

Absprachen im deutschen Strafprozess:

Grundprobleme der gesetzlichen Regelung (§ 257c StPO)*

Gunnar Duttge

Struktur:

- . Die neue Strafprozessordnung: Beschleunigung statt Aufklärung
- . Einzelprobleme
 1. Anwendungsbereich: „in geeigneten Fällen“
 2. Beschuldigte ohne Verteidiger
 3. Gericht als „Inquisitor“ des Abspracheverfahrens
 4. Formales Schuldanerkenntnis statt qualifiziertes Geständnis
 5. Begrenzte Bindung und begrenztes Verwertungsverbot
- . Ausblick

- . **Die neue Strafprozessordnung: Beschleunigung statt Aufklärung**

„Die Verständigung im Strafverfahren ist ein Phänomen, das aus dem Gerichtsalltag, insbesondere in umfangreichen und schwierigen Verfahren, mittlerweile nicht mehr hinwegzudenken ist“¹. Mit dieser

* Meinem verehrten Kollegen, Herrn Prof. Dr. *Katsuyoshi Kato*, in Gedenken an den japanischen Schicksalstag des 11.03.2011, durch den die geplante Vortragsveranstaltung an der Meijo Universität Nagoya leider nicht stattfinden konnte zugleich als Erwiderung zur Abhandlung von *Katsuyoshi Kato*, Konsensuales Strafverfahren - insbesondere Opportunitätseinstellungen und Absprachen in Japan, in: Rosenau/Kim (Hrsg.), *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, S. 31 ff.

1 BT-Drucks. 16/12310, S. 7.

Feststellung setzt die Begründung jenes Gesetzeswerkes ein, das im August 2009 dem bereits seit den 1980er Jahren heimlich oder offen praktizierten „Deal“² nach überaus kontroversen Auseinandersetzungen in Rechtspolitik und Strafrechtswissenschaft seine gesetzesförmliche Absolution in Deutschland erteilt hat. Vorausgegangen war ein aufsehenerregender „Appell“ des Großen Strafsenats beim Bundesgerichtshof, der sein Unbehagen an der ihm zugefallenen Rolle eines Ersatzgesetzgebers deutlichen Ausdruck verlieh und erklärte, dass das Implementieren eines institutionalisierten Abspracheverfahrens in das streng formalisierte, seiner Grundstruktur nach vergleichsfeindliche Strafprozessrecht nahe an die Grenzen einer zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung gerate³. Zugleich hegte er jedoch keinerlei Zweifel daran, dass die Absprachenpraxis unverzichtbar und unumkehrbar sei: „Mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht mehr gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen“⁴. Weil das Bundesverfassungsgericht aber im Jahre 1987 in seinem bis heute einzigen Judikat zum Thema unter Berufung auf die „Idee der Gerechtigkeit“ und das rechtsstaatliche Gebot eines fairen Verfahrens einen „Vergleich im Gewande des Urteils“ explizit verboten hat⁵ und darüber hinaus in ständiger Rspr. eine „bestmögliche Sachaufklärung“ von Verfassungs wegen anmahnt⁶, muss das deutsche Strafprozessrecht seither und jetzt besonders seit Inkrafttreten des neuen „Verständigungsgesetzes“⁷ mit der Lüge leben, dass die erwünschte Beschleunigung der Verfahren im Wege des „konsensualen“ Pro-

2 Zuerst bekannt gemacht von *Weider* alias „Detlef Deal“, StV 1982, 545 ff.

3 BGHSt 50, 40, 50-52 und 61 f.

4 BGHSt 50, 40, 54.

5 BVerfG NJW 1987, 2262, 2263.

6 Vgl. BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; NJW 2003, 2444; EuGRZ 2007, 586 f.

7 Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren (BGBl. 2009 I, 2274).

zessierens möglich ist, ohne die tradierten Verfahrensgrundsätze zu verletzen.⁸

Die zentrale neue Gesetzesvorschrift zur „Verständigung im Strafverfahren“ § 257c StPO ist von dieser Autosuggestion ganz und gar beherrscht: Obgleich es zu einer Vereinbarung über das Strafmaß (Abs. 2 S. 1)⁹ in der Hauptverhandlung auch schon zu Beginn ohne Beweisaufnahme allein aufgrund eines Vorschlags des Gerichts „unter freier Würdigung aller Umstände des Falles“ (Abs. 3 S. 1, 2) kommen darf, d.h. ggf. auch auf der Grundlage der bloßen Auswertung der Ermittlungsakten, soll gem. § 257c Abs. 1 S. 2 StPO die gerichtliche Amtsaufklärungspflicht „unberührt“ bleiben. Wie sollte sich aber eine „bestmögliche Sachaufklärung“ selbst bei größtem Pflichtbewusstsein im tatsächlichen Prozessgeschehen noch gewährleisten lassen, wenn eine öffentliche Beweisaufnahme unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten gar erst nicht stattfindet oder vorzeitig für beendet erklärt wird und damit die Augen vor evtl. noch vorhandenen (weiteren) Beweismöglichkeiten verschlossen bleiben?¹⁰ Nicht ohne gute Gründe war das bisherige Beweisrecht von dem grundsätzlichen Verbot einer vorweggenommenen Beweiswürdigung geprägt;¹¹ denn nur in einem Forum größtmöglicher Offenheit der Wahrheitssuche können evtl. Fehlannahmen, falsche Schlussfolgerungen und mancherlei

8 Hiergegen bereits *Duttge*, ZStW 115 (2003), 539 ff.; zuletzt *Fezer*, NStZ 2010, 177 ff.; *Harms*, in: *Nehm-FS* 2006, S. 289 ff.; *Hettinger*, in: *E. Müller-FS* 2008, S. 261 ff.; *Müller*, Probleme um eine gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, 2008; *Murmann*, ZIS 2009, 526 ff.; *Rieß*, StraFo 2010, 10 ff.; *Weigend*, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829 ff.

9 Genauer: unter Ausschluss der lebenslangen Freiheitsstrafe, die untrennbar an den einer Absprache entzogenen Schuldspruch gebunden ist, zutreffender Hinweis von *Kato* (o. Fn *), S. 41.

10 Hierzu bereits *Duttge*, in: *Karras-FS* 2010, S. 423, 454 f.

11 Dazu *Fezer*, in: *BGH-FG* aus der Wissenschaft, Bd. IV, 2000, S. 847, 876; *Schulenburg*, Das Verbot der vorweggenommenen Beweiswürdigung im Strafprozess, 2002, insbes. S. 49 ff.; *SK/StPO/Schlüchter*, § 244 Rn 52.

Vorurteile kritisch hinterfragt und noch rechtzeitig falsifiziert werden. Das Entscheiden nach „Absprache“ beruht dagegen auf einer frühzeitigen Festlegung des Sachverhalts und impliziert strukturell das Abschneiden weiterer Ermittlungsansätze, so dass sich letztlich der Anklagevorwurf als maßgebliche Grundlage des gerichtlichen Vorschlags weitreichend durchsetzt. Da jeder Deal strukturell von einer Preisgabe der Freispruchchance gegen Erhalt einer Strafmilderung geprägt ist, liegt ihm zugleich denknötwendig das erhöhte Risiko einer Verletzung des Schuldprinzips zugrunde, und zwar sowohl mit Blick auf ein evtl. Unterschreiten der Untergrenze schuldangemessenen Strafens als auch in Bezug auf unschuldige Personen, die sich z.B. wegen der stigmatisierenden Wirkung einer Hauptverhandlung und unter dem psychischen Druck des „Vergleichsangebots“ womöglich zur Abgabe eines falschen Geständnisses bereifinden. Schon jedem Gedanken an eine „Verständigung“ liegt somit eine Verletzung der Unschuldsvermutung zugrunde, weil die Schuld des Angeklagten nicht mehr nachgewiesen (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK), sondern mit dem ersten Vergleichsvorschlags des Gerichts postuliert wird¹².

Alle diese Fundamentalbedenken gegen Absprachen im Strafprozess hat der Gesetzgeber jedoch letztlich beiseitegeschoben, so dass sich der Schwerpunkt der deutschen Debatte inzwischen verlagert hat: Es geht auch den Kritikern unter den Strafprozessrechtswissenschaftlern nicht mehr darum, die Illegitimität des Deals herauszustellen, um den Gang der Entwicklung wieder zurückzudrehen; das wäre, nachdem für ein kategorisches Verbot sowohl der Bundesgerichtshof als auch der Gesetzgeber ausscheiden¹³ und allenfalls noch das Bundesverfassungsgericht mit der Autorität des Grundgesetzes einschreiten könnte, auch wenig erfolgversprechend; die gegenwärtigen Bestrebungen gehen vielmehr

12 Dazu näher *Duttge*, in: *Karras-FS 2010*, S. 423, 457 ff.

13 Zutreffend *Rieß*, *StraFo 2010*, 10: „Einfachgesetzlich kann ihre Zulässigkeit (scil: der Absprachen) nicht mehr infrage gestellt werden“.

dahin, das neue Gesetz möglichst restriktiv zu interpretieren und die von ihm eröffneten Spielräume so auszufüllen, dass wenigstens die schlimmsten Ungerechtigkeiten verhindert werden können¹⁴.

Im Folgenden sollen einige der gegenwärtig intensiv diskutierten Einzelfragen zur neuen Gesetzesvorschrift vorgestellt werden, die zum Teil auch schon die höchstrichterliche Rechtsprechung beschäftigt haben. Bereits diese nur punktuelle Auswahl wird jedoch verdeutlichen, dass der Gesetzgeber mit der Anerkennung der Absprachen letztlich doch die Türe zu einer völlig eigenständigen, „zweiten Spur des Strafprozesses“¹⁵ geöffnet hat: und wohin uns der Weg durch diese Türe letztlich führen wird, liegt dabei noch weithin im Dunkeln.

. Einzelprobleme

1. Anwendungsbereich: „in geeigneten Fällen“

Ein derartiger Systemwechsel in Abkehr von einer langen strafverfahrensrechtlichen Tradition hätte wenigstens eine gesetzgeberische Vorsicht erwarten lassen, die den neuen Prozesstyp im Sinne eines „Modellversuchs“ mit sehr begrenztem Anwendungsbereich zunächst erprobt. § 257c StPO enthält jedoch weder eine Begrenzung mit Blick auf den Instanzenzug (etwa auf amtsgerichtliche Verfahren) noch hinsichtlich der Schwere der Straftaten (etwa auf Vergehen)¹⁶, der erwarteten Strafhöhe oder des einschlägigen Deliktsbereichs: Von Gesetzes wegen sind deshalb auch schwerste Kapitaldelikte, Sexualverbrechen, ja

14 Diese Grundrichtung verfolgte auch die deutliche Mehrheit der strafrechtlichen Abteilung des Deutschen Juristentages 2010; zu den Beschlüssen: http://www.djt.de/djtmedia/files/68_djt_beschluesse.pdf.

15 *Salditt*, in: Widmaier-FS 2008, S. 545.

16 Deziert ablehnend die Mehrheit des DJT 2010 (o. Fn 14), siehe Beschluss C., II., 5a, bb).

selbst Jugendstraftaten (vgl. § 2 JGG) ungeachtet des hier herrschenden Erziehungsgedankens von einer Verfahrensbeendigung durch „Absprache“ nicht von vornherein ausgeschlossen¹⁷. Das Gesetz äußert zwar in Abs. 1 S. 1 die Selbstverständlichkeit, dass diese Option nur „in geeigneten Fällen“ gewählt werden darf; es enthält sich doch jedweder Konkretisierung, anhand welcher Kriterien diese Eignung ermittelt werden soll, und überlässt die Entscheidung darüber dem Belieben des jeweils zuständigen Gerichts¹⁸. Letztlich herrscht also die Devise von der „normativen Kraft des Faktischen“: Gelingt es dem Gericht, die angestrebte Verständigung herbeizuführen, so gilt die Zustimmung der anderen Verfahrenssubjekte als Beleg dafür, dass es sich offenbar um einen „geeigneten Fall“ gehandelt haben muss¹⁹. Um der größtmöglichen Effizienz der neuen Möglichkeiten willen besteht allgemein eine deutliche Abneigung, die Gerichte insoweit zu binden und zu kontrollieren; auch die strafrechtliche Abteilung des Deutschen Juristentages 2010 hat der Forderung, die Eingangsvoraussetzungen des Abspracheverfahrens näher zu bestimmen, eine klare Absage erteilt²⁰. Der hierin liegende Paradigmenwechsel ist schlechthin fundamental: Die in der Vergangenheit eingeführten Sonderverfahren zur Beschleunigung der Strafprozesse sind allesamt als Ausnahmen mit beschränktem Anwendungsbereich insbesondere auf minderschwere Straftaten konzipiert (§ § 153 ff., 407 ff., 417 ff. StPO): Jetzt ist hingegen das „Normalverfahren“ mit all seinen schützenden Formen und seinem austarierten System des „check and balances“ auch von Rechts wegen eine Art „Luxus“, das „Schnellverfahren“ dagegen der mit gutem Gewissen wählbare Normalfall²¹. Dabei sollte

17 So explizit BT/Drucks. 16/12310, S. 9 f.; siehe auch Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl. 2011, § 257c Rn 7.

18 Die Mahnung des Großen Strafsenats, dass „nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausgewichen werden“ dürfe (BGHSt 50, 40, 49), ist nur ein unverbindlicher Appell.

19 So dezidiert auch *Burhoff*, ZAP 2009, Heft 23, F. 22, S. 477 (online: http://www.burhoff.de/insert/?veroeff/aufsatz/zap_F22_S477.htm).

20 Beschluss C., II., 5a, aa).

21 Die übliche Redeweise von den bereits im geltenden Recht vorhandenen

nicht erst an den großen Strafrechtsphilosophen *Gustav Radbruch* erinnert werden müssen, um zu wissen, dass sich ein „gutes Gewissen“ bei der Anwendung von Strafrecht von Grund auf verbietet²².

2. Beschuldigte ohne Verteidiger

Die von vielen befürchtete, mit einem Rechtsstaat ganz und gar unvereinbare „Zwei-Klassen-Justiz“ ist damit geradezu vorprogrammiert: Denn Anlass, von dem neuen Instrument Gebrauch zu machen, besteht für ein Gericht nur dann, wenn es dadurch eine Beschleunigung des Verfahrens erwarten darf; in rechtlich einfach gelagerten Fällen und klarer Beweislage kann der Beschuldigte jedoch keine Beschleunigung als „Gegenleistung“ anbieten und besteht deshalb für die Strafjustiz auch kein Grund, bei ihm auf die Verhängung der „Normalstrafe“ zu verzichten.²³ Dies gilt um so mehr, wenn er keinen Verteidiger an seiner Seite hat: Denn diesem wird es weit mehr als einem nicht rechtskundigen Laien möglich sein, dem Anklagevorwurf etwas entgegenzusetzen und damit das Gericht überhaupt erst zu veranlassen, die Beschleunigung des Verfahrens als wertvolles, mit einer Strafmilderung käufliches Gut erscheinen zu lassen. Die Gleichbehandlung aller Angeklagten, aber ebenso das Gebot der „Waffengleichheit“ legen es somit nahe, die gerichtliche Entscheidung für das Abspracheverfahren als ein Fall der notwendigen Verteidigung (§ 140 StPO) aufzufassen²⁴; dies hat der Gesetzgeber aber nur für Jugendstrafverfahren als „in aller Regel“ geboten bezeichnet²⁵, während ihm ansonsten in allen Verfahren

„konsensualen Elementen“ (zuletzt etwa *Rosenau*, in: *Rosenau/Kim*, *Straftheorie und Strafgerechtigkeit*, 2010, S. 45, 57 ff. und 66) verschleiert diesen fundamentalen Unterschied.

22 *Radbruch*, *Kleines Rechtsbrevier* (Hrsg.: *Fritz v. Hippel*), 1954, Nr. 100 (= S. 44).

23 Zutreffend *Murmann*, *ZIS* 2009, 526, 535.

24 Wie hier auch *Lüderssen/Jahn*, in: *Löwe/Rosenberg (LR)*, *Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz*, 26. Aufl. 2007, § 140 Rn 77.

25 Vgl. *BT/Drucks.* 16/12310, S. 10.

gegen Erwachsene die Sorge vor einer „Zwei-Klassen-Justiz“ gerade als Argument gilt, um die Anwendbarkeit des Abspracheverfahrens auch bei unverteidigten Angeklagten zu begründen²⁶. Diese formelle Gleichbehandlung verschließt jedoch die Augen vor der forensischen Praxis, die auf materielle Ungleichheit und Unfairness angelegt ist!

3. Gericht als „Inquisitor“ des Abspracheverfahrens

Hinsichtlich der Verfahrensweise im Einzelnen kommt es gem. § 257 c Abs. 3 S. 1, 4 StPO zum erfolgreichen Abschluss einer „Verständigung“, „wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichts zustimmen“. An diesem Verfahrensmodell ist nicht nur bemerkenswert, dass den Nebenklägern ungeachtet ihrer im Normalverfahren bestehenden Partizipationsrechte und ungeachtet des sonst betonten „Opferschutzes“ keinerlei Mitspracherecht, sondern nur die Möglichkeit einer unverbindlichen „Stellungnahme“ (Abs. 3 S. 3) eingeräumt ist²⁷. Beispielhaft: Die vergewaltigte Frau als Verbrechensoffer (vgl. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB) könnte es nicht verhindern, wenn dem Täter im Wege der „Verständigung“ eine Bewährungsstrafe (2 Jahre auf Bewährung, vgl. § 56 Abs. 2 StGB) „angeboten“ würde. Bemerkenswert ist darüber hinaus, dass der Staatsanwaltschaft auf diese Weise eine den Verfahrensausgang mitbestimmende Funktion zugestanden wird, obgleich die rechtsprechende Gewalt doch gem. Art. 92, 97 GG ausschließlich weisungsunabhängigen Richtern anvertraut ist²⁸. Von einer Unparteilichkeit des Gerichts kann jedoch ohnehin nicht mehr ausgegangen werden, wenn ihm das Initiativrecht für ein „Angebot“ zukommt (vgl. § 257c Abs. 3 S. 1

26 BT-Drucks. 16/12310, S. 2.

27 Zutr. krit. *Schöch*, Diskussionsbeitrag anlässlich der Verhandlungen des 68. DJT 2010, hiergegen jedoch die Mehrheit der strafrechtlichen Abteilung, vgl. Beschluss C., II., 5a, dd); dezidierte Kritik auch bei *Weigend*, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 835: „Marginalisierung des Verletzten“.

28 Verfassungsrechtliche Bedenken bei *Meyer-Goßner* (o. Fn 17), § 257c Rn 5; zuvor bereits *Duttge*, in: Böttcher-FS 2007, S. 53, 63; *Schünemann*, ZRP 2009, 105.

StPO): weil ein solches zwangsläufig nur auf der Basis eines Schuldvorwurfs an den Angeklagten erfolgen kann. Die aktuelle Literatur empfiehlt deshalb, dass sich das Gericht zurückhalten und auf eine Anregung des Angeklagten und/oder der Staatsanwaltschaft warten möge, um nicht den Anschein zu erwecken, auf den Angeklagten Druck auszuüben²⁹. Im Gesetz steht davon aber nichts, das damit gerade auch im Vergleich zum „plea-bargaining“ des anglo-amerikanischen Rechtskreises³⁰ ein fundamentales Manko aufweist: dass es nämlich das Gericht zum zentralen Player des Absprachenverfahrens inthronisiert, obgleich dieses in Bezug auf der erstrebten Beschleunigungs- und Entlastungseffekt keineswegs unbefangen und ohne eigene Interessen ist³¹.

Wie sich diese exorbitante Machtposition des Gerichts in der Praxis auswirken kann, belegt ein Fall, den der Bundesgerichtshof im Jahre 2005 zu entscheiden hatte: In einem Verfahren wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln stellte der Vorsitzende am zweiten Verhandlungstag dem Angeklagten bei umfassendem Geständnis eine mildere Freiheitsstrafe in Aussicht; im Falle der „Nichteinigung“ so der Vorsitzende werde das Gericht jedoch eine Sicherheitsverwahrung (§ 66 StGB) anordnen. Als sich der Angeklagte weigerte, eine geständige Einlassung abzugeben, veranlasste die Strafkammer für den nächsten Verhandlungstag die Ladung eines Sachverständigen zwecks Begutachtung des Angeklagten. Der Bundesgerichtshof erkannte in dieser Verfahrensweise mit Recht einen „schwerwiegenden Rechtsverstoß“³²: Das Gericht wollte - gesetzeswidrig

29 Vgl. *Ambos/Ziehn*, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.), Strafprozessordnung, 2011, § 257c Rn 30.

30 Dazu näher *Vogler*, ZStW 116 (2004), 129, 136 ff. m.w.N.

31 Zur Interessenlage näher Schoop, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, 2006, S. 39 ff.; mit Recht schlägt auch *Kato* (o. Fn *, S. 41) als Gegenmodell zu diesem „gerichtszentrierten Abspracheverfahren“ ein stärker von Staatsanwaltschaft und Verteidigung getragenes Verfahrensmodell vor; ebenso *Rieß*, StraFo 2010, 10, 12.

32 BGH NStZ 2005, 526.

(vgl. § 257c Abs. 2 S. 2 StPO)³³ - die Anordnung der Sicherungsverwahrung zum Gegenstand einer Urteilsabsprache machen, um damit den Angeklagten zu einem Geständnis zu nötigen.

4. Formales Schuldanerkenntnis statt qualifiziertes Geständnis

Auch an diesem Bedeutungszuwachs des Geständnisses zeigt sich der Rückfall in den mittelalterlichen Inquisitionsprozess: Nach § 257c Abs. 2 S. 2 StPO „soll“ es „Bestandteil jeder Verständigung“ sein. Offenkundig ist die Intention, der Strafjustiz auf diese Weise ein „gutes Gewissen“ zu verschaffen: Wenn der Angeklagte seine Schuld selbst einräumt, wer könnte dann noch an der Berechtigung seiner Verurteilung zweifeln? Dass auch falsche Geständnisse abgelegt werden können, und dies um so eher, je verlockender das Angebot eines raschen Verfahrensendes mit wesentlich milderer Strafe im Vergleich zu einer drakonischen Sanktion bei Wahl des „Langstreckentarifs“³⁴ ausfällt, wird dabei ignoriert. Die erhoffte „Verlässlichkeit“³⁵ ist um so weniger gerechtfertigt, als der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, an die Glaubhaftigkeit des Geständnisses qualitative Anforderungen zu stellen. Die aktuelle strafprozessrechtliche Literatur will das Gesetz zwar, übereinstimmend mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs³⁶, dahin interpretiert wissen, dass ein inhaltsleeres „Formalgeständnis“ ähnlich dem US-amerikanischen *nolo contendere* (wörtlich: „Ich will nicht mehr streiten“) nicht ausreiche;³⁷ da es jedoch allgemein für

33 Ebenso zuvor bereits BGH, Urteil v. 28.05.1998 4 StR 17/98 BeckRS 1998, 31357647.

34 Zu dieser Praxis mancher Strafkammervorsitzenden *Weider* NStZ 2002, 177 ff.: Differenzierung zwischen einem „Langstreckentarif“ (bei „streitiger“ Verhandlung), einem „Mittelstreckentarif“ (bei einer Verhandlung bis zur Vernehmung des Angeklagten) und einem „Kurzstreckentarif“ (Urteil auf Grundlage der Anklageschrift).

35 BT-Drucks. 16/12310, S. 13.

36 BGHSt 50, 40, 49; BGH NStZ 2009, 467.

37 Vgl. *Ambos/Ziehn* (o. Fn 29), § 257c Rn 25.

zulässig gehalten wird, die „Stimmigkeit“ und „Tragfähigkeit“ des Geständnisses anhand der Ermittlungsakten zu prüfen und nicht durch eine weitere Beweisaufnahme³⁸, begnügt sich die Praxis eben häufig dennoch mit einer knappen Bestätigung des Anklagevorwurfs, verlesen durch den Verteidiger³⁹. Diese Beschränkung auf ein formales Schuldanerkenntnis lässt aufs neue erkennen, wie sehr das Bekenntnis zur „bestmöglichen Sachaufklärung“ (s.o.) de facto nur auf dem Papier steht⁴⁰.

5. Begrenzte Bindung und begrenztes Verwertungsverbot

An anderer Stelle wird die formale Bindung an die Amtsaufklärungspflicht jedoch dazu benutzt, den Freiraum des Gerichts unter Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz nochmals zu erweitern: Kommt das Gericht nach Abschluss einer „Verständigung“ zu dem Schluss, dass es „rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen“ hat oder „sich neue ergeben haben“, so dass ihm „der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen“ erscheint, dann kann es seine Bindung an das Abgesprochene durch „unverzögerliche“ Mitteilung an die Verfahrensbeteiligten (§ 257c Abs. 4 S. 1, 4 StPO) einseitig aufkündigen. Der Grundsatz „pacta sunt servanda“ soll also zwar für andere, nicht aber für das Gericht gelten⁴¹; denn dem Angeklagten ist es natürlich verwehrt, das Zugesagte oder bereits Geleistete von sich aus wieder rückgängig zu machen: Ein Widerruf seines Geständnisses würde stets als unglaubwürdig bewertet, und ein Abweichen vom zugesagten Prozessverhalten wie z.B. den Verzicht auf das Stellen von Beweisanträgen (vgl. § 244 Abs. 3 - 6, 245 StPO) hätte schon von Gesetzes wegen den Wegfall der Bindung auch für das Gericht zur

38 So *Fezer* NStZ 2010, 177, 181; Meyer-Goßner (o. Fn 17), § 257c Rn 17.

39 Vgl. *Schlothauer/Weider*, StV 2009, 600, 602.

40 Zutreffend *Meyer-Goßner* (o. Fn 17), § 257c Rn 17.

41 Siehe *Weigend*, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 841: „wackelige Option des Angeklagten ..., dass das Urteil tatsächlich so ausfällt, wie es der Richter prognostiziert hat“.

Folge (vgl. § 257c Abs. 4 S. 2 StPO). Abgesehen von den grundsätzlichen Bedenken gegen eine Verknüpfung der Strafmilderung mit „prozessualen Wohlverhalten“⁴² widerspricht diese Verfahrensregelung eklatant dem Vertrauensprinzip: Der Angeklagte soll sich von Gesetzes wegen auf ein Prozedere einlassen, ohne darauf vertrauen zu dürfen, dass sich das Gericht an die zugesagte Strafe tatsächlich hält⁴³. Die Voraussetzungen für ein erlaubtes Sich-Lösen von der Bindung sind dabei denkbar weit gefasst: De facto genügt es, wenn das Gericht einfach seine Meinung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht ändert, etwa weil es zunächst die Akten nicht sorgfältig gelesen⁴⁴ oder juristisch fehlerhaft⁴⁵ gearbeitet hat.

Immerhin hat die einseitige Aufkündigung der Absprache durch das Gericht die Unverwertbarkeit des Geständnisses zur Folge (§ 257c Abs. 4 S. 3 StPO). Diese bei Wegfall der „Vertragsgrundlage“ eigentlich selbstverständliche, erstaunlicherweise aber nur zögerlich implementierte Rechtsfolge⁴⁶ entpuppt sich aus der Warte der Verfahrensfairness inzwischen zunehmend als „trojanisches Pferd“: Zum einen folgert der Bundesgerichtshof aus dieser Vorschrift, dass sich das Verwertungsverbot nur auf die dort ausdrücklich geregelten Fallkonstellationen beziehe, mithin *argumentum e contrario* sonstige Fehler des Gerichts, selbst wenn sie die Rechtswidrigkeit der Absprache begründen, das Geständnis unberührt lassen⁴⁷. Jedenfalls bei Fehlern, die allein in der gerichtlichen

42 Mit Recht abl. *Meyer-Goßner*, ZRP 2009, 107, 108; *Niemöller*, GA 2009, 172, 179 f.

43 Siehe dazu *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421 ff.

44 *Murmann*, ZIS 2009, 526, 537 f.

45 Zutr. krit. *Weigend*, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829, 843: „Mit einer fairen Verteilung der Informationslasten hat diese Regelung nicht viel zu tun“.

46 Erstaunlicherweise noch offengelassen von BGHSt 50, 40, 51 m. krit. Anm. *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421 ff.

47 So BGH, Beschluss v. 01.03.2011 1 StR 52/11, für eine unzulässige Verständigung über den Schuldspruch (!); siehe auch BGH StV 2011, 76 f. für eine Missachtung der Belehrungspflicht aus § 257c Abs. 5 StPO.

Verantwortung liegen, ist der Vertrauensschutzgedanke ebenso einschlägig und drängt sich damit eine analoge Anwendung des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO oder ein unmittelbarer Rückgriff auf den fair-trial-Grundsatz geradezu auf; bisher sind es jedoch nur einzelne Stimmen in der Strafprozessrechtslehre, die dies erkennen (wollen)⁴⁸. Zum zweiten sollte Gleiches auch dann gelten, wenn es zu einer Abkehr des Gerichts vom Abgesprochenen erst in der Rechtsmittelinstanz kommt: Dies ist eine naheliegende Möglichkeit deshalb, weil die weit überwiegende Auffassung die Bindungswirkung nach § 257c Abs. 4 StPO allein auf dasjenige Gericht bezieht, das die „Verständigung“ herbeigeführt hat; Rechtsmittelgerichte sowie derjenige tatgerichtliche Spruchkörper, an den die Sache nach evtl. Urteilsaufhebung in der Revisionsinstanz wieder zurückverwiesen wird (vgl. § 354 Abs. 2, 3 StPO), sollen dagegen trotz Verfahrensidentität von vornherein gar nicht an die vorangegangene Verständigung gebunden sein⁴⁹. Von der damit in Kauf genommenen abschreckenden Wirkung, überhaupt noch ein Rechtsmittel einzulegen, einmal abgesehen, hat es der Bundesgerichtshof⁵⁰ inzwischen auch noch abgelehnt, wenigstens ebenfalls das Geständnis des Angeklagten aus der Welt zu schaffen nach der dann für beide Seiten geltenden Devise: „Neues Spiel, neues Glück!“ Vielmehr wird die Verwertungsverbotsregelung des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO auch insoweit ganz und gar rechtspositivistisch ausgelegt: Wenn die Bindungswirkung gar nicht greift, fehlt es auch an einem einseitigen Abgehen hiervon nach S. 1 dieser Vorschrift; und nur auf „diese Fälle“ bezieht sich bekanntlich das Verwertungsverbot. Die vom Bundesgerichtshof anstelle

48 Vgl. *DrieBen* StV 2011, 43, 44; *Meyer-GoBner* (o. Fn 17), § 257c Rn 31; *SK/StPO/Velten* § 257c Rn 32.

49 Siehe etwa *Meyer-GoBner* (o. Fn 17), § 257c Rn 25.

50 BGH StV 2010, 470 m. abl. Anm. *Wattenberg*, StV 2010, 472 f.; anders dagegen für die Berufungsinstanz OLG Düsseldorf StV 2011, 80. Der BGH hat das Verwertungsverbot nach Revision und Rückgabe an das Tatgericht nicht angewendet, das OLG Düsseldorf hält dagegen für die Berufungsinstanz die Regelung des § 257c Abs. 4 S. 3 StPO für anwendbar.

dessen herausgestellte Anwendung des Verschlechterungsverbots (vgl. § 358 Abs. 2 StPO) ist nicht nur sachwidrig, sondern bietet für den Angeklagten spätestens dann keinen Schutz mehr, wenn nicht er, sondern allein die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel eingelegt hat⁵¹. Auf die vielen weiteren, durch die beschränkte Reichweite des Verwertungsverbots aufgeworfenen Fragen wie etwa die nach seiner evtl. Fernwirkung⁵² kann an dieser Stelle nicht mehr näher eingegangen werden.

. Ausblick

Damit ist die umfangreiche Liste an Einzelproblemen noch längst nicht abgearbeitet. Näher zu behandeln wäre insbesondere die schon kurz erwähnte Problematik der sog. „Sanktionenscheren“⁵³, dass also durch gerichtliches Inaussichtstellen zweier weit auseinander liegender Strafsanktionen dem Angeklagten mit einer Mischung aus „Zuckerbrot und Peitsche“ die Zustimmung abgenötigt werden kann. Die höchstrichterliche Rechtsprechung erkennt zwar allgemein an, dass ein solcher Zwang die im Anschluss erfolgte Absprache nach dem Rechtsgedanken des § 136a StPO unwirksam macht⁵⁴. Doch fehlt es wegen der weiten Spielräume bei der Strafzumessung und im Besonderen bei der Bemessung des Beschleunigungseffekts als Grundlage für die Strafmilderung an jedweden Kriterien, die erkennen ließen, welche Spannweite zwischen den beiden angekündigten Strafsanktionen noch nachvollziehbar oder unvertretbar sein könnte. Die Rechtsprechung beurteilt dies bisher nur intuitiv und fern jedweder Rationalität: drei Jahre Abstand mögen

51 Zutreffend hervorgehoben von *Wattenberg*, StV 2010, 471, 473.

52 Dafür z.B. *Jahn/Müller*, NJW 2009, 2625, 2629; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 538; für den Regelfall ablehnend *Meyer-Goßner* (o. Fn 17), § 257c Rn 28 a.E.; *Niemöller*, in: *Niemöller/Schlothauer/Weider* (Hrsg.), *Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren*, 2010, Rn 150.

53 Mit Beispielen aus der Verfahrenswirklichkeit: *Duttge*, in: *Böttcher-FS* 2007, S. 53, 55 f.

54 BGH NStZ 2008, 170 f.

noch akzeptabel sein, vier Jahre dagegen womöglich nicht mehr. Die überaus weiche Formel des Großen Strafsenats lautet: Die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der bei streitigem Verfahren zu erwartenden Sanktion dürfe nicht so groß sein, „dass sie ... mit einer angemessenen Strafmilderung wegen eines Geständnisses nicht mehr erklärbar“ sei⁵⁵. Dem hehren Appell an den zu wahren Grundsatz „schuldangemessenen Strafens“ fehlt es somit mangels Operationalisierbarkeit an der nötigen Durchsetzungsmacht.

Statt alle Anstrengungen auf diese wichtige Problematik zu konzentrieren, sind die Senate des Bundesgerichtshofs derzeit mit der Frage befasst, ob das Tatgericht dem Angeklagten bei Mitteilung des möglichen Verfahrensergebnisses nach evtl. Absprache stets eine Strafober- und -untergrenze angeben muss, wie es die Formulierung des Gesetzes nahelegt (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO), oder anstelle eines solchen Strafrahmens auch die Angabe nur der Obergrenze genügt⁵⁶. Diese Frage hängt ersichtlich mit dem Verbot der „Punktstrafe“ zusammen, also damit, dass sich das Tatgericht nach st. Rspr. in seinem Angebot an den Angeklagten nicht schon auf eine konkrete Strafe festlegen darf⁵⁷. Wenn es aber wiederum nach st. Rspr.⁵⁸ ganz unschädlich sein soll, wenn die später ausgesprochene Strafe mit der angekündigten Strafobergrenze identisch ist, so wie es in der bisherigen tatgerichtlichen Praxis ganz üblich ist, dann handelt es sich um eine völlig belanglose Frage, ob dazu noch eine weitere, jedoch irrelevante Größe benannt werden muss. Allenfalls wird sich die Praxis in Zukunft

55 BGHSt 50, 40, 50; konkretisierende Vorschläge bei *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl*, NStZ 2009, 78 ff. und *Meyer-Goßner*, in: Schönemann-Symposium 2005, S. 235, 239: Strafe ohne Geständnis nicht höher als 1/3 der bei Geständnis offerierten Strafe bzw. „Strafrabatt“ nicht größer als 20 und 30 % der „Normalstrafe“.

56 Vgl. BGH StV 2011, 75 f.; NStZ 2011, 170.

57 Etwa BGHSt 51, 84, 86; zuletzt BGH StV 2011, 78, 79.

58 Zuletzt BGH NStZ 2010, 650.

insofern ändern, als nicht mehr die Ober-, sondern die Untergrenze stillschweigend als relevante Größe gilt⁵⁹. Faktisch wird es jedoch dabei bleiben, dass eine konkret Strafe in Aussicht gestellt wird⁶⁰, weshalb die Literatur den Sinn des Verbots einer „Punktstrafe“ bezweifelt. An der eigentlich zentralen Problematik ändert das aber nichts: Das Offerieren zweier möglicher Strafsanktionen im Vergleich bildet per se ein Lockmittel, das mit dem Informationsbedürfnis des Angeklagten gerechtfertigt wird, jedoch zu manipulativen, unfairen Verfahrensweisen geradezu einlädt.

Auch ansonsten zeigt sich die strafrechtliche Praxis an vielen einzelnen Stellen kreativ, wenn es darum geht, die rechtlichen Begrenzungen zu umgehen⁶¹. Das Gesetz sieht etwa neuerdings vor, dass in Verfahren, in denen es zu einer „Verständigung“ gekommen ist, auf die Einlegung von Rechtsmitteln nicht verzichtet werden kann (§ 302 Abs. 1 S. 2 StPO); auf diese Weise soll dem Angeklagten die Möglichkeit des Überdenkens innerhalb der Rechtsmittelfrist unabhängig von einer gerichtlichen Erwartung auf raschen Eintritt der Rechtskraft erhalten bleiben⁶². Wie verfährt inzwischen jedoch die Praxis? Man vereinbart keinen Verzicht, sondern die Einlegung des Rechtsmittels, um es sogleich wieder zurückzunehmen. Die Verbotsvorschrift ist jetzt nicht mehr anwendbar, weil die Rücknahme eines Rechtsmittels etwas

59 In diesem Sinne die Erwartung bei *Meyer-Goßner* (o. Fn 17), § 257c Rn 20f.

60 Siehe z.B. *Altenhain/Haimerl*, JZ 2010, 331; „Man wird sich heimlich auf eine Punktstrafe einigen“.

61 Rechtstatsächliche Untersuchungen: *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl/Stammen*, Die Praxis der Absprachen im Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; *G. Schöch*, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007; ferner zur Verfahrenswirklichkeit auch *Fischer* StraFo 2009, 178 ff.

62 Die Sinnhaftigkeit dieser neuen Regelung wird mit Blick auf ein evtl. Interesse des Angeklagten auf rasches Verfahrensende kontrovers beurteilt, zust. *Weigend*, in: *Maiwald-FS* 2010, S. 829, 844; abl. *Meyer-Goßner* (o. Fn 17), § 302 Rn 26c/d; *Murmann*, ZIS 2009, 526, 534: „paternalistischer Eifer“.

anderes ist als ein Verzicht. Und wie urteilt der Bundesgerichtshof? Er akzeptiert das unter Verweis auf die Subjektstellung des Angeklagten, der eben letztlich selbst wissen müsse, ob er das Urteil akzeptiere oder nicht!⁶³

Das Fazit fällt nach alledem sehr ernüchternd aus: Schon vor Jahren sprach ich von der „Absprachendroge“⁶⁴, die inzwischen die gesamte deutsche Strafrechtspraxis erfasst und hochgradig süchtig gemacht hat. Das neue „Verständigungsgesetz“ sollte den „Deal“ aus dem trüben Sumpf der Heimlichkeit an das Licht der Öffentlichkeit bringen, um damit das Treiben wenigstens auf ein rechtsstaatlich erträgliches Maß zu begrenzen; der Bundesgerichtshof ist ersichtlich darum bemüht, der tatgerichtlichen Praxis mit seiner konziliananten Haltung eine Brücke bauen, um diese in die Legalität zurückzuführen, aber auch den eigenen Einfluss auf das Geschehen nicht zu verlieren. Doch selbst wenn dies alles gelänge, was die langjährige „Drogensucht“ in Form einer ausgedehnten informellen Absprachenpraxis wenig aussichtsreich erscheinen lässt, bleibt eines doch wichtig: Der Praxis kann zwar durch Gesetz und Judikatur der Mantel der Legalität verliehen werden,⁶⁵ die materielle Legitimität lässt sich damit aber nicht zurückgewinnen. Die Folgen für das Ansehen von Recht und Justiz sowie für die Rechtskultur im gesamtgesellschaftlichen Kontext lassen sich derzeit noch gar nicht absehen⁶⁶.

63 BGHSt 55, 82 ff.; abl. *Malek* StraFo 2010, 251 f.; Meyer/Goßner, StV 2011, 53; *Niemöller*, StV 2010, 474 („geradezu klassischer Fall der Gesetzesumgehung“); Radtke, in: *Radtke/Hohmann* (o. Fn 29), § 302 Rn 40.

64 *Duttge/Schoop*, StV 2005, 421 unter Verweis auf Weigend, NStZ 1999, 57, 63.

65 Eben zu diesem Schluss kommt Fezer mit Blick auf die bisherige Rechtsprechung und das neue „Verständigungsgesetz“; vgl. in: NStZ 2010, 177, 183.

66 Wichtige Überlegungen hierzu bei *Weigend*, in: Maiwald-FS 2010, S. 829, 845 ff.: „Administration statt Wahrheitsfindung“, professioneller Verwaltungsbetrieb durch Juristen u.a.m.

Article

Literatur (Auswahl):

Gunnar Duttge, Von Flutwellen, Sümpfen und Wetterzeichen zu den aktuellen Bestrebungen, Urteilsabsprachen per Gesetz zu „zähmen“, in: Böttcher-FS 2007, S. 53

Gerhard Fezer, Inquisitionsprozess ohne Ende? Zur Struktur des neuen Verständigungsgesetzes, NStZ 2010, 177

Uwe Murmann, Reform ohne Wiederkehr? Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, ZIS 2009, 526

Thomas Weigend, Verständigung in der Strafprozessordnung auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell?, in: Maiwald-FS 2010, S. 829

Anhang:

§ 257c StPO (Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten)

- (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) 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 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 auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.
- (4) 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

Absprachen im deutschen Strafprozess

Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

- (5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.