stellung zu. Positiv-generalpräventives Konfliktpotential scheint hinsichtlich der Honorierung auch verständigungsgenerierter Geständnisse nicht ersichtlich.

bb) Die Honorierung verständigungsgenerierten bloßen Prozessverhaltens abseits eines Geständnisses

Die gewählte Art der Formulierung des § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO („soll“) zeigt, dass es sich bei einem Geständnis nicht um eine zwingende Voraussetzung für eine Verständigung handelt.⁶³¹ Denkbar ist somit eine Verständigung auch in Form von bloßem sonstigem Prozessverhalten des Angeklagten abseits eines Geständnisses, etwa weil er die Sachaufklärung unterstützt⁶³² oder Verteidigungsmaßnahmen unterlässt.⁶³³

⁶³⁰ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.

⁶³¹ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 25; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 2, 16; *Moldenbauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 22; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 39; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 22.

⁶³² Vgl. *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 25; *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 16.

⁶³³ *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 20, m.w.N.; vgl. *Moldenbauer/Wenske*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, § 257 c, Rn. 22, m.w.A.

Der heutigen Praxis scheint eine Verständigung ohne jegliches Geständnis jedoch nicht zu entsprechen.⁶³⁴ Doch auch wenn es (jedenfalls aktuell) nicht der Praxis zu entsprechen scheint, sich ohne jegliches Geständnis zu verständigen, bedarf es dennoch einer näheren Betrachtung dieser vom Gesetzgeber eingeräumten Möglichkeit.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, wie der Umstand, dass zulässiges Verteidigungsverhalten grundsätzlich nicht strafschärfend berücksichtigt werden darf,⁶³⁵ zur Verständigung über das Prozessverhalten des Angeklagten steht. Denn ob der Angeklagte nun vom gesamten Arsenal ihm zustehenden Verteidigungsverhaltens legitimer Weise Gebrauch macht, oder ob er darauf verzichtet, darf nicht zu seinen Lasten gereichen. Wenn nun aber eine Verständigung über das Prozessverhalten des Angeklagten generell zu einer Strafmilderung führen kann, so scheint der Grundsatz, dass zulässiges Verteidigungsverhalten nicht strafschärfend berücksichtigt werden darf, jedenfalls auf den ersten Blick unterminiert: Von der Warte der Verständigung aus gesehen scheint im Falle der Nichtvornahme der Verständigung die Strafe „schärfer“ auszufallen.⁶³⁶

Es wäre aber rechtsfehlerhaft, wenn das Fehlen gewisser Verhaltensweisen strafschärfend berücksichtigt würde, wenn denn nicht gerade dergleichen auf eine rechtsfeindliche Gesinnung schließen lässt.⁶³⁷ Das Fehlen von Verständigungsverhalten oder der Zustimmung des Angeklagten zur Verständigung lässt aber keinen Schluss auf eine etwaige rechtsfeindliche Gesinnung zu. Dem Angeklagten soll die Möglichkeit der Wahl auch in der Verständigungsfrage verbleiben, wie § 257 c Abs. 3 S. 4 StPO zeigt, wonach die Verständigung nur zustande kommt, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen. Nur weil eine Strafe nicht milder ausfällt, weil auf die Möglichkeit der Verständigung und die damit verbundene mildere Strafe verzichtet wurde, bedeutet dies noch nicht, dass sie wegen der Ausschöpfung der ihm zustehenden Möglichkeiten tatsächlich schärfer ausfällt. Die Strafe fällt letztlich „normal“ aus, da das Nichterfolgen einer Verständigung nicht strafschärfend, mangels Existenz einer Verständigung eine solche aber auch nicht strafmildernd herangezogen werden kann.⁶³⁸

Auch wird dem Angeklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden können, wenn er von seinen Rechten vollumfänglichen Gebrauch macht. Es wäre dem Angeklagten ansonsten nicht möglich,

⁶³⁴ Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 20, m.w.N.

Nach *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 50 a sei das Geständnis gerade die wesentliche, in der Praxis durchweg zwingende Gegenleistung der Strafverfolgungsbehörden bei Absprachen.

Aufgrund des Begriffs davon ausgehend, dass bis auf wenige atypische Ausnahmefälle ein Geständnis als Voraussetzung für eine Verständigung zu fordern sei, *Jahn/Müller*, NJW 2009, S. 2628.

⁶³⁵ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 53, m.w.N.; v. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK StGB 07-2013, § 46, Rn. 59.

⁶³⁶ Siehe zu diesem Komplex schon *Weigend*, JZ 1990, S. 780: „(...) Doch ist dies [die Strafmilderung] nur ein Einstiegsbonus, der verschwindet, sobald eine Absprachepraxis etabliert ist. Dann wird nämlich die ausgehandelte Strafe zu der (offenbar zur Befriedigung der Strafbedürfnisse ausreichenden) Normalstrafe, und der bisherige Rabatt für kooperierende Täter wird zum Strafzuschlag für diejenigen Beschuldigten, die auf die Durchführung eines regulären Verfahrens bestehen.“

⁶³⁷ *Fischer*, StGB 2013, § 46, Rn. 50 a, 51; vgl. BGH v. 09.06.1983 – 4 StR 257/83 = NStZ 1983, S. 453, m.w.N.

⁶³⁸ Siehe hierzu auch *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 100: „Das bedeutet jedoch nicht, dass der erstere wegen seiner Kooperationsverweigerung strenger bestraft würde; ihm fehlt bloß ein Strafmilderungsgrund, den der kooperierende hat.“

sich ohne Angst vor einer Verschärfung der Strafe angemessen zu verteidigen. Blicke dem Angeklagten kein Raum für generell zulässiges Verteidigungsverhalten, so wäre ein solcher Prozess ein gutes Beispiel für ein negativ-generalpräventiv wirkendes Verfahren, nicht jedoch eine begrüßenswerte positiv-generalpräventive Verfahrensausgestaltung.

An anderer Stelle wurde sich bereits damit auseinandergesetzt, ob und wie das Nachtatverhalten des Angeklagten und damit auch das Verhalten im Prozess grundsätzlich berücksichtigt werden kann.⁶³⁹ An dieser Stelle bleibt daher nunmehr noch zu klären, ob die zuvor festgestellte Möglichkeit der Berücksichtigung von Nachtatverhalten aus positiv-generalpräventiver Sicht auch für den Fall gelten kann, dass es um verständigungsgeneriertes bloßes Prozessverhalten abseits jeglichen Geständnisses geht:

Bleibt ein Geständnis aus, und nur sonstiges prozessuales Verhalten wird zum Gegenstand der Verständigung erklärt, dann stellt sich die Frage nach der tatsächlichen Existenz einer im Verfahren erbrachten Leistung und des ihr zuzumessenden Wertes infolge von Verständigung. So muss sich bei der Frage der tatsächlich infolge von Verständigung erbrachten Leistung seitens des Angeklagten etwa gefragt werden, ob nicht im Rahmen von Verhandlungen stets davon ausgegangen werden muss, dass für ein entsprechendes Verhandlungsgewicht auf die Geltendmachung eines „Mehr“ an prozessualen Rechten angeblich verzichtet werden würde, auch wenn dieses „Mehr“ in einem tatsächlich stattfindenden (regulären) Verfahrensablauf ohne Verständigung mitunter womöglich gar nicht Gebrauch gefunden hätte.⁶⁴⁰ Beispielhaft sei hierfür etwa die Möglichkeit des Verzichts darauf zu nennen, das Gericht wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen. Es besteht die Gefahr der wesentlichen Berücksichtigung eines taktischen Spiels der angeblichen Nichtgeltendmachung von etwas, das man ohnehin niemals wirklich hatte gebrauchen wollen; ein Bluff, der sich strafmildernd auswirkt, wenn er nur wohlgekonnt inszeniert wurde.

Selbst wenn die Frage nach der tatsächlichen Vornahme der Handlung dahinstünde, wie wollte man die „Verzichtsleistung“ und die infolgedessen geschonten Ressourcen überhaupt bemessen? Aufgrund der Verständigungssituation müsste sich zur Bemessung der Leistung stets gefragt werden, inwiefern in einem regulären Verfahrensgang von den prozessualen Rechten tatsächlich Gebrauch gemacht worden wäre. Es wäre auch zu fragen, ob diese im weiteren verständigungsbedingten Verfahrensverlauf aus „niedrigen Beweggründen“ Gebrauch finden, da man ihre Geltendmachung angeblich vor hatte.

Einen Maßstab bei einem üblichen zu erwartenden Verfahrenfortgang zu suchen, erscheint im Fall der Verständigung von vorneherein nicht möglich, weil das Verfahren fort dauert und keinen wesentlichen Einschnitt erfährt. Das Verfahren ist aufgrund (des Versuchs) der Verständigung hinsichtlich des erwartbaren Verhaltens kein typisches Verfahren mehr, an dem es gemessen werden könnte. Es ist dadurch, dass der weitere Fortgang in Hinblick auf das Verhalten der

⁶³⁹ Siehe E.I.2.c)bb).

⁶⁴⁰ Ähnlich BT-Drs. 16/12310, S. 18.

Beteiligten zum Gegenstand (des Versuchs) der Verständigung gemacht wurde, in alle erdenklichen Richtungen strapazierbar. Und die Richtung wird insbesondere vom Verhandlungsgeschick Einzelner bestimmt. Eine objektive Bemessung kann an einem solchen subjektiv geprägten Gegenstand nicht mehr vorgenommen werden, ohne dass der Ausgang des „Rechts“ letztlich den Beteiligten in die Hände gelegt und das Ergebnis willkürlich anmuten würde. Es wäre ein Spiel mit bloßen Hypothesen, wobei denkbar und legitim künftigen auch nur angedachten Handlungen im Falle der Nichtvornahme eine erhebliche Strafmilderung innewohnen würde. Eine abstrakte Bestimmung davon, wie „ausgeschlossen“, „wahrscheinlich“ oder etwa „sehr wahrscheinlich“ ein gewisses Verhalten aufgetreten wäre, oder wie sehr diese Wahrscheinlichkeiten durch den Ausgang der Verständigung tatsächlich beeinflusst wurden, ist nicht möglich.

Eine Verständigung hinsichtlich des verständigungsgenerierten bloßen Prozessverhaltens abseits des Geständnisses raubt dem Verfahren die Möglichkeit, nach einem natürlichen Verfahrensfortgang und der hierdurch regelmäßig eingesparten Justizressourcen bemessen zu werden, weil das Verfahren durch die Verständigung zu einem höchst atypischen Verfahren geworden ist, zum „Spielball“ der Beteiligten. Ein atypisches Verfahren, das mitunter zu einem deutlichen Mehr an aufzuwendenden Justizressourcen führen kann, wenn sich etwa infolge des Versuchs der Verständigung der Angeklagte dazu entschließt, jede ihm legitim zustehende Verteidigungsmöglichkeit zu gebrauchen.

Im Falle der (versuchten) Verständigung bleibt letztlich immer die offene Frage, ob der von Täter geleistete Beitrag in Form von Prozessverhalten abseits des Geständnisses eine tatsächliche Leistung oder nicht eher der „schöne Schein“ einer wirklichen Leistung ist. Will man richtigerweise die Schuld des Täters an der positiven Generalprävention festmachen,⁶⁴¹ dann kann – auch bloß vermeintlich – „schöner Schein“ einer Leistung niemals ausreichen, positiv-generalpräventiv eine geringere Strafe für die bei der Tat bestehende fehlende rechtliche Motivation ausreichen zu lassen. Was es für eine Beeinflussung der positiv-generalpräventiv geprägten Schuld braucht, ist eine Leistung, die von der Allgemeinheit auch als wirkliche Leistung akzeptiert werden kann; nicht aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit zugunsten einer echten Leistung, die dem Angeklagten im Zweifel zugesprochen wird und bei der stets die Unsicherheit der Existenz einer echten Leistung auf Seiten der Allgemeinheit bleibt.

Das Geständnis stellt für die Allgemeinheit – anders als bloßes vermeintlich ressourcenschonendes Prozessverhalten – eine als wirklich zu begreifende objektive Leistung dar, die als solche regelmäßig in echter Ressourcenschonung mündet und der aufgrund der objektiven Übernahme von Verantwortung eine besondere Stellung zuzusprechen ist.⁶⁴² Neben einem Geständnis sind gewisse Prozessverhaltensweisen allerdings auch als wirkliche Leistung begreifbar, so etwa dann, wenn durch diese das Tatopfer wirklich geschont werden kann, wie infolge der Zustimmung zur Verwertung bestimmter Beweisergebnisse. Bloßes

⁶⁴¹ Siehe D.I.2.

⁶⁴² Siehe E.I.2.d)aa).

verständigungsgeneriertes Prozessverhalten abseits jeglichen Geständnisses ist, wie aufgezeigt, immer dem Bereich des Unwägbaren und des Unsicheren verhaftet und kann die positiv-generalpräventiv zu bestimmende Schuld des Täters nicht beeinflussen. Treten zu einem Geständnis weitere verständigungsgenerierte Prozessverhaltensleistungen des Angeklagten hinzu, dann können solche den Wert der Leistung des geständigen Täters weiter erhöhen und positiv-generalpräventiv eine geringere Strafe für die bei der Tat bestehende fehlende rechtliche Motivation ausreichen lassen.

Festzuhalten bleibt damit, dass eine bloßen Berücksichtigung verständigungsgenerierten Prozessverhaltens abseits eines Geständnisses oder zumindest ohne Verbindung zu einem Geständnis nicht in Betracht kommt.

e) § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO und die nicht tauglichen Gegenstände der Verständigung

Gemäß § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO ist es nicht gestattet, den Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung zum Gegenstand der Verständigung zu machen. Hintergrund dieser Regelung ist, dass klargestellt werden sollte, dass der Geltungsgrund des Urteils nicht im Willen der Parteien liege, sondern in jedem Fall das materielle Gesetz ausschlaggebend sei.⁶⁴³

An sich scheint der Umstand, dass weitere Punkte aus den tauglichen Gegenständen des Verständigungsprozesses ausgenommen werden, auf den ersten Blick nicht sonderlich relevant für die Frage der Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention. Von der Gesetzeskonzeption her ist § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO aus positiv-generalpräventiver Sicht als unproblematisch anzusehen.

Tatsächlich bietet § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO einige Probleme sowohl hinsichtlich der für die Verständigung nicht tauglichen Punkte des Schuldspruchs wie auch für die Maßregeln der Besserung und Sicherung, wenn man an dieser Stelle einen Blick auf die Handhabung in der Praxis wirft. Ein solcher bietet sich an dieser Stelle an, da es in der Praxis augenscheinlich nicht selten vorzukommen scheint, dass sich über die zulässigen Gegenstände der Verständigung einfach hinweggesetzt wird.⁶⁴⁴

Man könnte denken, in Bezug auf den Schuldspruch habe das Gericht keinen eigenen Entscheidungsspielraum, weil der Schuldspruch nur vom Vorliegen gewisser gesetzlicher Voraussetzungen abhängig sei. Dies ist zwar insoweit folgerichtig, doch gerade die Verständigung im Strafverfahren bietet an dieser Stelle die Möglichkeit der Umgehung des Verbots: So kann

⁶⁴³ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 11.

⁶⁴⁴ *Schmitt*, StraFo 2012, S. 387.

durch Verständigung über den zu gestehenden Sachverhalt – wie der Anzahl von Einzeltaten, der Schadenshöhe, Bewaffnung, Beteiligungsformen etc. – letzten Endes auf leichtem Wege auch der Schuldspruch anders ausfallen, als er eigentlich müsste.⁶⁴⁵

Der Gesetzgeber wollte durch das Verbot der Verständigung über den Schuldspruch aber noch einmal klarstellen, dass eine unbedingte Bindung an das materielle Strafgesetz besteht.⁶⁴⁶ Nur weil der Sachverhalt aber nicht Gegenstand der Verständigung sein darf,⁶⁴⁷ kann hieraus nicht darauf geschlossen werden, dass er es etwa im Falle der Verletzung der Aufklärungspflicht nicht vielleicht doch ist.

Auch um die Maßregeln der Besserung und Sicherung ist es nicht besser bestellt. Zwar heißt es in der Gesetzesbegründung, dass eben diese bei Vorliegen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen grundsätzlich keinen Entscheidungsspielraum des Gerichts bei der Strafzumessung eröffnen.⁶⁴⁸ Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Beeinflussbarkeit von vorneherein vollkommen ausgeschlossen wäre. Etwa in den Fällen, wo gerichtsseitig eine Würdigung vorzunehmen ist – wie etwa hinsichtlich der Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 Abs. 1 StGB –⁶⁴⁹, kann ein gewisser gerichtsseitiger Spielraum aufgetan werden, bei dem ein Missbrauch durch die Praxis nicht ausgeschlossen scheint.

Festzuhalten ist letztlich aber, dass § 257 c Abs. 2 S. 3 StPO kein eigenes Konfliktpotential in Anbetracht seiner Konzeption in Bezug auf die positive Generalprävention aufweist, sondern erst in der Handhabung durch die Praxis problematisch wird.

f) § 257 c Abs. 3 S. 1 StPO und die gerichtsseitige Bekanntgabe des möglichen Verständigungsinhalts

Gemäß § 257 c Abs. 3 S. 1 StPO gibt das Gericht bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte.

Dies setzt allerdings nicht voraus, dass das Verständigungsgespräch auch gerichtsseitig eingeleitet werden muss, sondern bedeutet, dass dem Gericht das Initiativrecht zur Abgabe eines Strafmaßangebots zusteht.⁶⁵⁰ Es erscheint sogar sinnvoll, dass eine Anregung zur Verständigung

⁶⁴⁵ *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 11, m.w.N.; *Fischer*, StraFo 2009, S. 181; v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 26.; vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 29.

⁶⁴⁶ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 11.

⁶⁴⁷ *Meyer-Goßner*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 9; *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 79, m.w.N.; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 11.

⁶⁴⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁴⁹ *Athing*, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 69, Rn. 50.

⁶⁵⁰ *Ambos/Ziehm*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 30; *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 47.

gar nicht vom Gericht, sondern vom Angeklagten vorgebracht wird, damit nicht der Anschein der Ausübung unzulässigen Drucks auf den Angeklagten erweckt wird.⁶⁵¹

Betrachtet man diese Regelung näher, so ist weder gegen das Initiativrecht des Gerichts, noch gegen die Möglichkeit des Angeklagten, einen Verständigungsprozess anzuregen, in Hinblick auf die positive Generalprävention etwas einzuwenden.

Zum einen darf davon ausgegangen werden, dass auf Seiten des Angeklagten regelmäßig – selbst wenn nur beim Verteidiger des Angeklagten – Kenntnis von der Möglichkeit der Anregung einer Verständigung und daher von einem hinreichenden Bewusstsein über die tatsächlich gegebenen Möglichkeiten besteht und zum anderen darf davon ausgegangen werden, dass von diesen auch Gebrauch gemacht wird.

In Anbetracht des in der Tat möglichen Anscheins der Ausübung gerichtsseitigen Drucks auf den Angeklagten, sich in einen Verständigungsprozess hineinzubegeben, erscheint ein Anregen einer möglichen Verständigung durch den Angeklagten sogar wünschenswert. Zudem wird durch eine Anregung durch den Angeklagten das Gericht vom (potentiellen) Generalverdacht enthoben, bereits aus eigenen Interessen stets die schnellstmögliche Beendigung anzustreben. Einer Anregung muss das Gericht – wie ja schon § 257 c Abs. 1 S. 1 StPO deutlich zeigt – nicht folgen, so dass hierdurch auch hinreichender Schutz dahingehend besteht, dass nicht verständigungsgerechte Fälle durch die Anregung des Angeklagten letztlich in einer Verständigung münden könnten.

In Hinblick auf § 257 c Abs. 3 S. 1 StPO kann keinerlei positiv-generalpräventives Konfliktpotential aufgetan werden. Die gerichtsseitige Bekanntgabe des denkbaren Inhalts einer Verständigung macht auch zur Unterstreichung des Umstands Sinn, dass das Recht nicht einfach „in die Hände“ der Verfahrensbeteiligten – insbesondere jene des Angeklagten – gelegt wird, sondern das Recht und die Auffindung von diesem insbesondere gerichtsseitig verankert ist.

g) § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO und die Möglichkeit der Setzung einer Strafober- und Untergrenze

Gemäß § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO kann das Gericht unter freier Würdigung aller Umstände des Falls sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der

⁶⁵¹ *Ambos/Ziehm*, in: *Radtke/Hohmann StPO 2011*, § 257 c, Rn. 30.

Moldenhauer/Wenske, in: *Karlsruher Kommentar StPO 2013*, § 257 c, Rn. 9 führt zudem aus: „Systemkonformer, angemessener und eher der Tradition des reformierten Strafprozesses verhaftet erscheint es freilich, Verständigungsanregungen im vorgenannten Sinne (Rn. 8) von der Staatsanwaltschaft oder der Verteidigung abzuwarten.“

Strafe angeben. Der infolge der Verständigung prognostizierte Strafraum ist hierbei enger als der gesetzlich vorgeschriebene Strafraum.⁶⁵²

Die Norm hat zum Hintergrund, dass der Angeklagte durch die Zusicherung eines eingegrenzten Strafraums „weiß, worauf er sich einlässt“.⁶⁵³ Für den Angeklagten soll durch die Mitteilung einer Strafober- und Untergrenze durch das Gericht dessen gegenwärtige Strafeinschätzung vor Augen geführt werden, welche für die Entscheidung des Für und Wider der Verständigung auf Seiten des Angeklagten von großer Bedeutung ist.⁶⁵⁴

Das Erfordernis des Setzens auch einer Untergrenze hat seinen Grund vermutlich in der vorherigen gängigen Praxis – der Verhängung einer Strafobergrenze als faktisch konkrete, letztlich auch eintretende Strafe –, mit der verhindert werden sollte, dass die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel einlegt.⁶⁵⁵

Eine Konsequenz der Ausrichtung an den allgemeinen Strafzumessungserwägungen ist auch, dass die Differenz der Sanktion zwischen verständigungsgenerierter Strafe und der Strafe infolge eines „normalen“ Verfahrensgangs nicht unangemessen groß sein darf (sog. Sanktionsschere).⁶⁵⁶

Auch wenn die Formulierung der freien Würdigung aller Umstände des Falls sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen – auch in Anbetracht des Schweigens der Gesetzesbegründung hierüber – Zweifel dahingehend aufwirft, was die Konsequenz einer „freien Würdigung“ genau sein soll,⁶⁵⁷ so zeugt die gewählte Formulierung jedenfalls davon, dass eine Festsetzung aufgrund der zu erfolgenden Würdigung der Umstände des Einzelfalls nicht aus „heiterem Himmel“ erfolgt oder dem Richter gar vollkommen „freie Hand“ gelassen werden soll. Sie zeugt davon, dass es sich hierbei um eine Entscheidung in Ausrichtung der üblicherweise zu erfolgenden Strafzumessungserwägungen gemäß § 46 StGB handelt.

§ 257 c Abs. 3 S. 2 StPO gerät nicht in Konflikt mit der positiven Generalprävention. Es scheint eher sogar das Gegenteil der Fall zu sein, denn indem eindeutig der Bezug zu den Umständen des Einzelfalls und den allgemeinen Strafzumessungserwägungen hergestellt wird, zeugt § 257 c StPO auch insgesamt von der Anerkennung und der Wahrung der Normen und Werte des üblichen und etablierten Verfahrens. Selbst wenn ein verständigungsbedingter veränderter Strafraum auf

⁶⁵² Niemöller, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 11, 43.

Zum Ablauf der Findung des Verständigungsstrafrahmens siehe etwa Miebach, in: Münchener Kommentar StGB 2012, § 46, Rn. 211 ff.

⁶⁵³ Ambos/Ziehm, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 31, m.w.N.

⁶⁵⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁵⁵ Ambos/Ziehm, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, § 257 c, Rn. 31, m.w.N.; vgl. Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 49; Velten, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 21.

⁶⁵⁶ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 7; vgl. Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 19, 21; Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 50; v. Hentschel-Heinegg, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 39.

⁶⁵⁷ Vgl. Meyer-Goßner, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, § 257 c, Rn. 22; Stuckenberg, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 49, m.w.A.

den ersten Blick womöglich Zweifel diesbezüglich hervorrufen könnte, so ist die Anpassung des gesetzlichen Strafrahmens zwangsläufig eine notwendige Konsequenz einer Verständigungsabrede.

h) § 257 c Abs. 3 S. 3, 4 StPO und die Gelegenheit zur Stellungnahme sowie das Zustandekommen der Verständigung

Nach § 257 c Abs. 3 S. 3 StPO ist den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit der Stellungnahme zu gewähren. § 257 c Abs. 3 S. 4 StPO folgend kommt die Verständigung dann zustande, wenn der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen.

Die gewählten Formulierungen zeugen deutlich vom kommunikativen Charakter der Verständigung und deren Sinn und Zweck, ein einvernehmliches Ergebnis für das Verfahren zu erreichen. Konflikte hinsichtlich der positiven Generalprävention sind bei § 257 c Abs. 3 S. 3, 4 StPO nicht feststellbar.

i) § 257 c Abs. 4 StPO und die Möglichkeit des Entfallens der Bindungswirkung

Bei § 257 c Abs. 4 StPO, welcher sich insgesamt mit der Bindung des Gerichts an die Verständigung befasst, scheint eine gemeinschaftliche Betrachtung der einzelnen Sätze aufgrund der Gesamtkonzeption angebrachter als eine Unterteilung in mehrere Kleinabschnitte.

Nach § 257 c Abs. 4 S. 1 StPO entfällt die Bindung des Gerichts an eine Verständigung, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. § 257 c Abs. 4 S. 2 StPO sieht den Entfall der Bindungswirkung weiterhin für den Fall vor, wo das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. § 257 c Abs. 4 S. 3 StPO statuiert, dass in eben diesen beiden Fällen das Geständnis des Angeklagten nicht verwertet werden darf. Etwaige Abweichungen sind durch das Gericht gemäß § 257 c Abs. 4 S. 4 StPO unverzüglich mitzuteilen.

Die Bindung des Gerichts ist somit in all den Fällen unbedingt gegeben, in denen die Umstände des § 257 c Abs. 4 StPO nicht gegeben sind.⁶⁵⁸ Der Entfall der Bindungswirkung hat zum Hintergrund, dass das Ergebnis des Prozesses stets ein richtiges und gerechtes Urteil sein muss.⁶⁵⁹

⁶⁵⁸ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

⁶⁵⁹ BT-Drs. 16/12310, S. 14.

Letztlich geht es bei § 257 c Abs. 4 StPO auch um die Sicherung des „Bestands der Geschäftsgrundlage“, denn wie bereits der Wortlaut zeigt, soll nicht jede Veränderung zu einem Wegfall der Bindungswirkung führen, sondern nur jene, wo der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist.⁶⁶⁰ Hierfür spricht auch das allgemeine Interesse an der Verlässlichkeit von Absprachen wie auch ihrer prozessökonomischen Funktion.⁶⁶¹

Nach der Konzeption des § 257 c Abs. 4 StPO wird auf den Angeklagten nunmehr zum einen das Risiko des Entsprechens der Verständigung in Bezug auf gesetzliche Vorgaben abgewälzt, wie auch die Gefahr, dass das Gericht bei der Strafmaßeinschätzung rechtliche oder tatsächliche Aspekte übersehen hat und schließlich ferner die Gefahr, dass dem Gericht neue strafzumessungsrelevante Umstände bekannt werden.⁶⁶² Geschützt wird der Angeklagte lediglich vor einer bloßen willkürlichen Abweichung des Gerichts.⁶⁶³

§ 257 c Abs. 4 StPO stellt eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dar, nach welcher das Gericht an die zugesagte Strafobergrenze gebunden war, falls sich nicht in der Hauptverhandlung ergab, dass neue, bisher unbekannte schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten oder andere tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden.⁶⁶⁴

Zur Erläuterung der Norm soll an dieser Stelle kurz auf die nicht gänzlich selbsterklärenden Merkmale eingegangen werden: So ist ein rechtlich bedeutsamer Umstand dann gegeben, wenn der gerichtsseitig unterbreitete Vorschlag nicht im Einklang mit der Rechtsordnung steht; er mit dem formellen oder materiellen Recht unvereinbar ist.⁶⁶⁵ Unter den tatsächlich bedeutsamen Umständen sind alle Umstände zu verstehen, deren Berücksichtigung zwar formal nichts an der Tat geändert hätten, jedoch die Strafzumessungsgrundlage wesentlich beeinflussen, wie etwa im Fall des Übersehens wesentlicher Vorstrafen.⁶⁶⁶

Man könnte fragen, ob § 257 c Abs. 4 StPO nicht von vorneherein aufgrund der Möglichkeit des Verlusts der Bindungswirkung eine Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens darstellt. Denn beispielsweise ein einmal abgelegtes glaubwürdiges Geständnis wird auch im Falle des Verbots der Verwertung gemäß § 257 c Abs. 4 S. 3 StPO unzweifelhaft noch immer Wirkungen auf unbewusster Ebene erzeugen, die im Urteil sicherlich regelmäßig Auswirkung finden dürften.⁶⁶⁷

Gegen eine unbedingte Bindungswirkung sprechen jedoch eine Vielzahl von Gründen:

⁶⁶⁰ Vgl. *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 37.

⁶⁶¹ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 37.

⁶⁶² v. *Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 51; vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 61.

⁶⁶³ Vgl. *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 37.

Nach *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 60 sei die gesetzlich statuierte Bindung für den Angeklagten „fast nichts wert“.

⁶⁶⁴ Vgl. *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 105, m.w.N.

⁶⁶⁵ *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 115; vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 63; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 39.

⁶⁶⁶ *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 39; vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 63.

⁶⁶⁷ Vgl. *Eschelbach*, in: BeckOK StPO 09-2013, § 257 c, Rn. 36.1, m.w.N.; *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 47.

Zunächst einmal kann eine absolute Bindungswirkung nicht in Betracht kommen, weil ansonsten eine Partei an ihr zugesagtes Verhalten selbst in dem Fall gebunden sein würde, dass die andere Partei trotz ihres Versprechens nicht entsprechend handelt. Jedenfalls der Fall der Störung der Leistungserbringung einer Partei müsste eine Regelung dahingehend erfahren, dass die andere Partei an ihr zugesagtes Verhalten nicht mehr gebunden wäre.

Weiterhin wäre die Konsequenz der strikten Einhaltung einer einmal getroffenen Verständigung, dass mitunter schuldunangemessene Strafen verhängt werden würden, weil eine Berücksichtigung etwa von übersehenen oder sich neu ergebenden bedeutsamen Umständen nicht möglich wäre. Auch hinsichtlich des Ziels der Wahrheitsfindung würde eine unbedingte Bindungswirkung befürchten lassen, dass die tatsächlichen Umstände und diesbezügliche Veränderungen keinerlei Berücksichtigung mehr erfahren und die Basis des Schuldspruchs somit zweifelhaft wird. Schließlich ist bei einer unbedingten Bindungswirkung infolge der Verständigung hinsichtlich der positiv-generalpräventiven Wirkung auf die Allgemeinheit sowie die Wirksamkeit der Strafrechtspflege mit Problemen zu rechnen, wenn der Umstand der Verständigung über die Notwendigkeit der „richtigen“ und „angemessenen“ Strafe erhoben würde und die Einhaltung der Verständigung einer Verwirklichung von Unrecht zuträglich sein könnte oder gar regelmäßig in dieser mündet.

Insofern erscheint es höchst sinnig, wenn das Bundesverfassungsgericht ausführt, dass Verfahrensgestaltungen, die einer wirksamen Strafrechtspflege dienen, den grundsätzlichen Anspruch auf ein faires Strafverfahren nicht schon dann verletzen, wenn verfahrensrechtliche Positionen des Angeklagten oder Beschuldigten eine Zurücksetzung zugunsten einer wirksameren Strafrechtspflege erfahren.⁶⁶⁸ Der Grundsatz eines fairen Verfahrens wird also nicht durch die Möglichkeit des Entfalls der Bindungswirkung der Verständigung verletzt.

Nach dem Wortlaut der Norm ist eine Berücksichtigung des tatsächlich geleisteten Prozessverhaltens im Rahmen der Strafzumessung entsprechend der Verständigung im Einzelfall selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Bindungswirkung der Verständigung entfallen ist.⁶⁶⁹ Gemäß § 257 c Abs. 4 S. 3 StPO darf lediglich das Geständnis des Angeklagten nicht verwertet werden. Ein Verwertungsverbot für das geleistete Prozessverhalten findet sich in § 257 c Abs. 4 StPO nicht.

Auf den ersten Blick mag dieses Ergebnis verwundern, da der Entfall der Bindungswirkung der Verständigung eine gravierende Änderung der Umstände im laufenden Verfahren darstellt. So ist etwa ohne weiteres denkbar, dass der Angeklagte ein anderes Prozessverhalten gezeigt hätte, wenn er sich des Umstands bewusst gewesen wäre, dass die geschlossene Verständigung letzten

⁶⁶⁸ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11, Rn. 59, m.w.N. = NJW 2013, S. 1058, 1060, 1061.

⁶⁶⁹ Vgl. *Stuckenberg*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, § 257 c, Rn. 67, m.w.N., wo es auch heißt, dass es zweifelhaft erscheine, sonstige Leistungen des Angeklagten abseits des Geständnisses zurückfordern zu können, dies wohl aber nach allgemeinen Regeln zu bejahen sei.

Ausführlich zur Rückforderbarkeit erbrachter Leistungen *Niemöller*, in: Verständigungskommentar 2010, § 257 c, Rn. 137 ff.

Endes für das Gericht keine Bindungswirkung entfaltet und die Verlässlichkeit der Folgen des gezeigten Prozessverhaltens entfiele. Tatsächlich ist diese Konstellation jedoch unproblematischer, als es zunächst scheinen mag. Bereits aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass bei der Bescheidung von Beweisanträgen das Gericht die geänderte Sachlage zu berücksichtigen habe, was bedeuten könne, dass etwa Zeugen zur Sachaufklärung und der Wahrung der Verteidigungsrechte nochmals vernommen werden müssen, insbesondere dann, wenn die frühere Vernehmung in Hinblick auf eine in Aussicht genommene Verständigung im Umfang beschränkt war.⁶⁷⁰ Dem Angeklagten ist daher im Falle des Entfalls der Bindungswirkung die Möglichkeit zuzugestehen, auch etwaige Nichtvornahmen einzelner Prozesshandlungen durch Nachholung eben dieser Handlungen ungeschehen zu machen, auch wenn sich dies letztlich auf die Höhe eingesparter Justizressourcen und damit die Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung auswirken mag.⁶⁷¹ So kann der Angeklagte etwa in Folge des Wegfalls der Bindungswirkung nunmehr auf die Vernehmung eines Zeugen bestehen, auf die er in Anbetracht der als bindend angesehenen Verständigung zunächst verzichtete. Gleichsam kann der Angeklagte etwa Beweisanträge stellen, auf die er zuvor aufgrund der Verständigung verzichtete.

In der Regelung des § 257 c Abs. 4 StPO ist kein positiv-generalpräventives Konfliktpotential ersichtlich. Vielmehr erscheint § 257 c Abs. 4 StPO insbesondere dazu geeignet, die Normakzeptanz und das Ordnungsvertrauen innerhalb der Gesellschaft aufrecht zu erhalten, denn infolge der Möglichkeit des Verlusts der Bindungswirkung zeigt sich deutlich, dass eine Verständigung nicht Vorrang vor dem Recht und dem „richtigen“ Ergebnis genießt. Anders wäre es hingegen, wenn rechtswidrigen Verständigungen Vorrang eingeräumt worden wäre, beziehungsweise § 257 c StPO die unbedingte Wirksamkeit einer Verständigung vorgesehen hätte.

Der mögliche Verlust der Bindungswirkung demonstriert zudem, dass die gesetzliche Ausgestaltung der Möglichkeit der Verständigung ein bloßes (allseitiges) Entgegenkommen darstellt, das nur funktionieren kann, wenn alle relevanten Umstände ausreichende Beachtung gefunden haben. Gerade § 257 c Abs. 4 StPO zeigt, dass die Verständigung nichts daran ändert, dass Strafen stets tat- und schuldangemessen verhängt werden sollen, unabhängig davon, ob die Prozessbeteiligten im Rahmen des Verständigungsprozesses Einfluss auf das Verfahrensergebnis genommen haben. Die Norm zeugt in ihrer Formulierung davon, dass deutlich gemacht werden soll, dass es nicht einfach nur ein günstiges Ergebnis für die Prozessbeteiligten geht, sondern vielmehr darum, dass sich das Recht durchsetzt und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung erwiesen wird. Es wird unterstrichen, dass der Täter seiner „gerechten Strafe“ zugeführt werden soll. Die Gesellschaft soll noch immer auf das Strafrecht und das dazugehörige System guten

⁶⁷⁰ BT-Drs. 16/12310, S. 15.

⁶⁷¹ Nur so kann dem Gedanken der Umfänglichkeit der nunmehr aufgelösten Verständigung hinreichend Rechnung getragen werden. Siehe zur grundsätzlich umfassenden Auflösung der Verständigung etwa *Moldenhauer/Wenske*, in: *Karlsruher Kommentar StPO 2013*, § 257 c, Rn. 33, m.w.A.

Gewissens vertrauen können. Gerade durch das stete tat- und schuldangemessene Strafen soll verdeutlicht werden, dass die Mäßigung der Gesellschaft und das Aufrechterhalten von Werten durch die Verständigung nicht aufgegeben werden sollen.

Darüber hinaus unterstreicht die Möglichkeit des Wegfalls der Bindungswirkung der Verständigung gegenüber der Allgemeinheit, dass die Normorientierung stets an der eigentlichen Strafdrohung zu erfolgen hat und nicht anhand etwaiger „üblicher“ Strafdrohungen infolge eines Verständigungsprozesses vorgenommen werden soll.

Ein Konflikt mit der positiven Generalprävention offenbart § 257 c Abs. 4 StPO nicht. Vielmehr ist der mögliche Verlust der Bindungswirkung einer erfolgten Verständigung dazu geeignet, der positiven Generalprävention dienlich zu sein.

j) § 257 c Abs. 5 StPO und die Belehrung des Angeklagten

Gemäß § 257 c Abs. 5 StPO ist der Angeklagte über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren. Die Belehrung hat vor dem Wirksamwerden der Verständigung infolge der Zustimmung des Angeklagten zu erfolgen, damit sich dieser darüber bewusst werden kann, ob er sich in Anbetracht der weitgehenden Rücktrittsmöglichkeiten von der Verständigung dennoch für diese entscheiden mag.⁶⁷² Es soll dem Angeklagten eine autonome Entscheidung hinsichtlich des mit seiner Mitwirkung verbundenen Risikos ermöglicht werden.⁶⁷³ Die Belehrungspflicht ist Ausfluss des Schutzes des Angeklagten und der Sicherstellung eines fairen Verfahrens.⁶⁷⁴ Es besteht jedoch die Möglichkeit, auf die Belehrung zu verzichten, insbesondere in jenen Fällen, wo der Verteidiger den Angeklagten hinreichend unterrichtet hat.⁶⁷⁵

§ 257 c Abs. 5 StPO bietet kein ersichtliches Konfliktpotential mit der positiven Generalprävention.

3. Zusammenfassung

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen bedarf es einer Zusammenfassung der Ergebnisse der Untersuchung der Verständigung auf ihre Vereinbarkeit mit der positiven Generalprävention. Keine Berücksichtigung sollen hierbei die aufgetanen Punkte erfahren, die der positiven Generalprävention mitunter sogar dienlich sein können. Die folgende Zusammenfassung bezieht

⁶⁷² *Velten*, in: SK-StPO 2012, § 257 c, Rn. 53.

⁶⁷³ BT-Drs. 16/12310, S. 15.

⁶⁷⁴ BT-Drs. 16/12310, S. 15.

⁶⁷⁵ *v. Hentschel-Heinegg*, in: KMR StPO 11-2009, § 257 c, Rn. 59, m.w.N.

sich nur auf die theoretische Vereinbarkeit der Norm des § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention, bei der von einer regelkonformen Umsetzung in der Praxis ausgegangen wird.

In jedem Fall anzugehendes positiv-generalpräventives Konfliktpotential der Verständigung gemäß § 257 c StPO zeigte sich bei § 257 c Abs. 2 StPO im Zusammenhang zur Möglichkeit der Verständigung allgemein⁶⁷⁶ sowie insbesondere zur bloßen Berücksichtigung verständigungsgenerierten Prozessverhaltens abseits jeglichen Geständnisses⁶⁷⁷.

Weiterhin zeigte sich auch grundsätzliches positiv-generalpräventives Konfliktpotential der Verständigung in den Ausführungen zu § 257 c Abs. 1 StPO.⁶⁷⁸

Im Übrigen scheint § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention vereinbar, wenn nicht sogar in Einzelheiten der positiven Generalprävention insgesamt zuträglich zu sein.

II. Die heimliche Verständigung im Lichte positiver Generalprävention

Lohnenswert scheint weiterhin die nähere Betrachtung potentieller Auswirkungen durch die Normierung der Verständigung im Strafverfahren auf die positive Generalprävention im Vergleich zu der von Heimlichkeit geprägten Verständigung.

Gerade der Aspekt der Heimlichkeit ist im Rahmen der Verständigung als äußerst kritisch zu bewerten. Und es ist gut, dass die heutige Verständigung nach § 257 c StPO diesen nicht mehr unterstützt und ihm auch keinerlei Raum mehr bietet – zumindest wenn es nach dem in § 257 c StPO zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Willen geht. Dass die Praxis dieser Ansicht nicht durchweg zustimmen würde, zeigt sich bereits an dem Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht es für nötig befand, gesondert darauf hinzuweisen, dass außerhalb des gesetzlichen Regelungskonzepts erfolgende sogenannte informelle Absprachen unzulässig seien.⁶⁷⁹

Hinsichtlich der Elemente von Heimlichkeit im Rahmen der Verständigung, seien sie nun aktuell gegeben oder auch in Zukunft (wieder) Einzug in das Strafverfahren haltend, ist folgendes auszuführen:

Unter positiv-generalpräventiven Gesichtspunkten kann ein (auch) heimlicher Verständigungsprozess nur als höchst kritisch angesehen werden, und das nicht nur, weil jedes Element der Heimlichkeit den Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens untergräbt und die Gefahr des Missbrauchs infolge des Ausbleibens der Möglichkeit öffentlicher Kontrolle immens

⁶⁷⁶ Siehe E.I.2.c)cc).

⁶⁷⁷ Siehe E.I.2.d)bb).

⁶⁷⁸ Siehe E.I.2.a).

⁶⁷⁹ BVerfG v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 = NJW 2013, S. 1058 ff.

ist. Die potentiellen Folgen eines aufgedeckten Missbrauchs des Instituts der Verständigung infolge von Heimlichkeit im Rahmen eines notwendigerweise grundsätzlich öffentlichen Verfahrens kann man wohl nur als verheerend beschreiben, auch in positiv-generalpräventiver Hinsicht.

Vorauszuschicken ist, dass in Anbetracht der mittlerweile größeren Verbreitung der Kenntnis vom Stattfinden von Verständigungsprozessen im Vergleich zur Vergangenheit davon auszugehen ist, dass eine Bewusstseinschärfung auf Seiten der Allgemeinheit bezüglich dieses Themas stattgefunden hat. Dies bedeutet auch, dass Heimlichkeit im Rahmen der Verständigung heute eher an die Öffentlichkeit tritt als in der Vergangenheit, denn ohne weitgehendes Bewusstsein über die Existenz des Stattfindens von Verständigung ist die Kenntnisnahme von Heimlichkeit im Rahmen von Verständigung noch deutlich geringer. Daraus folgt für die Vergangenheit, dass die Wirkungen infolge von Heimlichkeit auf die Allgemeinheit aufgrund des geringeren Bekanntheitsgrades jedenfalls von geringerem Ausmaß gewesen sein dürften, als es heutzutage der Fall ist oder gar zukünftig zu erwarten wäre. Hiermit soll jedoch nicht behauptet werden, dass Heimlichkeit heute notwendigerweise ein größeres Konfliktpotential bietet, als dies in der Vergangenheit der Fall war. Vielmehr sind die Grundbedingungen, unter welchen Heimlichkeit im Rahmen der Verständigung Wirkungen auf die Allgemeinheit hervorrufen kann, einfach andere aufgrund der Wandlung des Informationsgrades der Allgemeinheit.

Inwiefern möglicherweise eine Veränderung der Geisteshaltung seitens der Allgemeinheit gegenüber Elementen von Heimlichkeit im Rahmen öffentlicher Verfahren stattgefunden hat, kann und soll an dieser Stelle auch nicht festgestellt werden. Es soll auch nicht auf eine etwaige zukünftige Entwicklung bei der Allgemeinheit in Bezug auf Elemente der Heimlichkeit im Rahmen des Verständigungsprozesses eingegangen werden. Stattdessen soll der Blick generell auf den Aspekt der Heimlichkeit geworfen werden und darauf, wieso Elemente der Heimlichkeit aus positiv-generalpräventiven Gründen keinesfalls Einzug in den Verständigungsprozess halten dürfen, weder jetzt, noch irgendwann in Zukunft:

Als besonders kritisch erscheint als positiv-generalpräventiver wesentlicher Aspekt die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung. Denn wenn die gegebene Verfahrensordnung durch Heimlichkeit regelmäßig unterlaufen wird, dann ist dergleichen nichts anderes als der gelebte Bruch der Rechtsordnung. Wenn ein solcher Bruch offenkundig wird, insbesondere wenn zudem noch die Verfahrensbeteiligten – nach außen kommuniziert – nichts besonderes daran finden, dann kann nur von einer verheerenden Wirkung auf die Allgemeinheit gesprochen werden. Ein rechtsförmliches Verfahren, das sich offenkundig regelmäßig (auch) außerhalb des gegebenen Rechts bewegt, obwohl dessen originäre Aufgabe im Grunde die Absicherung der Verwirklichung des Rechts ist, kann auf die Allgemeinheit nur die Wirkung haben, als das die Rechtsordnung nicht nur nicht unverbrüchlich ist, sondern dieser Bruch auch gewollt ist. Unabhängig davon, welche materiellen Rechte tatsächlich bestehen – ein gelebter Bruch der

Verfahrensordnung kann letztlich auch auf das materielle Recht nur die Wirkung haben, dass der zwingende Charakter der Rechtsordnung untergraben wird und ein Bruch eben dieser im Rahmen allgemeiner Auffassung nicht (mehr) sonderlich gravierend sein kann, da Brüche der Rechtsordnung tagtäglich systemseitig vorgelebt werden. Die Brisanz und die damit verbundenen Wirkungen der Verletzung der Rechtsordnung drohen verloren zu gehen.

Im Zusammenhang hiermit folgt das nächste Problem, da die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zwingendermaßen eine notwendige Voraussetzung für eine erfolgreiche Normakzeptanz, Norminternalisierung und Normorientierung auf Seiten der Allgemeinheit darstellt. Geht es um die Verinnerlichung von Werten, die durch das Normgefüge explizit wie auch implizit hochgehalten werden sollen, so kann der Umstand, dass die im Gesetz postulierten Werte im (krassen) Widerspruch zum gelebten „Recht“ stehen, nur als der Norminternalisierung nicht förderlich, wenn nicht gar schädlich eingestuft werden – bis hin zu einer denkbaren Negativkonditionierung der Allgemeinheit. Norminternalisierung benötigt den Bestand tauglichen vorbildhaften Verhaltens, doch fehlt es an diesem, wenn die Heimlichkeit das Recht untergräbt. Geringere Norminternalisierung führt an dieser Stelle zu weiteren Problemen hinsichtlich der Normorientierung und der Normakzeptanz. Letztere beiden sind umso effektiver, je größer das Maß der Norminternalisierung ist, denn internalisiertes wertkonformes Verhalten erleichtert die Orientierung an Regeln, denen dieselben oder ähnliche Werte zugrunde liegen. In diesem Zusammenhang ist die Bewirkung normgetreuen Verhaltens auf Seiten der Allgemeinheit ebenfalls infolge des gelebten Widerspruch zwischen Sollen und Sein im Recht aufgrund von Heimlichkeit gefährdet.

Schließlich bildet Heimlichkeit im Rahmen von Verständigung ein Problem mit dem Vertrauenseffekt, denn wie soll sich ein solcher ergeben, wenn die Allgemeinheit sieht, dass nicht das Verfahrensrecht sich durchsetzt, sondern dieses von Heimlichkeit untergraben wird? Und um wie viel kleiner dürfte der Befriedigungseffekt sein, der sich einstellen soll, wenn sich das allgemeine Rechtsbewusstsein aufgrund der Sanktion des Rechtsbruchs beruhigt und den Konflikt mit dem Täter als erledigt ansieht, wenn diese Erledigung und Beruhigung durch ein Unterlaufen des rechtsstaatlichen Verfahrens durch Heimlichkeit bewirkt wurde?

An dieser Stelle könnte man sich nun weiterführend fragen, wie es denn mit der Heimlichkeit im Lichte positiver Generalprävention aussähe, wenn das Gesetz Heimlichkeit im Rahmen der Verständigung prinzipiell zulassen würde.

Zunächst wäre festzuhalten, dass infolge des Gestattens von Heimlichkeit der soeben angesprochene gelebte Bruch der Verfahrensordnung nicht gegeben wäre. Auch die infolgedessen auftretenden Probleme würden wegfallen.

Und doch kann eine gesetzliche Gestattung von Heimlichkeit im Rahmen der Verständigung aus positiv-generalpräventiver Sicht nur Verurteilung finden. So kann etwa die Akzeptanz der Norm der Allgemeinheit letztlich nur Schaden nehmen, wenn die im heimlichen Verständigungsverfahren gefundenen Ergebnisse – die gravierend von den in einem normalen

Verfahrensgang aufgetanen Ergebnissen abweichen können – für die Allgemeinheit nicht hinreichend nachvollziehbar sind. Gleichsam dürfte infolge der verringerten Nachvollziehbarkeit der Ergebnisse eine Verringerung des Vertrauens und des Befriedigungseffektes zu befürchten sein; etwa wenn der Konflikt mit dem Täter in den Augen mancher oder der Allgemeinheit insgesamt aufgrund der (nicht erklärlich) geringen Strafe nicht als erledigt angesehen wird und damit das Vertrauen schwindet, dass sich letztlich das Recht durchsetzt oder im konkreten Fall durchgesetzt hat.

Infolgedessen könnte ebenfalls der Eindruck entstehen, dass sich der Straftat nicht in ausreichendem Maße angenommen wurde, was in einer Verminderung der Bindung der Allgemeinheit an die Norm, die Rechtsordnung und die Internalisierung der mit der Norm zugleich vermittelten Werte münden könnte. Dies wiederum könnte sich negativ auf den Willen zu normgetreuem/rechtstreuem Verhalten auswirken, was sich wiederum negativ auf die Aufrechterhaltung/Sicherung des sozialen Zusammenhalts und die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung auswirken könnte.

Kurzum, niemals (wieder) darf aufgrund der positiven Generalprävention die Heimlichkeit Einzug in den Verständigungsprozess halten. Es ist gut, dass die normierte Verständigung Transparenz fordert und Heimlichkeit keinen Raum bieten will.

F. Vorschläge zur Auflösung oder Verminderung positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials bei § 257 c StPO

Vorausgeschickt sei, dass das Belassen der Verständigung in ihrer jetzigen Form kein gangbarer Weg ist, auch wenn empirisch nicht gesichert ist, wie die positiv-generalpräventiven Effekte der Verständigung auf die Allgemeinheit tatsächlich ausfallen. Das im vergangenen Abschnitt aufgetane Konfliktpotential ist aus positiv-generalpräventiver Sicht als zu gravierend zu erachten, um sich dessen nicht anzunehmen.

Auch die gänzliche Abschaffung der Verständigung ist aus positiv-generalpräventiver Sicht kein tauglicher Lösungsvorschlag. Zum einen würden alle positiv-generalpräventiv begrüßenswerten Effekte der Verständigung hierdurch zugleich abgeschafft. Zum anderen ist damit zu rechnen, dass die Verständigungspraxis als solche im Falle der Abschaffung künftig heimlich weiterausgeübt würde, da die Verständigungspraxis in der Rechtswirklichkeit unumkehrbar etabliert zu sein scheint. Wie gezeigt ist eine heimliche Verständigungspraxis aus positiv-generalpräventiver Sicht keinesfalls erstrebenswert.⁶⁸⁰

Ferner sei vorausgeschickt, dass eine positiv-generalpräventiv begründete Anpassung des § 257 c StPO womöglich eine verstärkende Wirkung hinsichtlich der der Verständigung immanenten begrüßenswerten positiv-generalpräventiven Effekte haben könnte.

I. Die übergeordnete Berücksichtigung der Verständigung

Wie dargebracht ist infolge der Verständigung eine freie Würdigung der Umstände des Falls sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen vorzunehmen.⁶⁸¹ Nach der aktuellen Konzeption des § 257 c StPO, insbesondere aufgrund § 257 c Abs. 3 S. 2 StPO, erfolgt die Berücksichtigung im Rahmen allgemeiner Strafzumessungserwägungen.

Was aber würde passieren, wenn die Verständigung den normalen Gang der Strafzumessung nicht beeinflussen würde? Die Strafzumessung und damit auch die Strafe wäre (jedenfalls zunächst) keinerlei Beeinflussung durch den Verständigungsprozess unterworfen. An sich scheint dies in Hinblick auf die positive Generalprävention erst einmal positiv zu beurteilen zu sein, denn die Verständigung könnte mangels Beeinflussung der Strafzumessung kein positiv-generalpräventives Konfliktpotential hervorrufen. Allerdings könnte an dieser Stelle bislang auch nicht von etwaigen der Verständigung anhaftenden positiven Eigenschaften profitiert werden.

⁶⁸⁰ Siehe E.II.

⁶⁸¹ Siehe E.I.2.g).

Doch warum sollte sich dann überhaupt ein Angeklagter noch verständigen wollen? Was wäre der noch zu schaffende Grund, der zur Verständigung und den insgesamt mit ihr verbundenen positiven Effekten etwa für die Justizressourcen führen würde?

Andenkbar wäre an eine Konstruktion, nach der dem Hauptzweck der Verständigung – der Schonung der Justizressourcen – ein eigenständiger Wert an sich zugemessen würde, verankert in der Strafprozessordnung.⁶⁸² Diesem könnte etwa in einem zweiten separaten Schritt *nach* der Strafzumessung dadurch Rechnung getragen werden, dass in Ansehung des geleisteten Beitrags zur Schonung der Justizressourcen eine Strafmilderung gewährt würde (fortan *Strafmilderungslösung*).

Eine Berücksichtigung übergeordneter Interessen ist dem Strafrecht prinzipiell nicht fremd, wenn diese auch nicht im Verfahren, sondern in anderen Gründen aufgetan werden. Man denke im Einzelnen etwa an die Straflosigkeit des Versuchs infolge eines Rücktritts oder die Indemnität von Abgeordneten gemäß Art. 46 GG und § 36 StGB. Auch die Existenz des § 46 b StGB – Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten – und der damit verbundenen Strafmilderung zeugt von einem Willen hin zur Berücksichtigung übergeordneter Interessen im Einzelfall.

Im Falle der Verständigung könnte ein solches übergeordnetes Interesse etwa darin gefunden werden, dass durch die verständigungsbedingte Verfahrensabkürzung letztlich konkret Justizressourcen geschont worden sind und damit ein Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Justiz geleistet wurde.

Die Existenz eines schützenswerten übergeordneten Interesses, welches sich auf die Zumessung der Strafe auswirkt, ändert nichts an der Bewertung der Tat infolge der durch den Täter aufgeladenen Schuld. Es wird dem Täter gegenüber die tat- und schuldangemessene Strafe verhängt. Es wäre deutlich, dass deren Milderung nichts mit den üblichen Strafzumessungserwägungen des § 46 StGB gemein hätte.

Eine solche Konstruktion mag auch an die sogenannte Vollstreckungslösung des Bundesgerichtshofs erinnern, nach welcher anstelle des Ausspruchs einer Strafmilderung ein Teil der verhängten Strafe zur Entschädigung für überlange Verfahrensdauer als vollstreckt gilt, der Angeklagte jedoch gleichwohl zu der nach § 46 StGB angemessenen Strafe verurteilt wird.⁶⁸³ Eine gesonderte Berücksichtigung gerade zeitlicher Aspekte ist aufgrund der Vollstreckungslösung in der Rechtsprechung somit bereits etabliert. Ferner ist der Vollstreckungslösung zu eigen, dass die Kompensation in einem gesonderten Schritt nach der eigentlichen Strafzumessung

⁶⁸² Etwa in Anlehnung an den Titel des Aufsatzes von *Salditt*, StV 2009, S. 375 ff. als „Allgemeine Honorierung besonderer Aufklärungshilfe“. Der Aufsatz setzt sich, so sei hinzugefügt, näher mit § 46 b E StGB auseinander.

⁶⁸³ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GStSt 1/07 = BGHSt 52, S. 124 ff.

vorgenommen wird und hierbei weder das Gewicht der Tat noch das Maß der Schuld eine Rolle spielen.⁶⁸⁴

Auf die vorliegende Konstellation der Verständigung angewandt, würde dies bedeuten, dass in Anbetracht der durch die Verständigungsleistung eingesparten Justizressourcen ein Teil der Strafe als bereits vollstreckt gelten könnte (fortan *Vollstreckungslösung*). Eine solche zu honorierende Verfahrensverkürzung wäre diametral zu dem von Bundesgerichtshof entschiedenen Fall der Verfahrensverzögerung anzusetzen.

Sowohl eine Strafmilderungs- als auch die Vollstreckungslösung hätten beide Vor- und Nachteile: Beide weisen etwa den Nachteil auf, dass der Allgemeinheit begreiflich gemacht werden müsste, dass der Täter für seine Tat eine Strafe verhängt bekommt, diese sich aber aufgrund eines Umstands fernab der Tat aufgrund von Schonung von Justizressourcen (deutlich) reduziert, die Tat als solche und die verhängte Strafe aber nicht an Gewicht und Strafwürdigkeit verliert.

Auf den ersten Blick mag es vielleicht einfacher verständlich und besser zu vermitteln scheinen, wenn die Strafe aufgrund der Ressourcenschonung abgemildert wird, als wenn ein Teil der Strafe als vollstreckt erklärt wird, obwohl noch keine Vollstreckungshandlung vorgenommen wurde. Allerdings ist die Vollstreckungslösung seit 2008 – wenn auch in anderem Zusammenhang – bereits (einem Teil) der Allgemeinheit bekannt und bietet daher wohl insgesamt weniger Erklärungsbedarf als die Strafmilderungslösung. Zudem ist mit der Vollstreckungslösung eine schärfere Abgrenzung der verhängten Strafe und zu deren Vollstreckung erkennbar. Bei der Vollstreckungslösung bringt der an der Vollstreckung erfolgende Ansatz den Vorteil mit sich, dass die Strafe und die durch sie transportierte Wertung – anders als bei der Strafmilderungslösung – letztlich unberührt bleibt.

Auch hat die Ausgestaltung der verständigungsgenerierten Ressourcenschonung als Vollstreckungslösung diverse weitere Vorteile gegenüber der Strafmilderungslösung:

So wäre zunächst anzuführen, dass auch für die Verständigung eher ungeeignete Fälle wie jener des Mordes aufgrund seiner zwingenden lebenslangen Freiheitsstrafe⁶⁸⁵ auch mit der Vollstreckungslösung erfasst werden könnten. Hierdurch könnte die Anrechnung der Verständigung auf die Mindestverbüßungsdauer den Vorteil einer früheren Möglichkeit der Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe für den Angeklagten mit sich bringen⁶⁸⁶ und ferner der Angeklagte in solchen Fällen ein größeres Interesse an der Schonung von Justizressourcen durch Verständigung, beziehungsweise Interesse an einer Verständigung insgesamt haben.

Ferner weist die Vollstreckungslösung – anders als die Strafmilderungslösung – den Vorteil auf, dass die Unrecht und Schuld angemessene Strafe für Fragen der Aussetzung zur Bewährung maßgeblich bleibt.⁶⁸⁷ Bei der Strafmilderungslösung hingegen bliebe die Gefahr, dass die Höhe der Strafmilderung zu Zwecken der Erreichung bestimmter Grenzen letztlich nicht von der

⁶⁸⁴ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GStSt 1/07, Rn. 31 = BGHSt 52, S. 124, 135, 136.

⁶⁸⁵ Siehe E.I.2.a).

⁶⁸⁶ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GStSt 1/07, Rn. 31, 35 = BGHSt 52, S. 124, 135-138.

⁶⁸⁷ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GStSt 1/07, Rn. 44 = BGHSt 52, S. 124, 141.

Ressourceneinsparung abhängig gemacht würde, sondern von anderen Faktoren wie der Festsetzung der Milderungshöhe um etwa die Zwei-Jahres-Grenze des § 56 Abs. 2 StGB zu erreichen.

Gleichsam bliebe bei der Wahl der Vollstreckungslösung auch die Unrecht und Schuld angemessene Strafe für eine Vielzahl weiterer Normen relevant.⁶⁸⁸ Dies gilt etwa für die formellen Voraussetzungen zur Verhängung der Sicherungsverwahrung (§ 66 Abs. 1 bis 3 StGB) oder ihres Vorbehalts (§ 66 a Abs. 1 StGB) sowie ihrer nachträglichen Anordnung (§ 66 b StGB), den Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts (§ 45 StGB) und der Anordnung der Führungsaufsicht (§ 68 Abs. 1 StGB).

Prinzipiell eröffnet die Vollstreckungslösung aufgrund der Anrechnung zudem die Möglichkeit des früheren Erreichens der Halbstrafe und des Zwei-Drittel-Zeitpunkts des § 57 Abs. 1, 2 und 4 StGB bei zeitigen Freiheitsstrafen, wodurch grundsätzlich eine frühere Aussetzung der Strafe zur Bewährung in Betracht käme.⁶⁸⁹ Hierdurch könnte ein zusätzlicher Anreiz auf Seiten des Angeklagten geschaffen werden, sich auf die Verständigung einzulassen.

Dergleichen an mit der Vollstreckungslösung verbundenen Vorteilen weist im Übrigen kein ersichtliches positiv-generalpräventives Konfliktpotential auf.

Eine Etablierung einer übergeordneten Einflussnahme auf die Strafe für Verständigung könnte die der positiven Generalprävention zuträglichen Effekte der Verständigung weiterhin entfalten und der positiven Generalprävention insgesamt zuträglich sein. Die aufgetanen Gefahren, auch für das fein austarierte Normgefüge infolge der Verständigung, könnten durch einen übergeordneten Ansatz verringert oder verhindert werden, denn das strafrechtliche Normgefüge mit all seinen Wertungen würde hierdurch aller Wahrscheinlichkeit nach geringer beeinflusst. Ferner könnte eine Verstärkung der positiv-generalpräventiv begrüßenswerten Verständigungseffekte eine Konsequenz eines solchen Ansatzes sein.

Voraussetzung wäre auch gegenüber der Allgemeinheit eine hinreichende Kommunikation des Umstands, dass die Strafe letztlich nicht geringer ausgefallen ist, weil sich infolge der Verständigung etwas an der Tat und der Schuld des Täters geändert hätte. Es müsste ausreichend kommuniziert werden, dass etwaige erhaltene „Vergünstigungen“ letztlich nur darauf zurückzuführen sind, dass der Täter einen gesamtgesellschaftlich zu begrüßenden Beitrag durch Verständigung in Form von Justizressourcenschonung geleistet hat. Nur dass eben dieser Beitrag nichts an der Verwerflichkeit seiner Handlungen ändert, und doch im Rahmen der Höhe der Bestrafung eine (wesentliche) Rolle spielt.

Was es also für einen solchen Ansatz bräuchte ist in jedem Fall die Schaffung einer Basis der Akzeptanz auf Seiten der Allgemeinheit, dass die Einsparung von Justizressourcen infolge von Verständigung so hoch anzusiedeln ist, dass sie auch nach der Bestimmung von Tat, Schuld und Strafe des Täters Einfluss auf die Strafe nehmen kann.

⁶⁸⁸ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GSSt 1/07, Rn. 44, m.w.A. = BGHSt 52, S. 124, 141.

⁶⁸⁹ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GSSt 1/07, Rn. 50 = BGHSt 52, S. 124, 144, 145.

Hierzu scheint die aktuelle Entwicklung des strafrechtlichen Systems in jedem Fall auf einem guten Wege, da die Allgemeinheit bereits verinnerlicht zu haben scheint, dass die Justiz sich in aller Regel bereits an der Grenze ihrer Belastbarkeit bewegt. Es bräuchte ein Bewusstsein dafür, dass der gesamtgesellschaftliche Schutz auch bezüglich der durch das Strafgesetz tradierten Werte nur dann möglich ist, wenn es verfahrensabkürzende Maßnahmen wie jene der Verständigung gibt und diesen in Anbetracht der ansonsten für die Gesellschaft drohenden Konsequenzen prinzipielle Honorierungsfähigkeit zugesprochen wird.

Nichtsdestotrotz bräuchte ein solcher Ansatz einiges an Mut. Denn er beinhaltet, dass der Staat letztlich auch betont, dass es ohne verfahrensabkürzende Maßnahmen nicht möglich wäre, dem gesamtgesellschaftlichen und strafrechtlich relevanten Übel Herr zu werden. Es ist zudem nicht leicht zu vertreten, dass eine Tat auch letztlich in ihrer Verwerflichkeit nicht berührt sei, wenn die für sie vorgesehene Strafe aufgrund von Ressourcenschonung der Justiz letztlich „geringer“ ausfällt. Immer würde in einem solchen Ansatz auch mitschwingen, dass der gesamtgesellschaftliche Schutz, den das Strafrecht bewirken will, die Tradierung von Werten der Allgemeinheit gegenüber, am Rande des Scheiterns ist, und zwar dergestalt, dass eine vollständige Auseinandersetzung mit vollzogenem Übel nicht immer möglich ist. Ferner wäre deutlich, dass schlimme Entwicklungen zu befürchten wären, wenn sich noch mehr Menschen als bisher auf die Seite des Unrechts schlagen. Schließlich würde in einem solchen Ansatz auch immer die Frage mitschwingen müssen, wie viel infolge von bloßer Ressourcenschonung durch die Verständigung von der Effektivität der tradierten Werte und ihrem gesamtgesellschaftlichen Einfluss tatsächlich übrig bliebe, gerade in der langfristigen Perspektive.

Für die praktische Umsetzung der Vollstreckungslösung⁶⁹⁰ müsste in § 257 c StPO zunächst aufgenommen werden, dass in Ansehung der durch die Verständigung eingesparten Justizressourcen das Gericht in der Urteilsformel aussprechen kann, dass ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Ferner müsste ergänzt werden, dass eine etwaige Benennung der im Rahmen der Verständigung abgegebene Ober- und Untergrenze der Strafe nur unter Außerachtlassung des Umstands der Verständigung möglich ist, da bei Umsetzung der Vollstreckungslösung die Verständigung an diesem Punkt keine Rolle spielt. Damit der Angeklagte dennoch eine Vorstellung davon hat, wie ihm die Verständigung zum Vorteil gereichen kann, wäre dem Gericht einzuräumen, in Ansehung der voraussichtlich eingesparten Justizressourcen eine Einschätzung hinsichtlich der Höhe des Teils der Strafe abzugeben, der als vollstreckt gelten könnte.

Insgesamt erscheint die übergeordnete Berücksichtigung der Verständigung in Form der Vollstreckungslösung als tauglicher Lösungsvorschlag zur Minimierung des positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials der Verständigung und weist im Gegensatz zur bisherigen

⁶⁹⁰ Siehe G.

gesetzlichen Ausgestaltung weitere Vorteile auf, so etwa hinsichtlich der Schaffung von weiteren Anreizen für den Angeklagten, sich zu verständigen.

II. Die Begrenzung der maximal möglichen Strafmilderung

Weiterhin erscheint die Aufnahme einer gesetzlichen Begrenzung hinsichtlich der Höhe der maximalen Berücksichtigungsmöglichkeit der Verständigungsleistung als taugliche Lösung zur Verringerung positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials.

Eine solche Lösung könnte einerseits negativen zu befürchtenden Effekten hinsichtlich der positiven Generalprävention entgegenwirken, andererseits die positiv-generalpräventiven zuträglichen Effekte infolge von Verständigung bewahren. Strafe vermag ihre Aufgabe des Gemeinschaftsschutzes nur dann hinlänglich zu erfüllen, wenn sie letztlich nicht zu niedrig ist, da durch eine zu niedrige Strafe das Rechtsbewusstsein der Allgemeinheit ernstlich beeinträchtigt werden kann.⁶⁹¹ Eine Verringerung der maximal möglichen erlangbaren verständigungsgenerierten Strafmilderung scheint daher angebracht. Durch eine offensichtliche Begrenzung wäre zudem etwaigen Fehlvorstellungen der Allgemeinheit hinsichtlich des Einflusses der Verständigung vorgebeugt, was aus positiv-generalpräventiver Sicht ebenfalls begrüßenswert ist.

Eine Berücksichtigungsmöglichkeit der Verständigungsleistung in maximaler Höhe eines Viertels erscheint angebracht. Hintergrund dieser Überlegung ist, dass – wie aus der Untersuchung u.a. von *Altenhain* hervorgeht – der „Strafrabatt“ infolge eines absprachegemäß abgelegten Geständnisses zumeist zwischen 25 % und 33,33 % der wahrscheinlich zu erwartenden Strafe im Rahmen eines normalen Verfahrens angesiedelt zu sein scheint.⁶⁹²

Die maximale Beeinflussbarkeit der Strafe um ein Viertel erscheint geeignet, um einerseits den positiv-generalpräventiven Zielen zuträglich zu sein – etwa weil die tatsächliche Einflussnahmemöglichkeit auf die Höhe der Strafe durch die Verständigung verringert wird –, zugleich aber auch noch für den Angeklagten genügend Anreize für eine Verständigung zu bieten.

Infolge der Wahl der Vollstreckungslösung für die Berücksichtigung der Verständigungsleistung⁶⁹³ wäre die Kontrolle der Einhaltung der maximalen Beeinflussung der Strafe um ein Viertel ohne weiteres möglich, da die als vollstreckt geltende Strafe genau zu beziffern wäre.⁶⁹⁴

⁶⁹¹ *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, Vor § 38, Rn. 21.

⁶⁹² *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren 2013, S. 116.

⁶⁹³ Siehe F.I.

⁶⁹⁴ Vgl. BGH v. 17.01.2008 – GSSt 1/07, Rn. 57 = BGHSt 52, S. 124, 147.

§ 257 c StPO ist daher um eine Formulierung zu ergänzen, nach welcher mittels Vollstreckungslösung nicht mehr als ein Viertel der Strafe als vollstreckt gelten kann.⁶⁹⁵

III. Das zwingende Erfordernis eines Geständnisses

Wie an anderer Stelle bereits aufgezeigt⁶⁹⁶ kann eine bloße Berücksichtigung verständigungsgenerierten Prozessverhaltens abseits eines Geständnisses oder zumindest ohne Verbindung zu einem Geständnis nicht in Betracht kommen.

Insofern ist die in § 257 c Abs. 2 S. 2 StPO aufzufindende Formulierung des „soll“ in ein „muss“ umzuwandeln.⁶⁹⁷ Dies würde auch mehr der heutigen Praxis entsprechen, der eine Verständigung ohne ein Geständnis nicht zu entsprechen scheint.

IV. Der kommunikative Ansatz im Umgang mit der Verständigung

Die positive Generalprävention findet ihre Besonderheit darin, dass ihre Wirkung immer in Bezug zur Auffassung der Allgemeinheit steht. Das Bild, welches die Allgemeinheit hat, ist ausschlaggebend für die Wirkungen, die in Bezug auf die Allgemeinheit erzielt werden können. Wenn es darum geht, auf die Allgemeinheit einzuwirken, so ist dies stets nur über Kommunikation möglich. Kommunikation kann etwa einerseits verbal, andererseits durch Handlungen geschehen oder durch die Schaffung gewisser Umstände hervorgerufen werden. Durch eine wohlgeählte Kommunikation gegenüber der Allgemeinheit scheint es möglich, wenigstens einen Teil des gegebenen Konfliktpotentials zu entschärfen und auf die Allgemeinheit präventiv dahingehend einzuwirken, dass langfristig auch einem Verlust positiv-generalpräventiver Effekte entgegengewirkt werden kann.

Zunächst ist jedoch herauszustellen, dass das gesamte Strafrecht, wie wir es kennen, von der Norm bis hin zum Abschluss des Verfahrens, vor allem auf dem Aspekt der Kommunikation der dem System zugrundeliegenden Werte beruht. Kommunikation der durch die Norm strafrechtlich geschützten Werte wie auch etwa durch die Handlungen, die infolge des Bruchs einer Norm vorgenommen werden. Jede Handlung, die infolge des Normbruchs vorgenommen wird – seien es etwa die Festnahme, die Befragung oder die Einleitung eines Verfahrens –, ist, sofern sie am Recht ausgerichtet ist, regelmäßig eine Bestärkung der Norm und der in der Norm

⁶⁹⁵ Siehe G.

⁶⁹⁶ Siehe E.I.2.d)bb).

⁶⁹⁷ Siehe G.

verankerten Werte. Die mit der Handlung verbundene indirekte Wertekommunikation unterstützt die Kommunikation des strafrechtlich geschützten Werts an sich.

Die einzelne Handlung kann, muss jedoch nicht, den Werten hinter der Norm zuträglich sein. So können einzelne Handlungen mit kommunikativem Charakter auftauchen, die den Wert der Norm nicht unterstützen, sondern diesem schädlich sind. Dies ist etwa denn der Fall, wenn die vorgenommenen Handlungen – in welcher Weise auch immer – geltendes Recht unterlaufen. In der Gesamtschau dürften einzelne dieser Handlungen regelmäßig wohl nicht im Stande sein, den positiven Effekt der insgesamt auf einen Rechtsbruch vorgenommenen Handlungen unwirksam zu machen. Jedoch scheinen solche Handlungen dazu im Stande, den wertunterstützenden Charakter der infolge des Normbruchs vorgenommenen Handlungen jedenfalls zu schmälern.

Insgesamt scheinen die dem Normbruch folgenden Handlungen in Bezug auf ihre Wirkung von geringerem Gewicht zu sein als die Postulierung der strafrechtlich geschützten Werte durch die Normierung einzelner Straftatbestände. Der Grund hierfür ist in dem Umstand zu finden, dass alle Handlungen infolge des Normbruchs bloße mittelbare Konsequenz sind und nicht originär selbst wertbegründend wie hingegen die Norm. Aus diesem Grunde können die dem Normbruch folgenden Handlungen auch bloß als unterstützend für die Werte angesehen werden, die unter dem Schutz des Strafrechts stehen. Selbst wenn man auf die infolge eines Normbruchs vorgenommenen Handlungen verzichten wollte, die Durchsetzung der Norm damit wegfiel, so würde die Norm als Aufforderung an die Allgemeinheit, ein gewisses Verhalten nicht vorzunehmen, stets Wirkungen entfalten, da der hinter der Norm liegende Wert noch immer als solcher postuliert würde.

Durch die Normierung strafrechtlicher Konsequenzen für einen Wertebbruch wird auch den Straftheorien Rechnung getragen, deren Fragestellung nach dem Sinn und Zweck ja in direktem Zusammenhang zu dem Grund der Existenz der strafrechtlichen Normen steht. Und mittelbar steht somit auch jede Handlung, die infolge des Normbruchs vorgenommen wird, in direktem Zusammenhang zu den Straftheorien, darunter der positiven Generalprävention. Dieser Gedankengang ist deswegen naheliegend, weil wie ausgeführt bereits das zur Strafe hinführende Verfahren selbst Anteil an der Verwirklichung der Strafzwecke hat, wie auch die Einhaltung der Verfahrensregelungen.⁶⁹⁸

Im Rahmen dieser Arbeit wurde gezeigt, dass selbst im Falle des Einhaltens der Regelung des § 257 c StPO Konfliktpotential zu der positiven Generalprävention besteht, weil die Konzeption der normierten Verständigung dieses in sich trägt. Auch die rechtsgetreue Anwendung einer Norm mit Konfliktpotential für die positive Generalprävention ist eine Handlung infolge des Rechtsbruchs, die eine positiv-generalpräventive Wirkung entfaltet. Durch die Anwendung einer Norm mit positiv-generalpräventivem Konfliktpotential vermindert sich der Anteil zuträglicher potentieller positiv-generalpräventiver Wirkungsmöglichkeit.

⁶⁹⁸ Siehe E.I.1.b).

Da die Besonderheit der positiven Generalprävention darin zu finden ist, dass ihre Wirkungen immer von der Auffassung der Allgemeinheit abhängig sind, könnte ein Weg zur Verminderung positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials, beziehungsweise zur Verstärkung der aus positiv-generalpräventiver Sicht begrüßenswerten Effekte der Verständigung, in einer gut angelegten Informationskampagne gegenüber der Allgemeinheit liegen.⁶⁹⁹ Konkret bedeutet dies, die Hintergründe und die Einzelheiten der Verständigung größtmöglich nachvollziehbar zu gestalten. Denn die positive Generalprävention erfordert auch Bewusstsein über die Gegebenheiten. Sinnvoll für eine solche Informationskampagne scheint etwa ein leicht verständlicher, umfänglicher und doch prägnanter, vor allem aber leicht auffindbarer Internetauftritt zu sein.⁷⁰⁰

Da auch durch die Handlungen im Rahmen eines Verfahrens und die Einhaltung prozessualer Vorschriften wie aufgezeigt positiv-generalpräventive Wirkung erzeugen, wäre ein erster und wichtiger Schritt vor allem darin zu suchen, sich unbedingt an die Normen insbesondere auch der Verständigung zu halten und von jeglichen Umgehungsversuchen Abstand zu nehmen. Ein rechtsgetreues justizseitiges Vorleben der Normen der Rechtsordnung ist mit Sicherheit dazu im Stande, begrüßenswerte positiv-generalpräventive Wirkungen zu entfalten.

V. Der abschließende Katalog tauglicher Verständigungsgegenstände

Sinnvoll könnte möglicherweise die Schaffung eines abschließenden Katalogs tauglicher Verständigungsgegenstände sein.

Die in der Praxis existenten Zweifelsfragen über den möglichen Inhalt der Verständigung könnten durch die Schaffung eines abschließenden Kriterienkatalogs möglicherweise beseitigt werden. Auch würden die positiv-generalpräventiven Risiken für die Wirksamkeit der Strafdrohung durch einen kleinen, abschließenden Katalog im Vergleich zur Vielzahl der ansonsten bestehenden Möglichkeiten aller Wahrscheinlichkeit nach minimiert.

Problematisch an der Entwicklung eines solchen Katalogs wäre allerdings wohl, dass dieser in Anbetracht des positiv-generalpräventiven Konfliktpotentials möglichst schmal zu halten wäre, und doch hinreichende Flexibilität wahren müsste, um den Anforderungen der täglichen, auf die Verständigung angewiesenen Praxis, gerecht zu werden. Auch hinsichtlich des jeweiligen

⁶⁹⁹ Siehe in diesem Zusammenhang etwa auch *Ashworth*, in: Positive Generalprävention 1998, S. 72: „Die Ziele der positiven Generalprävention sind erstrebenswert, und eine gut organisierte Kampagne zur Überzeugungsbildung kann erfolgreicher sein als Kriminalisierungen oder Verurteilungen. Wenn positive Generalprävention erfolgreich sein soll, bedarf es der effektiven Kommunikation und Überzeugung.“

⁷⁰⁰ Die Verantwortung für einen solchen Internetauftritt könnte etwa übergeordnet beim Bundesministerium der Justiz angesiedelt sein.

Einzelfalls würde die Schaffung eines starren Kriterienkatalogs nicht die notwendige Flexibilität aufweisen, derer es bedarf.

Die Schaffung eines abschließenden Katalogs erscheint insofern nicht zielführend, so dass vom Entwurf eines solchen Katalogs abgesehen und in ihm ein tauglicher Lösungsvorschlag nicht gesehen werden kann.

VI. Die zahlenmäßige Restriktion der Verständigung

Ein weiterer denkbarer Ansatz zur Reduktion des Konfliktpotentials zwischen Verständigung und positiver Generalprävention sowie zur Nutzbarmachung der positiv-generalpräventiv begrüßenswerten Effekte der Verständigung könnte darin liegen, eine zahlenmäßige Restriktion der Fälle vorzunehmen, die der Verständigung zugänglich gemacht werden.

Die aktuelle Situation der Vornahme von Verständigungen im Strafverfahren zeugt von einer Vielzahl von Fällen, die der Verständigung zugänglich gemacht werden und wo auf diese Weise eine schnelle Beendigung von Verfahren angestrebt wird.

Würde nunmehr eine starke Beschneidung der Zugänglichmachung des Verständigungsprozesses den einzelnen Verfahren gegenüber erfolgen, der Verständigung ein größerer Ausnahmecharakter zugemessen werden, so dürften die positiv-generalpräventiv negativen Auswirkungen des Verständigungsverfahrens letztlich geringeren Ausmaßes sein.

Namentlich in Bezug auf das sorgfältig austarierte strafrechtliche Normgefüge und die denkbaren langfristigen Konsequenzen durch die regelmäßige statt ausnahmsweise Beeinflussung infolge von Verständigung auf dieses Normgefüge erscheint eine Reduzierung der Verständigungsquoten als ein an sich erfolgsversprechender Weg, um das gesamte strafrechtliche Normgefüge mit all seinen Zielen und Werten nicht zu unterminieren, und dennoch einige der Vorteile einer Verständigung zu erhalten.

Die Idee einer zahlenmäßigen Restriktion der Verständigung mag an sich aus positiv-generalpräventiver Sicht ein wünschenswerter Gedanke sein. Jedoch ist kein geeigneter Weg ersichtlich, wie dessen Umsetzung in der Praxis erfolgen könnte.

Würde man etwa eine absolute Zahl an Fällen festlegen, denen Zugang zur Verständigung gewährt werden sollte, so könnte dem konkreten Einzelfall nicht hinreichend Rechnung getragen werden, weil beispielsweise das Kontingent an möglichen Verständigungen für das laufende Jahr bereits ausgeschöpft wäre. Die Möglichkeit des Zugangs zur Verständigung zum Beginn und zum Ende eines Jahres wären wohl völlig verschieden; eine gleiche und gleichbleibende Zugangsmöglichkeit zur Verständigung für alle wäre nicht gegeben.

Auch die Festlegung einer prozentualen Rate an allen Fällen, denen die Verständigungsmöglichkeit eröffnet werden soll, würde ebenfalls die vorgenannten Probleme in sich tragen.

Ein weiteres großes Problem wären die aufzuwendenden Ressourcen für die Kontrolle der Einhaltung einer solchen Regelung, obwohl es der Verständigung gerade auf ein die Ressourcen schonendes Verfahren ankommt. Letztlich würden durch die mit diesem Lösungsvorschlag verbundenen notwendigen Kontrollen einen wesentlichen Teil der durch die Verständigung freiwerdenden Justizressourcen wieder einfordern.

Mangels ersichtlicher Lösung für die mit der Umsetzung der zahlenmäßigen Restriktion verbundenen Probleme ist eine zahlenmäßige Restriktion im Ergebnis abzulehnen.

G. Vorschlag für eine Anpassung des § 257 c StPO in Ansehung der Ergebnisse der Untersuchung

Diese Arbeit abschließend soll unter Berücksichtigung der vorangegangenen Ausführungen an dieser Stelle ein Vorschlag unterbreitet werden, wie die derzeitige Fassung des § 257 c StPO mit der positiven Generalprävention besser in Einklang gebracht werden kann.

Keinen Eingang in den Vorschlag haben die Ausführungen zum kommunikativen Ansatz⁷⁰¹ gefunden, an dem neben der Modifikation des § 257 c StPO festgehalten werden soll.

Der nun folgende Vorschlag zur Anpassung ist zugunsten der Nachvollziehbarkeit der Änderungen entsprechend gekennzeichnet. Streichungen sind als solche ersichtlich. Einfügungen sind in kursiver Schrift kenntlich gemacht und mit entsprechenden Verweisen auf die die Änderung begründenden Ausführungen versehen:

(1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.

(2) In Ansehung der durch die Verständigung eingesparten Justizressourcen kann das Gericht in der Urteilsformel aussprechen, dass ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.⁷⁰² Der bezifferte Teil darf ein Viertel nicht überschreiten.⁷⁰³

~~(2)~~ Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung ~~soll~~ *mus*⁷⁰⁴ ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

~~(3)~~ Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen *unter Außerachtlassung des Umstands der Verständigung*⁷⁰⁵ auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. *In Ansehung der voraussichtlich eingesparten Justizressourcen kann es eine Einschätzung hinsichtlich der Höhe des bezifferten Teils der Strafe abgeben, der als vollstreckt gelten könnte.*⁷⁰⁶ Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung

⁷⁰¹ Siehe F.IV.

⁷⁰² Siehe F.I.

⁷⁰³ Siehe F.II.

⁷⁰⁴ Siehe F.III.

⁷⁰⁵ Siehe F.I.

⁷⁰⁶ Siehe F.I.

kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

(45) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

(56) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 5 zu belehren.

Literaturverzeichnis

- Abegg, Julius Friedrich Heinrich: Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft, Nachdruck der Ausgabe Neustadt an der Orla 1836, Goldbach 1996.
(zit.: *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft 1836, §)
- Altenhain, Karsten/Dietmeier, Frank/May, Markus: Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren, Baden-Baden 2013.
(zit.: *Altenhain/Dietmeier/May*, Die Praxis der Absprachen im Strafverfahren 2013, S.)
- Altenhain, Karsten/Hagemeyer, Ina/Haimerl, Michael/Stammen, Karl-Heinz: Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007.
(zit.: *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren 2007, S.)
- Ashworth, Andrew: Was ist positive Generalprävention? Eine kurze Antwort, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 65-72.
(zit.: *Ashworth*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)
- Badura, Peter: Generalprävention und Würde des Menschen, in: JZ 1964, S. 337-344.
(zit.: *Badura*, JZ 1964, S.)
- Bauer, Anton: Lehrbuch des Strafrechts, Nachdruck der 2. Auflage Göttingen 1833, Goldbach 1996.
(zit.: *Bauer*, Lehrbuch des Strafrechts 1833, §)
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Bielefeld 2003.
(zit.: *Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT 2003, §, Rn.)
- Baurmann, Michael: Vorüberlegungen zu einer empirischen Theorie der positiven Generalprävention, in: GA 1994, S. 368-384.
(zit.: *Baurmann*, GA 1994, S.)
- Berner, Albert Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 16. Auflage, Leipzig 1891.
(zit.: *Berner*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes 1891, S.)
- Berz, Ulrich: Möglichkeiten und Grenzen einer Beschleunigung des Strafverfahrens, in: NJW 1982, S. 729-735.
(zit.: *Berz*, NJW 1982, S.)
- Bock, Michael: Ideen und Schimären im Strafrecht – Rechtssoziologische Anmerkungen zur Dogmatik der positiven Generalprävention, in: ZStW 103 (1991), S. 636-656.
(zit.: *Bock*, ZStW 1991, S.)
- Bock, Michael: Prävention und Empirie – Über das Verhältnis von Strafzwecken und Erfahrungswissen, in: JuS 1994, S. 89-99.
(zit.: *Bock*, JuS 1994, S.)
- Bockelmann, Paul: Strafe und Erziehung, in: FS Gierke, Berlin 1950, S. 27-38.
(zit.: *Bockelmann*, FS Gierke 1950, S.)
- Bockelmann, Paul: Zur Reform des Strafensystems, in: JZ 1951, S. 494-498.
(zit.: *Bockelmann*, JZ 1951, S.)
- Böttcher, Reinhard/Widmaier, Gunter: Absprachen im Strafprozess? – Besprechung des Urteils des BGH vom 23.1.1911 – 3 StR 365/90, in: JR 1991, S. 353-357.
(zit.: *Böttcher/Widmaier*, JR 1991, S.)
- Braun, Stefan: Gründe für das Auftreten von Absprachen im Strafverfahren, in: AnwBl 2000, S. 222-227.
(zit.: *Braun*, AnwBl 2000, S.)

- Bruns, Hans-Jürgen: Der „Bestimmtheitsgrad“ der Punktstrafe im Strafzumessungsrecht, in: NJW 1997, S. 289-292.
(zit.: *Bruns*, NJW 1979, S.)
- Bruns, Hans-Jürgen: Prozessuale „Strafzumessungsverbote“ für nicht mitangeklagte oder wieder ausgeschiedene strafbare Vor- und Nachtaten? Zur Frage der selbständigen, „gesonderten Bewertung“ oder nur „indiziellen“ Berücksichtigung derartiger „Nebendelikte“, in: NStZ 1981, S. 81-86.
(zit.: *Bruns*, NStZ 1981, S.)
- Callies, Rolf-Peter: Strafzwecke und Strafrecht – 40 Jahre Grundgesetz – Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?, in: NJW 1989, S. 1338-1343.
(zit.: *Callies*, NJW 1989, S.)
- Cramer, Peter: Absprachen im Strafprozeß, in: FS Rebmann, München 1989, S. 145-159.
(zit.: *Cramer*, FS Rebmann 1989, S.)
- Dahs, Hans: Absprachen im Strafprozeß – Chancen und Risiken, in: NStZ 1988, S. 153-159.
(zit.: *Dahs*, NStZ 1988, S.)
- Deal, Detlef:⁷⁰⁷ Der strafprozessuale Vergleich, in: StV 1982, S. 545-552.
(zit.: *Deal*, StV 1982, S.)
- Dencker, Friedrich: Verwertungsverbote im Strafprozeß, Köln 1977.
(zit.: *Dencker*, Verwertungsverbote im Strafprozeß 1977, S.)
- Dencker, Friedrich: Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, in: ZStW 102 (1990), S. 50-79.
(zit.: *Dencker*, ZStW 1990, S.)
- Dippel, Karlhans: Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, in: FS Widmaier, Köln/München 2008, S. 105-126.
(zit.: *Dippel*, FS Widmaier 2008, S.)
- Dölling, Dieter: Generalprävention durch Strafrecht: Realität oder Illusion?, in: ZStW 102 (1990), S. 1-20.
(zit.: *Dölling*, ZStW 1990, S.)
- Dreher, Eduard: Zur Spielraumtheorie als der Grundlage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofs, in: JZ 1967, S. 41-46.
(zit.: *Dreher*, JZ 1967, S.)
- Durkheim, Émile: Über soziale Arbeitsteilung – Studie über die Organisation höherer Gesellschaften, 2. Auflage, Frankfurt am Main 1988.
(zit.: *Durkheim*, Über soziale Arbeitsteilung 1988, S.)
- Erb, Volker/Esser, Robert/Franke, Ulrich/Graalman-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander: Löwe-Rosenberg – Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 6. Band, 2. Teilband §§ 256-295, 26. Auflage, Berlin/Boston 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Löwe-Rosenberg StPO 2013, §, Rn.)
- Fabricius, Dirk: Generalprävention oder: Die beste Kriminalpolitik ist eine gute Rechtspolitik, in: FS Schwind, Heidelberg 2006, S. 269-287.
(zit.: *Fabricius*, FS Schwind 2006, S.)
- Fischer, Thomas: Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem?, in: StraFo 2009, S. 177-188.
(zit.: *Fischer*, StraFo 2009, S.)

⁷⁰⁷ Pseudonym, verwandt von *Hans-Joachim Weider*, so u.a. *Widmaier*, NJW 2005, S. 1986.

- Fischer, Thomas: Regelung der Urteilsabsprache – ein Appell zum Innehalten, in: NStZ 2007, S. 433-436.
(zit.: *Fischer*, NStZ 2007, S.)
- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 60. Auflage, München 2013.
(zit.: *Fischer*, StGB 2013, §, Rn.)
- Frisch, Wolfgang: Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik – Das Recht der Strafzumessung im Lichte der systematischen Darstellungen von Hans-Jürgen Bruns und Franz Pallin (Teil II), in: ZStW 99 (1987), S. 751-805.
(zit.: *Frisch*, ZStW 1987, S.)
- Frisch, Wolfgang: Schwächen und berechnete Aspekte der Theorie der positiven Generalprävention – Zur Schwierigkeit des „Abschieds von Kant und Hegel“, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 125-145.
(zit.: *Frisch*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)
- Frister, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 6. Auflage, München 2013.
(zit.: *Frister*, Strafrecht AT 2013, Kap., Rn.)
- Gallandi, Volker: Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86, in: NStZ 1987, S. 420-421.
(zit.: *Gallandi*, NStZ 1987, S.)
- Gerlach, Götz: Absprachen im Strafverfahren – Ein Beitrag zu den Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt am Main 1992.
(zit.: *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren 1992, S.)
- Giehring, Heinz: Sozialwissenschaftliche Forschung zur Generalprävention und normative Begründung des Strafrechts, in: KrimJ 1987, S. 2-11.
(zit.: *Giehring*, KrimJ 1987, S.)
- Gössel, Karl Heinz, Quo vadis, Strafverfahren? Zweckmäßigkeit versus Gerechtigkeit: Vom rechtsstaatlichen Strafprozess zum geheimen Willkürverfahren in der babylonischen Gefangenenschaft der Justiz, in: FS Fezer, Berlin 2008, S. 495-530.
(zit.: *Gössel*, FS Fezer 2008, S.)
- Gössel, Karl Heinz: Wesen und Begründung der strafrechtlichen Sanktion, in: FS Pfeiffer, Köln 1987, S. 3-25.
(zit.: *Gössel*, FS Pfeiffer 1987, S.)
- Graf, Jürgen Peter, Beck'scher Online-Kommentar Strafprozessordnung, Edition 17, Stand 30.09.2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK StPO 09-2013, §, Rn.)
- Grasnick, Walter: Über Schuld, Strafe und Sprache – Systematische Studien zu den Grundlagen der Punktstrafen- und Spielraumtheorie, Tübingen 1987.
(zit.: *Grasnick*, Über Schuld, Strafe und Sprache 1987, S.)
- Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2005.
(zit.: *Gropp*, Strafrecht AT 2005, §, Rn.)
- Haffke, Bernhard: Tiefenpsychologie und Generalprävention – eine straftheoretische Untersuchung, Frankfurt am Main 1976.
(zit.: *Haffke*, Tiefenpsychologie und Generalprävention 1976, S.)
- Hallich, Oliver: Präventionstheorien der Strafe, in: Gesang, Bernhard/Schälke, Julius: Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie, Paderborn 2011, S. 151-176.
(zit.: *Hallich*, in: Die großen Kontroversen der Rechtsphilosophie 2011, S.)
- Hamm, Rainer: Von der Unmöglichkeit, Informelles zu formalisieren – das Dilemma der Urteilsabsprachen, in: FS Meyer-Gossner, München 2001, S. 33-48.
(zit.: *Hamm*, FS Meyer-Gossner 2001, S.)

- Hammerstein, Dominik: Das Geständnis und sein Wert – Lippenbekenntnisse in der Strafzumessung, in: StV 2007, S. 48-52.
(zit.: *Hammerstein*, StV 2007, S.)
- Hannich, Rolf: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung – mit GVG, EGGVG und EMRK, 7. Auflage, München 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Karlsruher Kommentar StPO 2013, §, Rn.)
- Harms, Monika: Die konsensuale Verfahrensbeendigung, das Ende des herkömmlichen Strafprozesses? – Ein weiterer Versuch einer Zwischenbilanz, in: FS Nehm, Berlin 2006, S. 289-297.
(zit.: *Harms*, FS Nehm 2006, S.)
- Hart-Hönig, Kai: Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Theorie positiver Generalprävention, Berlin 1992.
(zit.: *Hart-Hönig*, Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung 1992, S.)
- Hassemer, Winfried: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Auflage, München 1990.
(zit.: *Hassemer*, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts 1990, S.)
- Hassemer, Winfried: Förmlichkeiten in Strafprozess, in: FS Volk, München 2009, S. 207-222.
(zit.: *Hassemer*, FS Volk 2009, S.)
- Hassemer, Winfried: Variationen der positiven Generalprävention, in: Schönemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 29-50.
(zit.: *Hassemer*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)
- Hassemer, Winfried: Warum Strafe sein muss – Ein Plädoyer, Berlin 2009.
(zit.: *Hassemer*, Warum Strafe sein muss 2009, S.)
- Hauer, Judith: Geständnis und Absprache, Berlin 2007.
(zit.: *Hauer*, Geständnis und Absprache 2007, S.)
- Heinrich, Bernd: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stuttgart 2012.
(zit.: *Heinrich*, Strafrecht AT 2012, Rn.)
- Henkel, Heinrich: Die „richtige“ Strafe – Gedanken zur richterlichen Strafzumessung, Tübingen 1969.
(zit.: *Henkel*, Die „richtige Strafe“ 1969, S.)
- Hettinger, Michael: Die Absprache im Strafverfahren als rechtsstaatliches Problem, in: JZ 2011, S. 292-301.
(zit.: *Hettinger*, JZ 2011, S.)
- Hoerster, Norbert: Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens, in: GA 1970, S. 272-281.
(zit.: *Hoerster*, GA 1970, S.)
- Hönig, Sandra: Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, Frankfurt am Main 2004.
(zit.: *Hönig*, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke 2004, S.)
- Hörnle, Tatjana: Gegenwärtige Strafbegründungstheorien: Die herkömmliche deutsche Diskussion, in: von Hirsch, Andrew/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt: Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, S. 11-30.
(zit.: *Hörnle*, in: Strafe 2011, S.)
- Hörnle, Tatjana/von Hirsch, Andrew: Positive Generalprävention und Tadel, in: GA 1995, S. 261-282.
(zit.: *Hörnle/von Hirsch*, GA 1995, S.)
- Hörnle, Tatjana: Straftheorien, Tübingen 2011.
(zit.: *Hörnle*, Straftheorien 2011, S.)
- Hörnle, Tatjana: Tatproportionale Strafzumessung, Berlin 1999.
(zit.: *Hörnle*, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S.)

- Hoffmann, Peter: Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht, Göttingen 1992.
(zit.: *Hoffmann*, Zum Verhältnis der Strafzwecke Vergeltung und Generalprävention in ihrer Entwicklung und im heutigen Strafrecht 1992, S.)
- Horn, Norbert: Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Auflage, München 2011.
(zit.: *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie 2011, Rn.)
- Huttenlocher, Peter: Dealen wird Gesetz – die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung. Zugleich eine kritische Untersuchung der aktuellen Gesetzesvorschläge des BMJ, der BRAK, des Bundesrats, des DAV, der Generalstaatsanwälte u.a., Hamburg 2007.
(zit.: *Huttenlocher*, Dealen wird Gesetz 2007, S.)
- Ioakimidis, Ariadne: Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren, Frankfurt am Main 2001.
(zit.: *Ioakimidis*, Die Rechtsnatur der Absprache im Strafverfahren 2001, S.)
- Jahn, Matthias: Anmerkung zu BGH v. 03.08.1994 – 2 StR 161/94, in: StV 1996, S. 259-262.
(zit.: *Jahn*, StV 1996, S.)
- Jahn, Matthias/Müller, Martin: Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachepraxis, in: NJW 2009, S. 2625-2631.
(zit.: *Jahn/Müller*, NJW 2009, S.)
- Jähnke, Burkhard/Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Odersky, Walter: Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar, 2. Band: §§ 32-55, 11. Auflage, Berlin 2003.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Leipziger Kommentar StGB 2003, §, Rn.)
- Jakobs, Günther: Norm, Person, Gesellschaft – Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Auflage, Berlin 2008.
(zit.: *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft 2008, S.)
- Jakobs, Günther: Schuld und Prävention, Tübingen 1976.
(*Jakobs*, Schuld und Prävention 1976, S.)
- Jakobs, Günther: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn 2004.
(zit.: *Jakobs*, Staatliche Strafe 2004, S.)
- Jakobs, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Auflage, Berlin/New York 1991.
(zit.: *Jakobs*, Strafrecht AT 1991, Abschn., Rn.)
- Jakobs, Günther: Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: ZStW 117 (2005), S. 247-266.
(zit.: *Jakobs*, ZStW 2005, S.)
- Jakobs, Günther: System der strafrechtlichen Zurechnung, Frankfurt am Main 2012.
(zit.: *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung 2012, S.)
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
(zit.: *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT 1996, S.)
- Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus: Münchener Kommentar zum StGB.
Band 1: §§ 1-37, 2. Auflage, München 2011.
Band 2: §§ 38-79b, 2. Auflage, München 2012.
Vorauslage: Band 1: §§ 1-56, München 2003.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar StGB Jahr, §, Rn.)
- Kaufmann, Arthur: Das Schuldprinzip, Heidelberg 1961.
(*Kaufmann*, Das Schuldprinzip 1961, S.)

- Kempf, Eberhard: Gesetzliche Regelung von Absprachen im Strafverfahren? oder: Soll Informelles formalisiert werden?, in: StV 2009, S. 269-276.
(zit.: *Kempf*, StV 2009, S.)
- Kruse, Michael: Urteilsabsprachen in der neuesten Rechtsprechung des BGH, in: StraFo 2010, S. 146-150.
(zit.: *Kruse*, StraFo 2010, S.)
- Kindhäuser, Urs: Personalität, Schuld und Vergeltung – Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe, in: GA 1989, S. 493-507.
(zit.: *Kindhäuser*, GA 1989, S.)
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Nomos Kommentar StGB 2013, §, Rn.)
- Kirsch, Stefan: Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren, in: StraFo 2010, S. 96-101.
(zit.: *Kirsch*, StraFo 2010, S.)
- Kleinknecht, Th./Müller, H./Reitberger, L.: Kommentar zur Strafprozessordnung, Köln 2011.
(zit.: *Bearbeiter*, in: KMR StPO Stand, §, Rn.)
- Klug, Ulrich: Abschied von Kant und Hegel, in: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht, Band 2: Materielle und formelle Strafrechtsprobleme, Berlin/Heidelberg/NewYork 1981, S. 149-154.
(zit.: *Klug*, in: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht 1981, Band 2, S.)
- Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg 1997.
(zit.: *Köhler*, Strafrecht AT 1997, S.)
- König, Stefan: Anmerkung zu KG Beschl. v. 28.02.2005 – 5 Ws 673/04, in: StraFo 2006, S. 170-171.
(zit.: *König*, StraFo 2006, S.)
- Krey, Volker/Esser, Robert: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung, 5. Auflage, Stuttgart 2012.
(zit.: *Krey/Esser*, Strafrecht AT 2012, Rn.)
- Kuckein, Jürgen/Pfister, Wolfgang: Verständigung im Strafverfahren – Bestandsaufnahme und Perspektiven, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln/Berlin/Bonn/München 2000, S. 641-661.
(zit.: *Kuckein/Pfister*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, S.)
- Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011.
(zit.: *Kühl*, StGB 2011, §, Rn.)
- Landau, Herbert: Strafrecht nach Lissabon, in: NStZ 2011, S. 537-546.
(zit.: *Landau*, NStZ 2011, S.)
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Rissing-van Saan, Ruth/Tiedemann, Klaus: Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar, 2. Band: §§ 32-55, 12. Auflage, Berlin 2006.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Leipziger Kommentar StGB 2006, §, Rn.)
- Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöller, Mark: AnwaltKommentar – StGB, Bonn 2011.
(zit.: *Bearbeiter*, in: AnwaltKommentar StGB 2011, §, Rn.)
- Löffler, Jasmin: Die Absprache im Strafprozessrecht – Eine Analyse der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2010.
(zit.: *Löffler*, Die Absprache im Strafprozessrecht 2010, S.)
- Maiwald, Manfred: Die Verteidigung der Rechtsordnung – Analyse eines Begriffs, in: GA 1983, S. 49-72.
(zit.: *Maiwald*, GA 1983, S.)

- Maiwald, Manfred: Moderne Entwicklungen der Auffassung vom Zweck der Strafe, in: Immenga, Ulrich: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung, Göttingen 1980, S. 291-304.
(zit.: *Maiwald*, in: Rechtswissenschaft und Rechtsentwicklung 1980, S.)
- Maurach, Reinhart/ Zipf, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1 – Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, Heidelberg 1992.
(zit.: *Maurach/Zipf*, Strafrecht AT-1 1992, §, Rn.)
- Mayer, Hellmuth: Das Strafrecht des Deutschen Volkes, Nachdruck der Ausgabe Stuttgart 1936, Goldbach 1995.
(zit.: *Mayer*, Das Strafrecht des Deutschen Volkes 1936, S.)
- Mayer, Hellmuth: Strafrechtsreform für heute und morgen, Berlin 1962.
(zit.: *Mayer*, Strafrechtsreform für heute und morgen 1962, S.)
- Meier, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, 3. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York 2009.
(zit.: *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen 2009, S.)
- Meyer-Goßner, Lutz: Die Zukunft des Strafverfahrens – Abschied vom Rechtsstaat?, in: ZStW 119 (2007), S. 938-944.
(zit.: *Meyer-Goßner*, ZStW 2007, S.)
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram: Strafprozessordnung – Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 56. Auflage, München 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Goßner/Schmitt StPO 2013, §, Rn.)
- Momsen, Carsten/Rackow, Peter: Die Straftheorien, in: JA 2004, S. 336-340.
(zit.: *Momsen/Rackow*, JA 2004, S.)
- Müller-Dietz, Heinz: Integrationsprävention und Strafrecht – Zum positiven Aspekt der Generalprävention, in: FS Jescheck, Berlin 1985, S. 813-827.
(zit.: *Müller-Dietz*, FS Jescheck 1985, S.)
- Müller-Dietz, Heinz: Strafzumessung und Folgenorientierung, in: FS Spendel, Berlin/New York 1992, S. 413-433.
(zit.: *Müller-Dietz*, FS Spendel 1992, S.)
- Müller-Tuckfeld, Jens Christian: Integrationsprävention – Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts, Frankfurt am Main 1998.
(zit.: *Müller-Tuckfeld*, Integrationsprävention 1998, S.)
- Müller, Martin: Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, Köln 2008.
(zit.: *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren 2008, S.)
- Neumann, Ulfrid/Schroth, Ulrich: Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe, Darmstadt 1980.
(zit.: *Neumann/Schroth*, Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980, S.)
- Neumann, Ulfrid: Normative Kritik der Theorie der positiven Generalprävention – 10 Thesen, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 147-152.
(zit.: *Neumann*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)
- Niemöller, Martin: Absprachen im Strafprozeß, in: StV 1990, S. 34-38.
(zit.: *Niemöller*, StV 1990, S.)
- Niemöller, Martin/Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim: Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren – Kommentar, München 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Verständigungskommentar 2010, §, Rn.)
- Otto, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle – Wandel vom soziologischen zum ökonomischen Paradigma in der nordamerikanischen Kriminologie?, Freiburg 1982.
(zit.: *Otto*, Generalprävention und externe Verhaltenskontrolle 1982, S.)

- Pawlik, Michael: Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen, in: FS Rudolphi, Neuwied 2004, S. 213-230.
(zit.: *Pawlik*, FS Rudolphi 2004, S.)
- Pritzwitz, Cornelius: Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main 1993.
(zit.: *Pritzwitz*, Strafrecht und Risiko 1993, S.)
- Radtke, Henning/Hohmann, Olaf: Strafprozessordnung – Kommentar, München 2011.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Radtke/Hohmann StPO 2011, §, Rn.)
- Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München 2013.
(zit.: *Rengier*, Strafrecht AT 2013, §, Rn.)
- Rieß, Peter: Gedanken über das Geständnis im Strafverfahren, in: FS Richter II, Baden-Baden 2006, S. 433-445.
(zit.: *Rieß*, FS Richter II 2006, S.)
- Rieß, Peter: Thesen zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Fernwirkung der gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache, in: StraFo 2010, S. 10-12.
(zit.: *Rieß*, StraFo 2010, S.)
- Rönnau, Thomas: Die Absprache im Strafprozeß – Eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit von Absprachen nach dem geltenden Strafprozeßrecht, Baden-Baden 1990.
(zit.: *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß 1990, S.)
- Roxin, Claus: Prävention und Strafzumessung, in: FS Bruns, Köln 1978, S. 183-204.
(zit.: *Roxin*, FS Bruns 1978, S.)
- Roxin, Claus: Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, in: JuS 1966, S. 377-387.
(zit.: *Roxin*, JuS 1966, S.)
- Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.
(zit.: *Roxin*, Strafrecht AT-1 2006, §, Rn.)
- Roxin, Claus: Wandlungen der Strafzwecklehre, in: FS Müller-Dietz, München 2001, S. 701-715.
(zit.: *Roxin*, FS Müller-Dietz 2001, S.)
- Saliger, Frank: Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung – BGH (GS), NJW 2005, 1440, in: JuS 2006, S. 8-12.
(zit.: *Saliger*, JuS 2006, S.)
- Salas, Minor E.: Kritik des strafprozessualen Denkens – Rechtstheoretische Grundlagen einer (realistischen) Theorie des Strafverfahrens, München 2005.
(zit.: *Salas*, Kritik des strafprozessualen Denkens 2005, S.)
- Salditt, Franz: Allgemeine Honorierung besonderer Aufklärungshilfe – Anmerkungen zum Entwurf einer dritten Säule des Strafzumessungsrechts (§ 46 b E-StGB), in: StV 2009, S. 375-379.
(zit.: *Salditt*, StV 2009, S.)
- Satzger, Helmut/Schmitt, Bertram/Widmaier, Gunter: StGB – Strafgesetzbuch Kommentar, Köln 2009.
(zit.: *Bearbeiter*, in: SSW StGB 2009, §, Rn.)
- Schäfer, Gerhard/Sander, Günther M./van Gemmeren, Gerhard: Praxis der Strafzumessung, 5. Auflage, München 2012.
(zit.: *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung 2012, Rn.)
- Schmidhäuser, Eberhard: Vom Sinn der Strafe.
Nachdruck der 2. Auflage Göttingen 1971, Berlin 2007.
Vorauslage: 1. Auflage, Göttingen 1963.
(zit.: *Schmidhäuser*, Vom Sinn der Strafe Jahr, S.)

- Schmidt-Hieber, Werner: Hinweis auf die strafmildernden Wirkungen des Geständnisses?, in: FS Wassermann, Neuwied/Darmstadt 1985, S. 995-1005.
(zit.: *Schmidt-Hieber*, FS Wassermann 1985, S.)
- Schmidt-Hieber, Werner: Vereinbarungen im Strafverfahren, in: NJW 1982, S. 1017-1021.
(zit.: *Schmidt-Hieber*, NJW 1982, S.)
- Schmidt-Hieber, Werner: Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten und Grenzen für die Beteiligten in den Verfahrensabschnitten, München 1986.
(zit.: *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren 1986, S.)
- Schmitt, Bertram: Die Verständigung in der Revision – eine Zwischenbilanz, in: StraFo 2012, S. 386-395.
(zit.: *Schmitt*, StraFo 2012, S.)
- Schöch, Gabriele: Konnexität und Vertrauensschutz bei versuchter Verständigung im Strafverfahren, in: NJW 2004, S. 3462-3466.
(zit.: *Schöch*, NJW 2004, S.)
- Schöch, Heinz: Empirische Grundlagen der Generalprävention, in: FS Jescheck, Berlin 1985, S. 1081-1105.
(zit.: *Schöch*, FS Jescheck 1985, S.)
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder StGB 2010, §, Rn.)
- Schreiber, Hans-Ludwig: Strafzumessungsrecht, in: NStZ 1981, S. 338-341.
(zit.: *Schreiber*, NStZ 1981, S.)
- Schreiber, Hans-Ludwig: Widersprüche und Brüche in heutigen Strafkonzeptionen, in: ZStW 94 (1982), S. 279-298.
(zit.: *Schreiber*, ZStW 1982, S.)
- Schünemann, Bernd/Hauer, Judith: Absprachen im Strafverfahren – Zentrale Probleme einer künftigen gesetzlichen Regelung, in: AnwBl 2006, S. 439-445.
(zit.: *Schünemann/Hauer*, AnwBl 2006, S.)
- Schünemann, Bernd: Aporien der Straftheorie in Philosophie und Literatur – Gedanken zu Immanuel Kant und Heinrich von Kleist, in: FS Lüderssen, Baden-Baden 2002, S. 327-343.
(zit.: *Schünemann*, FS Lüderssen 2002, S.)
- Schünemann, Bernd: Die Absprachen im Strafverfahren – Von ihrer Gesetz- und Verfassungswidrigkeit, von der ihren Versuchungen erliegenden Praxis und vom dogmatisch gescheiterten Versuch des 4. Strafsenats des BGH, sie im geltenden Strafprozessrecht zu verankern, in: FS Rieß, Berlin/New York 2002, S. 525-546.
(zit.: *Schünemann*, FS Rieß 2002, S.)
- Schünemann, Bernd: Die Erscheinungsformen der Verständigung in der heutigen Strafprozesswirklichkeit, in: Verhandlungen des achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, München 1990, S. B 12-B 26.
(zit.: *Schünemann*, in: Gutachten 58. Juristentag 1990, S.)
- Schünemann, Bernd: Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens, in: FS Baumann, Bielefeld 1992, S. 361-382.
(zit.: *Schünemann*, FS Baumann 1992, S.)
- Schünemann, Bernd: Wohin treibt der deutsche Strafprozess?, in: ZStW 114 (2002), S. 1-62.
(zit.: *Schünemann*, ZStW 2002, S.)
- Schünemann, Bernd: Zum Stellenwert der positiven Generalprävention in einer dualistischen Straftheorie, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 109-123.
(zit.: *Schünemann*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)

- Schumann, Karl F.: Positive Generalprävention – Ergebnisse und Chancen der Forschung, Heidelberg 1989.
(zit.: *Schumann*, Positive Generalprävention 1989, S.)
- Schwind, Hans-Dieter/Böhm, Alexander/Jehle, Jörg-Martin/Laubenthal, Klaus: Strafvollzugsgesetz – Bund und Länder, 6. Auflage, Berlin/Boston 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: StVollzG 2013, §, Rn.)
- Seier, Jürgen: Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, in: JZ 1988, S. 683-688.
(zit.: *Seier*, JZ 1988, S.)
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentages: Verhandlungen des achtundfünfzigsten Deutschen Juristentages – München 1990, München 1990.
(zit.: Verhandlungen des Deutschen Juristentages 1990, S.)
- Stüber, Hans-Jürgen: Generalpräventive Strafzumessung – Zugleich ein Beitrag zur Bedeutung empirischer Feststellungen in richterlicher Strafzumessungsargumentation, Darmstadt 1980.
(zit.: *Stüber*, Generalpräventive Strafzumessung 1980, S.)
- Stratenwerth, Günter: Was leistet die Lehre von den Strafzwecken?, Berlin/New York 1995.
(zit.: *Stratenwerth*, Was leistet die Lehre von den Strafzwecken? 1995, S.)
- Streng, Franz: Praktikabilität und Legitimität der „Spielraumtheorie“ – Perspektiven einer Strafzumessungstheorie angesichts neuer Befunde und Entwicklungen, in: FS Müller-Dietz, München 2001, S. 875-903.
(zit.: *Streng*, FS Müller-Dietz 2001, S.)
- Streng, Franz: Schuld, Vergeltung, Generalprävention – Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe, in: ZStW 92 (1980), S. 637-681.
(zit.: *Streng*, ZStW 1980, S.)
- Streng, Franz: Strafrechtliche Sanktionen – Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 3. Auflage, Stuttgart 2012.
(zit.: *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen 2012, Rn.)
- Terhorst, Bruno: Kriterien für konsensuales Vorgehen im Strafverfahren – freie Wahl für Urteilsabsprachen?, in: GA 2002, S. 600-614.
(zit.: *Terhorst*, GA 2002, S.)
- Thomsen, Andreas: Das Deutsche Strafrecht – Allgemeiner Teil, Nachdruck der Ausgabe Berlin 1906, Goldbach 1997.
(zit.: *Thomsen*, Das Deutsche Strafrecht 1906, S.)
- Tscherwinka, Ralf: Absprachen im Strafprozeß, Frankfurt am Main 1995.
(zit.: *Tschervinka*, Absprachen im Strafprozeß 1995, S.)
- Vanberg, Viktor: Verbrechen, Strafe und Abschreckung – Die Theorie der Generalprävention im Lichte der neueren sozialwissenschaftlichen Diskussion, Tübingen 1982.
(zit.: *Vanberg*, Verbrechen, Strafe und Abschreckung 1982, S.)
- Ventzke, Klaus-Ulrich: Die Verständigung in der Revision – „...ist insoweit ersichtlich nichts erwiesen“, in: StraFo 2012, S. 212-221.
(zit.: *Ventzke*, StraFo 2012, S.)
- von Heintschel-Heinegg, Bernd, Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 23, Stand 22.07.2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK StGB 07-2013, §, Rn.)
- von Hirsch, Andrew: Tadel und Prävention: Die Übelzufügung als Element der Strafe, in: Schünemann, Bernd/von Hirsch, Andrew/Jareborg, Nils: Positive Generalprävention – Kritische Analysen im deutsch-englischen Dialog, Uppsala-Symposium 1996, Heidelberg 1998, S. 101-107.
(zit.: *von Hirsch*, in: Positive Generalprävention 1998, S.)

- Volbert, Renate: Falsche Geständnisse bei Kapitaldelikten: Grundlagen, in: FS Eisenberg, München 2009, S. 205-212.
(zit.: *Volbert*, FS Eisenberg 2009, S.)
- Vormbaum, Thomas: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit.
Band I: 17.-18. Jahrhundert, Baden-Baden 1993.
Band II: 19.-20. Jahrhundert, Baden-Baden 1993.
(zit.: *Verfasser*, in: Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit (Erscheinungsjahr des Textes), Band, S.)
- Walters, Stan B.: Principles of Kinesic Interview and Interrogation, 2. Auflage, USA 2003.
(zit.: *Walters*, Principles of Kinesic Interview and Interrogation 2003, S.)
- Weigend, Thomas: Abgesprochene Gerechtigkeit – Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?, in: JZ 1990, S. 774-782.
(zit.: *Weigend*, JZ 1990, S.)
- Weigend, Thomas: Der Bundesgerichtshof vor der Herausforderung der Absprachepraxis, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München 2000, S. 1011-1042.
(zit.: *Weigend*, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2000, Band IV, S.)
- Weigend, Thomas: Kommentar zu Tatjana Hörnle, Gegenwärtige Strafrechtsbegründungstheorien, in: von Hirsch, Andrew/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt: Strafe – Warum? Gegenwärtige Strafbegründungen im Lichte von Hegels Straftheorie, Baden-Baden 2011, S. 31-41.
(zit.: *Weigend*, in: Strafe 2011, S.)
- Weigend, Thomas: Verständigung in der Strafprozessordnung – auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell?, in: FS Maiwald, Berlin 2010, S. 829-848.
(zit.: *Weigend*, FS Maiwald 2010, S.)
- Welcker, Karl Theodor: Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe – Philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt, Neudruck der Ausgabe Giessen 1813, Aalen 1964.
(zit.: *Welcker*, Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe 1813, S.)
- Welzel, Hans: Das Deutsche Strafrecht – Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, Berlin 1969.
(zit.: *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht 1969, S.)
- Welzel, Hans: Das Gesinnungsmoment im Recht, in: FS Gierke, Berlin 1950, S. 290-298.
(zit.: *Welzel*, FS Gierke 1950, S.)
- Widmaier, Gunter: Der strafprozessuale Vergleich, in: StV 1986, S. 357-359.
(zit.: *Widmaier*, StV 1986, S.)
- Widmaier, Gunter: Die Urteilsabsprache im Strafprozess – ein Zukunftsmodell?, in: NJW 2005, S. 1985-1987.
(zit.: *Widmaier*, NJW 2005, S.)
- Widmaier, Gunter: Münchener Anwalts Handbuch Strafverteidigung, München 2006.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Anwalts Handbuch Strafverteidigung 2006, §, Rn.)
- Wolter, Jürgen: SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2: §§ 46-122, 8. Auflage, Köln 2012.
(zit.: *Bearbeiter*, SK-StGB Stand, §, Rn.)
- Wolter, Jürgen: SK-StPO – Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK.
Band IV: §§ 198-246 StPO, 4. Auflage, Köln 2011.
Band V: §§ 246a-295 StPO, 4. Auflage, Köln 2012.
(zit.: *Bearbeiter*, in: SK-StPO Jahr, §, Rn.)

Zaczyk, Rainer: Zur Begründung der Gerechtigkeit menschlichen Strafens, in: FS Eser, München 2005, S. 207-220.

(zit.: *Zaczyk*, FS Eser 2005, S.)

Zulawski, David E./Wicklander, Douglas E.: Practical Aspects of Interview and Interrogation, 2. Auflage, USA 2002.

(zit.: *Zulawski/Wicklander*, Practical Aspects of Interview and Interrogation 2002, S.)