

Urteilsabsprachen und Konkurrenzlehre

– Das „nach-präventive“ Strafrecht zwischen strenger Gesetzlichkeit und flexibilisiertem Verfahren –

1. Konstellationen

Die Praxis der Urteilsabsprachen hat sich in der Rechtswirklichkeit fest etabliert, genauer gesagt, sie ist für den modernen Prozess charakteristisch geworden.¹ Entwickelt wurde sie durch die Rechtsprechung; ausgestaltet weitgehend *praeter legem*.² Die dementsprechende Verfahrensform ist Ausdruck einer verstärkt am Effektivitäts- und Beschleunigungsinteresse ausgerichteten Gesellschaft.³ Zwar hat der 4. Strafsenat des BGH mit seinem Beschluss vom 28. August 1997 versucht, diesem Modell konsensualer Konfliktlösung eine rechtsangemessene und prinzipiengeleitete Kontur zu verleihen, mit dem klaren Ziel, die Absprachenregelungen in das System der herkömmlichen Verfahrensgestaltung zu inkorporieren.⁴ Allerdings ist es auch im Anschluss an diesen „höchstrichterlichen Befreiungsschlag“ nur partiell gelungen, die Praxis der Urteilsabsprachen auf eine *einheitliche* Struktur zu verpflichten. Inzwischen scheinen sogar gegenläufige (Erledigungs-)Strategien die Oberhand zu gewinnen. Vor allem die divergierenden *Interessen*, und folglich verfahrenspraktischen *Differenzen* zwischen Tat- und Revisionsgerichten sind kaum noch zu übersehen. Aber auch die damit verbundenen *Unsicherheiten* bei vielen Praktikern, ob Strafverfolgungsbehörden oder Anwaltschaft, sind mehr als offenkundig. Selbst der Große Senat für Strafsachen kommt nunmehr zu der Überzeugung, dass sich die Verständigung in ihrer derzeitigen Handhabung zunehmend von einem prozessual zulässigen „offenen Verhandeln“ entferne und „in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen dem Gericht und den übrigen

-
- 1 Vgl. hier nur – *pars pro toto* – die Analysen von *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen, 2004; *Rönnau*, Die Absprache im Strafverfahren, 1990 sowie *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006; *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahrensrecht, 2008; *Sauer*, Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2008; *Schöch*, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007; einen Überblick über den Streit- und Diskussionsstand liefern *Küpper/Bode*, Jura 1999, 351 ff.
 - 2 Dies ist sicherlich die moderate Lesart; dass man das auch anders sehen und interpretieren kann, zeigen die Beiträge von *Fischer*, NStZ 2007, 433 (Fn. 6: der dort von einem puren Euphemismus spricht, „Die geltende StPO stand der Absprache von Urteilen stets eindeutig und unstreitig entgegen.“); *Harms*, in: FS Nehm, 2006, S. 289 ff.; *Schünemann*, StV 1993, 657 ff. und *Gössel*, in: FS Böttcher, 2007, S. 79 ff.
 - 3 So jüngst analysiert von *Hassemer*, in: Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, 99 ff.; zum ganzen schon *Stratenwerth*, ZStW 105 (1993), 679 ff. und *E.A. Wolff*, in: Strafrechtspolitik, 1987, S. 137 ff.
 - 4 Vgl. BGHSt 43, 195; zur generellen Billigung der Absprachenpraxis siehe aber bereits den Kammerbeschluss des BVerfG NJW 1987, 2662.

Verfahrensbeteiligten“ bewege.⁵ Der Grund für die hier auftretenden Komplikationen wird nicht selten in der fehlenden Institutionalisierung und rechtspolitischen Vermittlung gesehen. Einher geht damit die Frage nach den prozessualen Grenzen dieser (Erledigungs-) Strategie und – im Gegenzug – die Forderung nach einer gesetzgeberischen Lösung derselben.⁶ Es steht allerdings zu vermuten, dass die allseits geführte Diskussion nur die *Oberfläche* einer wohl nicht mehr umkehrbaren Entwicklung in den Blick nimmt. Folgt man nämlich den *Tiefenstrukturen* kontradiktorischer Konfliktregulierungen, so wird deutlich, dass die Praxis der Urteilsabsprachen und die Strukturen des Strafprozesses, pointiert, die Flexibilisierung der (Verfahrens-) Form und der Geltungsanspruch des Gesetzes, widerstreitende Interessen artikulieren, deren Harmonisierung nicht vor schnell unterstellt werden darf.⁷ Freilich scheint diese Behauptung in diametralem Gegensatz zur gerichtspraktischen Akzeptanz der Urteilsabsprachen zu stehen. Gerade am Beispiel der *Konkurrenzregelung* lässt sich jedoch zeigen, wie die zunehmende Bedeutung der Verständigungslösung zu einer fortschreitenden Marginalisierung, man kann auch sagen, zu einer sukzessiven Neubewertung der *Strafgesetzmäßigkeit* und damit auch des *öffentlichen Strafanspruchs* führt. Nun wird mit dieser Zustandsbeschreibung keineswegs der unaufhaltsame Niedergang des deutschen Strafprozesses annonciert, wohl aber wird dem allein pragmatischen und inzwischen auch legislatorischen Entformalisierungstendenzen, zugunsten einer prinzipiengeleiteten (Neu-) Verortung des Verfahrens widersprochen. Nachfolgend soll diese These vorgestellt werden, indem – anders als in den meisten Stellungnahmen – die spezifische Dynamik von individueller Freiheitsgewährleistung und strafrechtlicher Konfliktverarbeitung offen gelegt wird (II.). Daran wird sich ein Blick auf die normativen Implikationen der gegenwärtigen Prozess- und Absprachenpraxis anschließen. Das wiederum wird die Möglichkeit eröffnen, die systembedingten Dilemmata präzise zu beschreiben (III.) und die daraus erwachsenden Konsequenzen (IV.), vor allem aber die Perspektiven zu verdeutlichen (V.).

- 5 Vgl. *BGH* (GS) NJW 2005, 1440; zu weiteren Entscheidungen sei verwiesen auf: *BGH* NStZ 2006, 586; *BGH* wistra 2006, 394; *BGH* NStZ 2007, 419; *BGH* StV 2007, 618; *BGH* NStZ 2008, 54 sowie *BGH*St 51, 84; zur Entwicklung der höchstrichterlichen Rspr. siehe *Weigend*, in: FS BGH 2000, S. 1011 ff.; systematisch aufgearbeitet wird die Problematik bei *Sinner*, *Der Vertragsgedanke im Strafprozess*, 1999. Grundsätzlich ablehnend äußert sich *Schünemann*, *Wetterzeichen*, 2005; *ders.*, bereits in ZStW 114 (2002), 1 ff., ähnlich auch *Harms* (Anm. 2).
- 6 Die Debatte ist kaum noch überschaubar. Zur Frage der Grenzen konsensualer Strafverfahren vgl. hier nur *Duttge*, in: FS Böttcher, 2007, 52 ff. und *Ransiek*, ZIS 2008, 116 ff.; zur Forderung nach einer gesetzgeberischen Initiative wiederum *Kuckein/ Pfister*, in: FS BGH, 2000, S. 641 ff.; *Ignor/ Matt*, StV 2002, 102 ff.; *Meyer-Goßner* NStZ 2007, 425 ff. und *Weßlau*, ZStW 116 (2002), 150 ff.; siehe aber auch den GesetzesE des BR v. 31.1.2007, BT-Dr 16/ 4197 sowie RefE des BMJ v. Mai 2006 unter www.bmj.de und des Landes Nieders., BR-Dr. 235/ 06; letztere werden analysiert von *Jahn/ Müller*, JA 2006, 681 ff. Vorschläge sind formuliert worden von *Altenhain/ Hagemeier/ Haimerl* NStZ 2007, 71 ff.; *Meyer-Goßner*, ZRP 2004, 187 ff. und *Jahn*, ZStW 118 (2006), 427 ff.
- 7 Vgl. dazu *Saliger*, JuS 2006, 8 ff.

II. Die Konkurrenzlehre, das Prinzip der Strafgesetzlichkeit und moderner Rechtsgüterschutz

Die Absprachenpraxis ist kein ausschließlich prozessuales Problem.⁸ Vielmehr sind die zu verarbeitenden Konflikte, so die ganz herrschende Auffassung, zugleich und notwendig auf die Zurechnungs- resp. Strafbemessungslogik des materiellen Rechts bezogen.⁹ Nun geht es im Rahmen von Urteilsabsprachen – ähnlich wie bei den Opportunitätsregelungen der §§ 153 a ff. StPO oder dem Strafbefehlsverfahren gem. §§ 407 ff. StPO – immer auch um die frühestmögliche Evaluierung unterschiedlichster Sachverhalte und die dementsprechende Ausmittlung tatbestandsrelevanter Rechtsverletzungen.¹⁰ Was in der Absprachenpraxis durch eine dynamische Abschichtungsstrategie erreicht wird, wird in einem kontradiktorischen Verfahren allein durch die strikt *gesetzesbezogene* Konkurrenzregelung der §§ 52 ff. StGB entschieden.¹¹ Zwar ist auch bei den Verständigungslösungen von Einzel- und Gesamtstrafen die Rede,¹² freilich fehlt ihr hier weitgehend die systematisierende Aufgabe.

Die Konkurrenzlehre beruht, als Nahtstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Unrechtsfolgen, auf dem für das Strafrecht generischen Prinzip der Strafgesetzlichkeit.¹³ Das Prinzip der Strafgesetzlichkeit wiederum zielt auf die konsequente und konfliktangemessene Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs. Zur Geltung gebracht wird insoweit der *funktionale* und zugleich *legitimatorische* Charakter jeder strafrechtlichen (Zurechnungs-) Norm. Legitimatorisch ist er deshalb zu nennen, weil das Strafgesetz – im Idealfall – das normative und demokratiepraktische Selbstverständnis der Legislative vermittelt und damit auch das rechtliche Verhältnis von Staat und Bürger, Gesellschaft und Täter, verwirklicht (Adressatenverknüpfung des Geset-

8 Darauf *expressis verbis* hingewiesen zu haben ist vor allem ein Verdienst von Lüderssen, StV 1990, 415 ff. und Schlüchter, in: Wolter, Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, 1995, S. 205 ff.

9 Vgl. dazu die grundsätzlichen Überlegungen bei Bruns, Strafzumessungsrecht, 1985 (2. Aufl.), S. 43 ff.; konkret zur Absprachenpraxis Roxin, Strafverfahrensrecht, 1998, § 15 R. 6 ff. und jüngst Weichbrodt (Anm. 1), S. 115 ff.

10 Diese Strategie ist weithin bekannt; analysiert wurde sie etwa von Fezer, ZStW 106 (1994), 1 ff.; Schlüchter, Weniger ist mehr, 1992, 15 ff. und Schmidhäuser, JZ 1973, 529; zusammenfassend Salditt, FS Bemann, 1997, 614 ff.; zu den Besonderheiten des Strafbefehlsverfahrens Ranft, JuS 2000, 633; kritisch Ambos, Jura 1998, 281.

11 Zur strafrechtlichen Konkurrenzlehre vgl. nur Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961; darüber hinaus sei auf die Arbeiten von Schmidhäuser, in: FS GA, 1994, 191 ff.; Warda, JuS 1964, 81 ff. und Wolter, StV 1986, 315 ff. hingewiesen; zur Lehrbuchliteratur siehe Kühl, AT, 2005 (5. Aufl.), § 21 Rn. 1 ff.; Frister, AT, 2007 (2. Aufl.), 6. Teil; Roxin, AT II (2003), § 33; Stratenwerth/Kuhlen, AT (5. Aufl.), 2004, §§ 17 f. und Wessels/Beulke AT, 2007 (37. Aufl.), § 17; zur Neuordnung der Konkurrenzen Erb, ZStW 117 (2005), 37 ff.

12 Siehe hier nur den in den Urteilsgründen zu BGHSt 43, 195, 196 aufgeführten Schuld- bzw. Strafausspruch der Tatsacheninstanz (Landgericht Darmstadt).

13 LK-Rissing-van Saan, Vor §§ 52 ff. Rn. 1 ff.; in diesem Sinne bereits Schmitt, ZStW 75 (1963), 43 ff. dort auch m.w.N.; rechtstheoretisch verarbeitet wird die Problematik bei Naucke, in: Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2007, S. 415, 425 f. und Kahlo, Die Handlungsform, 2001, S. 89 ff. und öfter.

zes).¹⁴ Als funktional ist er anzusehen, insofern jede Strafnorm die Bedingungen für eine sozialintegrative Verhaltensorientierung des Einzelnen aufnehmen (Repräsentationsgarantie) sowie die konkreten Voraussetzungen für eine tat- bzw. schuldgerechte und kriminalpolitisch sinnvolle Rechtsanwendung bieten muss (sogenannte Tatbestands- und Strafandrohungsbestimmtheit). Diese Prinzipien- und Formalisierungslogik dient, wie das *BVerfG* betont, einem doppelten Zweck. „Es geht einerseits um den rechtsstaatlichen Schutz des Normadressaten: Jedermann soll vorhersehen können, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist. Im Zusammenhang damit soll andererseits festgestellt werden, dass der Gesetzgeber über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103. Abs. 2 GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt verwehrt, über die Voraussetzungen einer Bestrafung selbst zu entscheiden.“¹⁵ Im Kern ist damit die rechtsgutsbezogene Form der Freiheitsgewährleistung und, soweit notwendig, ein gesetzesförmiges Verfahren der Freiheits- bzw. Statureinbuße angesprochen.¹⁶ Jedoch liegt dieser Argumentationslogik immer schon die Einsicht zugrunde, dass das Straf(verfahrens)recht, und folglich die tatrichterliche Praxis, nur dann als Instrument staatlicher Rechtsfriedens- und Rechtssicherheitsgewährleistung gerechtfertigt ist, wenn die vertypen Rechtsverletzungen auch in ihrer spezifischen Bedeutung bestimmt, d.h. in ihrer jeweiligen Schuldschwere erkannt werden.¹⁷

Dieses Paradigma rechtspersonaler Konfliktlösung *konkretisieren* die Strafmaßregelungen der §§ 52 ff. StGB in ganz bestimmter Weise.¹⁸ Die Konkurrenzlehre ist insofern, neben einer Vielzahl weiterer Kriterien, formalisierter Ausdruck tatproportionalen Strafhandelns. Nun verweist die Rede von der *Tatproportionalität* zunächst auf die Notwendigkeit einer, der gesellschaftlichen Wirklichkeit entsprechenden und dem konkreten Verletzungshandeln angemessenen Sanktion (relativer/ ordinaler und absoluter Aspekt).¹⁹ Freilich erschöpft sie sich nicht darin. Sie ist vielmehr zugleich und unmittelbar auf die *Subjektstellung* des Täters bezogen. Gesagt ist damit, dass jede Strategie der Strafbemessung ihren Grund in der *handlungsleitenden Unrechtsorientierung* des

14 Sehr deutlich wird das von Köhler, AT, 1997, S. 71 ff. gezeigt; auf den Gesetzescharakter überhaupt bezogen Schild, in: Rechtstheorie und Gesetzgebung, 1986, S. 195 ff.

15 So das *BVerfG* in ständiger Rechtsprechung, vgl. hier nur E 73, 206, 235; ebenso der BGHSt 23, 167, 171.

16 Zu den weiteren Aspekten des Gesetzlichkeitsprinzips und deren Bedeutung innerhalb des Strafrechtssystems siehe Naucke, Generalklauseln, 1975; AK-Hassemer, 1990, vor § 1 Rn. 243 ff. und Schönke/ Schröder-Eser, 2007 (27. Aufl.), vor § 1 Rn. 1 ff.; insbesondere zum *nullum crimen*-Satz Krahl, Die Rechtsprechung des *BVerfG* und des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz, 1986, S. 14 ff. und öfter und Krey, Studien, 1977, S. 26 ff.

17 Vgl. hierzu nur die Analyse von Wolter, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozess, 1996, S. 1 ff.

18 So insbesondere Bruns (Anm. 9), S. 184 ff., ähnlich Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 2001 (3. Aufl.), S. 209 ff. und öfter sowie Streng, Strafrechtliche Sanktionen 2002 (2. Aufl.), S. 204 ff., 270 ff.

19 Vgl. zu dieser Problematik nur Albrecht (Hrsg.), Tatproportionalität, 2003; Hörnle, Strafzumessung, 1999, 108 ff. und öfter; Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung, 1983, S. 33 ff.; die Maßstäbe der Strafzumessung in der höchstrichterlichen Rspr. untersucht Frisch, in: FS BGH, 2000, 269, 277 ff.

Einzelnen hat, was wiederum auf ihren distinkten Anwendungsbereich verweist.²⁰ Die Konkurrenzlehre wird dieser Forderung dadurch gerecht, dass sie die mehrfach begründete Strafbarkeit *einer* Person als juristisches Handlungsmuster kategorisiert und ebenso berücksichtigt, dass die Straffolgen den Täter zum gleichen Urteilszeitpunkt treffen. Sie realisiert damit die ihr zugewiesene unrechts- und rechtsfolgenstrukturierende Rolle. *Rechtssystematisch* führt das zu der heute üblichen Unterscheidung von Ideal-, Real- und Gesetzes„konkurrenz“ (Gesetzeseinheit). Während die Idealkonkurrenz gem. § 52 StGB Konstellationen umfasst, bei der ein und dieselbe Handlung gleichzeitig entweder „mehrere Strafgesetze“ oder „dasselbe“ Strafgesetz mehrmals verletzt; bezieht sich die Realkonkurrenz gem. § 53 StGB auf Sachverhalte, bei denen der Täter zeitlich nacheinander durch „mehrere Handlungen“ entweder verschiedene Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmals missachtet. Gesetzes„konkurrenz“ ist anzunehmen, wenn eine Handlung den Wortlaut mehrerer Tatbestände erfüllt, aber bereits einer von ihnen ausreicht, um den deliktischen Gehalt der Tat zu erschöpfen.²¹

So ist ein Bombenanschlag zugleich Verletzung der Tötungs- als auch der Sprengstoffbestimmungen (§§ 211 ff., 308 StGB). Alle Gesetzesverletzungen bleiben relevante Rechtsverletzungen. Deshalb wird der Täter – wegen der Idealkonkurrenz – auch wegen aller Rechtsverletzungen verurteilt. Dennoch wird nur *eine Strafe* ausgesprochen. Anders liegt es bei der Realkonkurrenz: Wenn der Täter bei unterschiedlichen Anlässen diverse Steuerhinterziehungen (§ 370 AO) begeht, dann kommt es nicht zu einer formalen Aufsummierung der jeweiligen Strafdrohungen, sondern zur Bildung einer *Gesamtstrafe*, die nicht die Summe der Einzelstrafen erreichen darf. Wieder anders bei der Gesetzeseinheit: Bei der Begehung eines qualifizierten Diebstahls (§ 244 StGB) hat der Täter notwendig einen einfachen (§ 242 StGB) mitverwirklicht; gleichwohl genügt – nach dem konkreten Sinn- und Schutzzweckzusammenhang der Verbotsnormen – die Verurteilung allein wegen eines qualifizierten Diebstahls. Freilich, so die heute überwiegende Auffassung, handelt es sich hier nur um eine *scheinbare* Konkurrenz, da die Tatbestände gerade nicht nebeneinander anzuwenden sind, sondern der eine den anderen *verdrängt*.

Rechtsdogmatisch wird dadurch der legitimatorische und funktionale Charakter der Strafgesetze betont und das vom Gesetzgeber intendierte Normhierarchisierungsprogramm zur Geltung gebracht. *Rechtspraktisch* soll wiederum sichergestellt werden – darin liegt auch die eigentliche Konkretisierungsleistung –, dass die sich *aus* den einschlägigen Tatbeständen notwendig ergebende Strafandrohung der konflikttypischen Rechtsgutsbeeinträchtigung und handlungsbezogenen Verletzungsintensität *entspricht*. Die Fixierung der jeweiligen Einzel- bzw. Gesamtstrafe hat das, so die ganz herrschende Auffassung, an Hand des Strafrahmens, im Wege der Einzelfallbewertung und nach dem Maß des Erfolgs-, Handlungs- und Gesinnungsunwerts abzubilden (kon-

20 Vgl. dazu die Analyse des *Verf.*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, S. 399 ff. und öfter.

21 Instrukтив immer noch *Geerds* (Anm. 11), S. 235 ff. und 423 ff.; einen anwendungspraktischen Überblick liefern *Geppert*, Jura 1982, 358 ff. und *Mitsch*, JuS 1993, 385 ff.; kritisch allerdings *Schmidhäuser* (Anm. 11), S. 191 ff. Zur Rspr. allgemein *BGHSt* 35, 60; insbes. zur Idealkonkurrenz etwa *BGH* NStZ 2005, 387 und *BGHSt* 47, 22; zur Realkonkurrenz resp. Gesamtstrafenbildung *BGHSt* 36, 348; 37, 42; zur Gesetzeseinheit *BGHSt* 46, 24.

krete Schultdschwere).²² Letzteres soll nicht nur der Klarstellung strafgesetzzlicher Argumentationsformen dienen, sondern auch die *Transparenz* der tatrichterlichen Entscheidung erhöhen.

Diese ausschnittshaft Beschreibung der Strafzurechnungs- und -bemessungslogik beruht allerdings – so scheint es – auf einem traditionellen oder auch idealtypischen Rechts- und Verfahrensverständnis. Die einzelnen Sachverhalte werden ausermittelt, gegebenenfalls angeklagt, in einem formalisierten Verfahren verhandelt und durch eine justizielle (Strafmaß-) Entscheidung zum Abschluss gebracht (vgl. §§ 160, 244 Abs. 2, 260 Abs. 1, 261, 264 Abs. 1 StPO). Gerade aber die inzwischen kontrovers diskutierte Entwicklung des Straf(prozess)rechts macht mehr als deutlich, dass vor allem mit der Absprachenpraxis eine *normative Überlagerung* der positivierten Regelungen statt gefunden hat.²³ Nachfolgend sollen nicht die Einzelheiten dieser Dynamisierungsstrategie interessieren,²⁴ sondern deren sinnkriterialen Implikationen beleuchtet (III.) und nach der *Anschlussfähigkeit* der herkömmlichen Konkurrenzlehre gefragt werden (IV.).

III. Die normativen Grundlagen des Verfahrens und die Bedeutung der Absprachenpraxis

Das Recht ist seit je her am *Leistungs-Legitimations-Paradigma* orientiert.²⁵ Das gilt auch und insbesondere für das Strafrecht. Das materielle Recht liefert mit den Zurechnungsregeln des Allgemeinen und den Konflikt- bzw. Verbotstypen des Besonderen Teils die normativen Geltungsbedingungen staatlichen Rechtsgüterschutzes; die Strafprozessordnung bestimmt die verfahrensrechtliche Struktur der Konfliktlösung und insofern auch den rechtspersonalen Status des Beschuldigten. Der Leistungsaspekt besteht also gerade darin, die erforderliche Rechtssicherheit durchzusetzen und zugleich die notwendigen Handlungsorientierungen zu bieten. Im Gegenzug dazu wird jede andere Form der „Verfahrens“-gestaltung unterbunden und damit das entsprechende Legitimationspotential verwirklicht.²⁶ Konsequenz dieser Strategie ist nicht nur das staatliche

22 Dazu *Streng* (Anm. 18), S. 270 ff. und *Schäfer* (Anm. 18), Rn. 498 ff.; 655 ff. Zu den Besonderheiten der Bestimmung *normativer Handlungseinheiten* bei mehraktigen und zusammengesetzten Tatbeständen sowie Dauerdelikten und dem korrespondierenden Problem der Verklammerung vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, 1996, (5. Aufl.), § 67 III 2; *Lippold*, Die Konkurrenz, 1985, S. 4 ff. und *Rissing van Saan* (Anm. 13), § 52 Rn. 20 ff.; zum Strafklageverbrauch *Radtke*, Systematik, 1994, S. 27 ff.; zu den Leitlinien der Rspr. siehe *Schäfer* (Anm. 18), Rn. 487 ff.

23 Zu den insofern relevanten Grundsätzen des *nemo tenetur*, des fairen Verfahrens, der Amtermittlung, der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, des schuldangemessenen Strafens usw. siehe nur *Beulke*, Strafprozessrecht, 2008 (10. Aufl.), § 19 Rn. 395; *Fahl*, ZStW 117 (2005), 605 ff. und *Roxin* (Anm. 9), § 15 Rn. 8 ff.

24 Zur rechtsdogmatischen Verortung der gegenwärtigen Absprachenpraxis und den sich daraus ergebenden Konsequenzen siehe etwa *Sinner* (Anm. 5) und – rechtsvergleichend – *Weichbrodt* (Anm. 1), S. 115 ff.

25 Siehe dazu auch die Untersuchung des *Verf.* in ZStW 120 (2008), 72 ff.

26 Zu den kriterialen Strukturen strafrechtlich-formalisierter Konfliktlösung und den funktionellen Bezügen der jeweiligen Zurechnungsressorts vgl. nur *Frisch*, in: Straftat, Strafzumessung und Strafprozess, 1996, S. 135 ff.; *Kahlo*, KritV 1997, 183 ff. und *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozess, 1984, S. 29 ff. und 154 ff.

Gewaltmonopol, sondern auch die Realisierung des öffentlichen Strafanspruchs durch die Judikative. Die im geltenden Recht verankerten Prinzipien der Anklage- (§ 151 StPO) und Amtsermittlungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO), der Öffentlichkeit (§ 169 GVG i.V.m. § 338 Nr. 6 StPO), der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit (§ 261 StPO), der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK), des schuldangemessenen Strafens (§ 46 Abs. 1 StGB) usw. bringen das besonders deutlich zum Ausdruck. Freilich handelt es sich dabei um ein rechtliches Selbstverständnis, dass noch wesentlich durch das überkommene *Distinktions- und Wahrheitserforschungsinteresse* einer „wohlgeordneten“ Gesellschaft geprägt ist.²⁷

Dem scheinen jedoch die neueren Entwicklungen im Straf(prozess)recht zu widersprechen. Vor allem die Absprachenpraxis, mit Einschränkungen auch die vereinfachten und summarischen Verfahren der §§ 153 a ff. und 407 ff. StPO, geben hierfür ein bedrohtes Zeugnis ab. Grund sind die zunehmend komplexer werdenden Konfliktmaterien des Wirtschafts-, Steuer-, Drogen- und Umweltstrafrechts. Während der Gesetzgeber die vereinfachten und summarischen Verfahren in das geltende Recht aufgenommen hat,²⁸ gibt es um die systemadäquate Integration konsensualer Verständigungsformen eine kontrovers geführte Diskussion.²⁹ Das ist nicht verwunderlich. Schließlich stehen sich hier keineswegs nur gegenläufige Entscheidungsstrategien, sondern auch unterschiedliche Norminterpretations- bzw. Freiheitsgewährleistungskonzepte gegenüber. Die inquisitorische Perspektive sieht in der Befriedungspflicht des Strafrechts ein striktes *Wahrheitserforschungsgebot* (die Beweis- und Zeugenregelungen, insbesondere der §§ 244 ff. StPO, sind hier das beste Beispiel) und leitet – nicht zuletzt daraus – die Rechtfertigung des Verfahrens und des Schuld- bzw. Strafausspruchs ab, § 261 StPO.³⁰ Dagegen steht im Rahmen des konsensualen Verfahrensmodells die *Funktionalisierung des Streiterledigungsinteresses* im Vordergrund, so dass die Wahrheitserforschung nur noch ein Aspekt unter vielen darstellt, soweit es nur zu der von den Parteien gewünschten Verfahrensbeendigung kommt. Die entsprechende „Anpassung“ der Verfahrenssicherheit wie auch das Changieren zwischen den einzelnen Sachaufklärungs-, Tatbeurteilungs- und Schuldformalisierungsanforderungen des Vor-, Zwischen- und Hauptverfahrens ist dann nur folgerichtig.³¹

Nun bildet auch im traditionellen Prozess das Wahrheitserforschungsgebot nicht das einzige Sinn- und Entscheidungskriterium; gleichwohl stellt es einen wesentlichen Referenzpunkt innerhalb der strafrechtlichen Verfahrenspraxis dar. Die Leitlinien der

27 Zum traditionellen Wahrheitskonzept des Verfahrensrechts und dessen ontologischer Fundierung siehe *Ignor*, Geschichte des Strafprozesses, 2002, S. 60 ff. und öfter und *Schulz*, Normiertes Misstrauen, 2001, S. 267 ff. und 434 ff. sowie *Stübinger*, Das „idealisierte“ Strafrecht, 2008, S. 391 ff.; zur Interpretation des geltenden Rechts vgl. *F.-C. Schroeder*, Strafprozessrecht, 2007 (4. Aufl.), § 27 Rn. 245 ff. und *Volk*, Strafprozessrecht, 2002 (3. Aufl.), § 18 Rn. 15.

28 Vgl. *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539 ff.; kritisch *Schmidhäuser* (Anm. 11) und *Frister*, Schuldprinzip, 1988, S. 94 ff.; zur Rspr. *BVerfGE* 82, 106; zum Strafbefehlsverfahren *Meyer-Goßner*, vor § 407 Rn. 1 und *BGHSt* 29, 305.

29 Die kontroverse Diskussion der Absprachenregelungen zeichnen *Braun*, Die Absprache, 1998, S. 9 ff. und öfter und *Moldenhauer* (Anm. 1), S. 37 ff. sehr anschaulich nach.

30 Zum Verhältnis von Amtsaufklärungsgrundsatz und Beweisantragsrecht *Fezer*, in FS BGH 2000, S. 847 ff.

31 Vgl. nochmals *Salditt* (Anm. 10); ähnlich jüngst *Fischer* (Anm. 2), 433, 435.

Rechtsprechung zur Absprachenpraxis, die Vorschläge der Literatur und die neuerlichen Konzepte der Referentenentwürfe formulieren die daraus entstehende Neuausrichtung des Verfahrens sehr deutlich. Sie reichen bekanntlich von der Modifikation der Geständnisanforderungen (dezidiert *Meyer-Goßner*), über die Dynamisierung des Schuldbegriffs (*Weichbrodt*), die Prozeduralisierung der Hauptverhandlung (*Jahn*), bis hin zur Neuordnung des Rechtsmittelverzichts (so insbesondere der *BGH*)³² und zeigen in markanter Weise das gewandelte Rechts(güterschutz)verständnis auf.

Die *rechtspraktische* Bedeutung der Urteilsabsprachen liegt nun vor allem darin, dass sie – sei es aus ökonomischen Gründen, sei es aus Beschleunigungs„zwängen“ – den strafrechtlichen Normhaushalt in ein sogenanntes „hard law“ der StPO und ein „soft law“ der Absprachen aufspaltet³³ und damit zu den bereits erwähnten Ein- bzw. Überlagerungsstrukturen führt. Freilich geht es bei dieser Transformation formalisierter Geltungsbedingungen nicht nur um ein neues Rechts(güterschutz)verständnis, sondern auch um ein neues Verhältnis von Recht und (Kriminal-)Politik, von Ordnungssystemen und Machtkonstellationen.³⁴ – Nun kann man diese Sicht- und Verfahrensweise, je nach Blickwinkel, als Flexibilisierung oder Perforation des *Leistungs-Legitimations-Paradigmas* und folglich des öffentlichen Strafanspruchs, als Chance des Straf(prozess)rechts oder als Verstoß gegen diverse Grundsätze begreifen.³⁵ Entscheidend ist aber vorliegend, dass es auch Konsequenzen für die vertypete Konkurrenzlehre hat.

IV. Die Interpretation der Konkurrenzen durch die Praxis der Urteilsabsprachen

Die Konkurrenzlehre der §§ 52 ff. StGB *verliert* durch die Urteilsabsprachen ihre unrechts- und rechtsfolgenstrukturierende Funktion, damit aber auch ihre dogmatische und rechtspraktische *Anschlussfähigkeit*. Daraus folgt nicht notwendig die Unmöglichkeit einer (zufällig) gerechten Konfliktlösungspraxis, wohl aber ein systematisches Problem. Denn die Urteilsabsprachen unterlaufen gerade den strikten Begründungszusammenhang von Tatsachen, rechtlicher Würdigung und Einzel- bzw. Gesamtstrafenbildung zu Gunsten einer „interessengeleiteten Gesamtschau“. *Verfahrenstechnisch* zieht das die Suspendierung des gesetzgeberischen Normhierarchisierungsprogramms nach sich. Das strafgesetzliche Konzept der Unrechts- und Strafandrohungsarchitektur wird vielmehr einem pragmatisch ausgerichteten, zum Teil auch systemexternen Filter unterworfen und so den jeweiligen Interessen der verhandelnden Parteien angepasst. *Anwendungspraktisch* führt das unter Umständen zu richterlicher Strafzumessungswillkür, jedenfalls aber zu einem rechtsdogmatischen *Eskapismus*. Denn die Gerichte müssen – mit Blick auf den zugesicherten Sanktionsrahmen – im Urteilstenor eine Strafe „auswerfen“, die dem *ursprünglichen* (in der Regel zu beweisenden) *Konfliktsachverhalt* nicht oder nur

32 Vgl. zu den Autoren die vorstehenden Anm.; zur Rspr. siehe *BGH JR* 2008, 83 und die Nachweise in Fn. 5.

33 Siehe dazu *Eschelbach*, JA 1999, 694, 695; *Kintzi* sieht darin eher einer Zweiteilung des Strafverfahrens, JR 1990, 309; *ders.*, in: FS Hanack, 1999, S. 177 ff.; dagegen wiederum *Schmidt-Hieber*, NJW 1990, 1884.

34 In diese Richtung argumentiert auch *Fischer* (Anm. 2), 433, 435.

35 Dazu sogleich unter V.

in Teilen entspricht, der jedoch zugleich die gesetzbezogene Formalisierung desselben vorgibt.³⁶ Damit steht das Strafrecht als eigenständiges Konfliktlösungsinstrument noch nicht zur Disposition. Gleichwohl bestätigt sich gerade bei der Konkurrenzlehre die Eigendynamik dieser Entwicklung, d.h. die zunehmende Überlagerung des „hard law“ der StPO durch das „soft law“ der Absprachen, auf dramatische Weise.³⁷

V. Prinzipien und Perspektiven: Transformationen des (Straf-)Rechts

Knüpft man an die vorangegangene Analyse an, so wird deutlich, dass die Problematik der absprachenbezogenen Strafzurechnung und -bemessung nur dann beherrschbar ist, wenn das *Leistungs-Legitimations-Paradigma* prinzipiengelernt verarbeitet wird. Damit wird keinem unzeitgemäßen Strafrechtsverständnis das Wort geredet, sondern die zentrale Einsicht angesprochen, dass mit dem Recht die Selbsterhaltung gesellschaftlicher Zusammenhänge und der Status personaler Selbstverhältnisse realisiert werden muss.

Das hat Konsequenzen für den besprochenen Kontext:

Eine Inkorporierung der Absprachenregelungen, wie von der Rechtsprechung, großen Teilen der Literatur und den Referentenentwürfen angestrebt ist, soweit man sie auf den strafgesetzlichen Rahmen von StGB und StPO bezieht, nur durch *Aufgabe* oder durch *Umdeutung* der dort verankerten Grundsätze möglich.³⁸ Bevor man sich also an die gesetzgeberische Arbeit macht, wäre zu entscheiden, inwiefern Rechtspolitik und Strafrecht überhaupt noch an den überkommenen Grundsätzen interessiert sind, oder anders gewendet, ob das Strafrecht eine Positivierung dieser normativen Überlagerungen aushalten kann oder auch nur sollte.³⁹

Allerdings legen – das ist schon angedeutet worden – die entsprechenden Argumentationsstrategien ein neues, jedenfalls aber verändertes Verständnis (straf-)rechtlicher Konfliktlösung nahe. Das gilt für das bereits erwähnte Wahrheitserforschungsinteresse ebenso, wie für die angestrebte Prozeduralisierung der Verhandlungspraxis und die Dynamisierung der Verantwortungszuweisung usw.⁴⁰

36 Darauf, nämlich auf das insofern problematische Verhältnis von Wahrheitsfindung und Urteilsbegründung, verweisen auch Gössel (Anm. 2) und Küng-Hofer, Die Beschleunigung des Strafverfahrens, 1984, S. 20.

37 Vgl. aber den Regelungsvorschlag – für einen zukünftigen § 208 StPO – von Meyer-Goßner (Anm. 6), 425, 431.

38 Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt III. – Anzumerken bleibt aber, dass die entsprechenden Begründungs- und Rechtfertigungsstrategien, sei es der Verweis auf die Möglichkeiten eines *obligatorischen Rechtsgesprächs*, die *Erweiterung des Strafbefehlsverfahrens* oder die Legitimation an Hand der *Opportunitätsvorschriften*, immer von der normativen Plausibilität oder auch Problematik der Referenzregelungen abhängig ist; zusammenfassend hierzu Kuckstein/Pfister (Anm. 6).

39 In diese Richtung scheint mir auch die Kritik von Fischer zu gehen (Anm. 2), 433, 434; daran anknüpfend jetzt Ransiek (Anm. 6), 116, 122.

40 Vgl. dazu die Ausführungen unter Punkt II. und III.

Vor diesem Hintergrund scheinen die Argumentationsstrategien – zumindest für den Bereich der verfahrensbeendenden Absprachen – gar keine typisch oder traditionell strafrechtliche Unrechts- und Normrestitutionskonzeption, sondern vielmehr die Perspektive eines spezifischen Schadens- und Deliktsrechts zu reformulieren.⁴¹ Das Gewaltmonopol wird damit partiell relativiert; der staatliche Strafanspruch zugleich funktionalisiert.

Wenn das aber der Fall ist, dann käme es vor allem darauf an, diese Entwicklung (system-) kritisch zu reflektieren und zugleich die Bedeutung des *Leistungs-Legitimations-Paradigmas* erneut zu diskutieren. Nun sei zugestanden, dass die Rechtsprechung vor dem Problem steht, permanent Konflikte lösen und Entscheidungen treffen zu müssen. Gerade deshalb muss sich auch die Strafrechtslehre darum bemühen, Antworten auf folgende Fragen zu finden:

Ist die Verständigungspraxis ein *originäres* Instrument strafjuristischer Konfliktlösung und in welchem Maße können mit ihr – langfristig – die justizorganisatorischen und verfahrenspraktischen Probleme gelöst werden?

Verfügt das Strafrecht *als Strafrecht* über Normressourcen, die eine gesetzesangemessene resp. gesetzgeberische Integration der Verständigungspraxis ermöglichen; inwiefern können hier Institute anderer Verfahrensordnungen weiterhelfen?

Welche überkommenen *Grundsätze* und Prinzipien der geltenden StPO wären für eine dementsprechende Realisierung der Verständigungspraxis *unabdingbar*, auf welche könnte – gerade im Kontext notwendiger Freiheitsgewährleistung – überhaupt *verzichtet* werden?

Sollte darüber hinaus – auch angesichts der Vielzahl konsensualer bzw. prozeduraler Erklärungs- und Begründungsmuster – über einen *neuen Typus des Sanktionenrechts* nachgedacht werden?

Wie müsste eine *adäquate Rechtsverletzungs-* bzw. *Rechts(güter)schutzkonzeption* aussehen und welche Verfahrensstrukturen und Prinzipien könnten oder sollten einem solchen Sanktionenrecht zugrunde liegen?

Welchen *Sanktionscharakter* sollte er haben und wie wäre das Verhältnis zum traditionellen Strafrecht zu bestimmen?

Das Fazit ist eindeutig: Das Strafrecht steht, dies zeigt auch das analysierte Verhältnis von Absprachenpraxis und Konkurrenzlehre, an einem Scheideweg. In welche Richtung es sich entwickelt, wird entscheidend davon abhängen, ob und inwieweit das sich wandelnde Konflikt(lösungs)verständnis der modernen Gesellschaft mit den Kriterien mo-

41 Die Möglichkeit einer solchen Entwicklung hat Lüderssen bereits frühzeitig gesehen (Anm. 8), 415, 418.

deren Rechtsgüterschutzes vermittelt werden kann. Rechtsprechung und Wissenschaft können diese Aufgabe nur gemeinsam bewältigen.⁴²

42 Inzwischen hat die Bundesregierung einen Gesetzesentwurf zur Regelung der „Verständigung im Strafverfahren“ vorgelegt (vgl. RegE v. 9.1.2009 unter www.bmj.de), der aber zugleich auf der strikten Geltung des Amts- bzw. Wahrheitsermittlungs- und des Schuldgrundsatzes beharrt. Auch in der Literatur geht die Diskussion weiter, vgl. nur *Gössel*, in: FS Fezer, 2008, S. 495ff; *Lüderssen*, in: FS Hamm, 2008, S. 419ff sowie *Schünemann*, in: FS Fezer, 2008, S. 555ff.