

**Die Bewertung des Geständnisses in der
Strafzumessung und in der Beweisaufnahme als
Sonderproblem der Urteilsabsprache**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der

Juristischen Fakultät

der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Tze-Tien Hsu

aus I-Lan, Taiwan

2007

Selbstdruck

Dekan: Prof. Dr. Joachim Vogel

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Jörg Kinzig

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Dezember 2007

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis September 2007 berücksichtigt werden.

An dieser Stelle möchte ich mich ganz besonders bei meinem verehrten Doktorvater und Lehrer Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner bedanken, ohne dessen Hilfe ich diese Arbeit bestimmt nicht geschafft hätte.

Ferner möchte ich Herrn Prof. Dr. Jörg Kinzig dafür danken, dass er das Zweitgutachten schnell und freundlich erstellt hat.

Ich bedanke mich für direkte gute Hilfe bei meinen Freunden, zuerst Herrn Thomas Dieckmann für intensives Korrekturlesen, Rat und Genauigkeit, dann Herrn Dr. Frank Czerner, Herrn Jim Kautt, Frau Elisabeth von Nell, Frau Maria Pessiu und Frau Dr. Dorothea Schulze. Ein herzliches Dankeschön möchte ich auch all jenen aussprechen, die mich ermutigt haben, in Deutschland zu promovieren.

Mein allerherzlichster Dank gilt meinem ehemaligen wissenschaftlichen Betreuer Prof. Dr. Shan-Tien Lin. Er ist leider am 5. November dieses Jahres in unserer Heimat Taiwan verstorben, bevor ich den Dokortitel bekommen habe. Ohne seine Leitung wäre mein akademischer Weg nicht in dieser Form möglich gewesen. Ihm sei diese Arbeit gewidmet.

Tübingen, im Dezember 2007

Tze-Tien Hsu

Inhaltsverzeichnis

INHALTSVERZEICHNIS	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	VI
1 EINLEITUNG	1
1.1 Die Doppelrolle des Geständnisses im Strafprozessrecht und im materiellen Strafrecht	1
1.2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf die Urteilsabsprache.....	3
1.2.1 Definition und Wesen der Absprache	3
1.2.2 Arten der Absprache.....	4
1.2.2.1 Differenzierung nach dem Gegenstand der Absprache	4
1.2.2.1.1 Umfang des Prozessgegenstandes	5
1.2.2.1.2 Rechtsfolgenbereich	5
1.2.2.2 Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Absprache	6
1.2.2.2.1 Vor Erhebung der öffentlichen Klage.....	6
1.2.2.2.2 Nach Erhebung der öffentlichen Klage.....	7
1.2.2.3 Differenzierung nach der Verbindlichkeit der Absprache	8
1.2.2.4 Zusammenfassung.....	8
1.3 Begriff und Funktionen des Geständnisses	10
1.3.1 Begriff des Geständnisses	10
1.3.2 Funktionen des Geständnisses.....	11
1.3.2.1 Das Geständnis als Prozesshandlung?	11
1.3.2.2 Das Geständnis als Beweismittel	12
1.3.2.2.1 Die Beweismittelfunktion des Beschuldigten.....	12
1.3.2.2.2 Das Geständnis als <i>regina probationum</i> ?	13
1.3.2.2.3 Das Geständnis als Verteidigungsstrategie.....	14
1.3.2.3 Das Geständnis als Strafzumessungskriterium	16
2 DER STRUKTURWANDEL DES DEUTSCHEN STRAFVERFAHRENS	17
2.1 Vom alten bis zum reformierten Inquisitionsprozess - unter besonderer Berücksichtigung des Geständnisses	18
2.1.1 Das alte deutsche Strafverfahren.....	18
2.1.1.1 Das Strafverfahren in germanischer Zeit	18
2.1.1.2 Das Strafverfahren in fränkischer Zeit.....	20
2.1.1.3 Das Strafverfahren im Mittelalter	20
2.1.2 Der alte Inquisitionsprozess: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 („Carolina“).....	21
2.1.3 Der reformierte Inquisitionsprozess	25

2.1.3.1	Das reformierte Verfahren des 19. Jahrhunderts.....	25
2.1.3.2	Die Reichsstrafprozessordnung von 1877.....	27
2.1.3.3	Die Entwicklung bis 1933.....	30
2.1.3.4	Die Entwicklung während des Nationalsozialismus.....	31
2.1.3.5	Die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg.....	32
2.2	Vom ordentlichen Strafverfahren zur beschleunigten Verfahrenserledigung.....	34
2.2.1	Das ordentliche Strafverfahren („Normalverfahren“).....	35
2.2.1.1	Ablauf nach dem Gesetz – Überblick über die gesetzlichen Strukturelemente.....	35
2.2.1.2	Ablauf in der Rechtswirklichkeit - Die zentrale Rolle des Geständnisses.....	37
2.2.2	Die beschleunigte Verfahrenserledigung de lege lata.....	38
2.2.2.1	Zur Notwendigkeit einer beschleunigten Verfahrenserledigung.....	38
2.2.2.2	Formen beschleunigter Verfahrenserledigung.....	39
2.2.2.3	Die (stillschweigende) Zustimmung des Beschuldigten in den Fällen der §§ 153a und 407 ff. StPO.....	40
2.2.2.3.1	Die Ausgleichsfunktion der Zustimmung des Beschuldigten.....	40
2.2.2.3.2	Die Zustimmung des Beschuldigten als Einfallstor der Dispositionsmaxime.....	41
3	DIE ENTWICKLUNG DER URTEILSABSPRACHE IN DEUTSCHLAND.....	44
3.1	Gründe für das Auftreten von Urteilsabsprachen.....	45
3.1.1	Rechtspraktische Aspekte.....	45
3.1.1.1	Das Interesse der Justizorgane.....	46
3.1.1.2	Das Interesse des Verteidigers.....	47
3.1.1.3	Das Interesse des Beschuldigten.....	47
3.1.2	Rechtstheoretischer Aspekt: Der Wandel des Wahrheitsbegriffs.....	49
3.1.2.1	Ziel und Umfang der Wahrheitserforschung im Strafverfahren.....	49
3.1.2.2	Normative Grenzen der Wahrheitserforschung.....	50
3.1.2.3	Faktische Grenzen der Wahrheitserforschung.....	51
3.1.2.4	Wahrheitserforschung durch Konsens als Legitimation der Absprachepraxis?.....	53
3.2	Die Rechtswirklichkeit der Urteilsabsprache und die Kritik aus der Wissenschaft..	54
3.2.1	Rechtswirklichkeit der Urteilsabsprache.....	54
3.2.2	Zur Kritik aus der Wissenschaft an der Absprachepraxis.....	55
3.2.2.1	Verletzung des Grundsatzes eines fairen Verfahrens.....	56
3.2.2.2	Verletzung des Richtervorbehalts.....	56
3.2.2.3	Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör.....	57
3.2.2.4	Verstoß gegen die Unschuldsvermutung und den in-dubio-pro-reo-Grundsatz.....	57
3.2.2.5	Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes.....	59
3.2.2.6	Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes.....	60
3.2.2.7	Verletzung der Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit .	60
3.2.2.8	Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes.....	60

3.2.2.9 Verletzung des Schuldgrundsatzes.....	61
3.3 Die Urteilsabsprache im Spiegel höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen.....	61
3.3.1 Der Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.1987.....	62
3.3.2 Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.08.1997 (BGHSt 43, 195).....	64
3.3.2.1 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor BGHSt 43, 195.....	64
3.3.2.2 Überblick über die Entscheidung BGHSt 43, 195.....	66
3.3.2.3 Inhaltliche Anforderungen an eine Absprache.....	68
3.3.2.3.1 Absprache über den Schuldspruch?.....	68
3.3.2.3.2 Absprache über das Strafmaß?.....	68
3.3.2.3.3 Absprache über einen Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten?.....	69
3.3.2.4 Verfahrensrechtliche Anforderungen an eine Absprache.....	69
3.3.2.4.1 Wahrung der Willensentschließungsfreiheit des Beschuldigten.....	69
3.3.2.4.2 Öffentlichkeit des Verfahrens.....	69
3.3.2.5 Bindungswirkung einer Absprache.....	69
3.3.3 Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 03.03.2005 (BGHSt 50, 40).....	70
3.3.3.1 Überblick über die Entscheidung BGHSt 50, 40.....	70
3.3.3.2 Zur Rechtsgrundlage einer Urteilsabsprache.....	71
3.3.3.3 Zur Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten	72
3.3.3.4 Verfassungsrechtliche Grenzen einer Urteilsabsprache.....	72
3.3.3.5 Präzisierung der Anforderungen an eine Absprache aus BGHSt 43, 195.....	73
3.3.3.5.1 Zur Sachaufklärungspflicht des Gerichts.....	73
3.3.3.5.2 Zur Wahrung der Willensentschließungsfreiheit des Beschuldigten.....	73
3.3.3.5.3 Zur Bindungswirkung einer Absprache.....	74
3.3.3.6 Appell an den Gesetzgeber.....	74
3.3.4 Kurze Analyse der Rechtsprechung - Der „Deal“ der höchstrichterlichen	
Rechtsprechung mit der tatgerichtlichen Absprachepraxis.....	75
4 DIE AUSWIRKUNGEN EINES GESTÄNDNISSES AUF DIE STRAFZUMESSUNG	
IM RAHMEN DER URTEILSABSPRACHE.....	77
4.1 Allgemeine Grundsätze der Strafzumessung.....	79
4.2 Zur Rechtsgrundlage einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses – innerhalb	
des § 46 Abs. 2 StGB.....	81
4.2.1 Das Geständnis als „Verhalten nach der Tat“.....	81
4.2.1.1 Auswirkung des Geständnisses auf die Strafzumessungsschuld (Doppelspurige	
Indizkonstruktion).....	81
4.2.1.2 Auswirkung des Geständnisses auf das Präventionsbedürfnis.....	82
4.2.2 Das Geständnis als Minderung der „Auswirkungen der Tat“.....	85
4.2.2.1 Das Geständnis als Erleichterung der Tataufklärung.....	85

4.2.2.2 Das Geständnis als Genugtuung für den Verletzten.....	86
4.3 Zur Rechtsgrundlage einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses – außerhalb des § 46 Abs. 2 StGB.....	87
4.3.1 Die Förderung des Rechtsfriedens als Verfahrensziel	88
4.3.1.1 Begriff und Argumentationslinie	88
4.3.1.2 Bewertung	89
4.3.2 Verfahrensökonomie, Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und Beschleunigungsgebot.....	91
4.3.2.1 Begriffe und Argumentationslinien.....	91
4.3.2.2 Bewertung	93
4.4 Die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses als Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes	98
4.4.1 Der Inhalt des Grundsatzes „in dubio pro reo“	98
4.4.2 Das „Innenleben“ des Beschuldigten – innere Tatsachen als Gegenstand der Beweiswürdigung.....	99
4.4.3 Zur Kritik am in-dubio-Argument.....	101
4.4.3.1 Die Argumentation der Kritiker	101
4.4.3.2 Bewertung	102
4.5 Die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses – Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz?.....	104
4.5.1 Der Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes	104
4.5.2 Zur Situation bei einem „isolierten“ Geständnis	107
4.5.2.1 Die Argumentation der Kritiker	107
4.5.2.2 Bewertung	108
4.5.3 Zur Situation bei einem absprachebedingten Geständnis.....	109
4.5.3.1 Meinungsstand	109
4.5.3.2 Bewertung	110
4.6 Vorschlag zur Änderung des Strafgesetzbuches: Schaffung einer neuen Strafmilderungsvorschrift („§ 46b StGB“).....	113
4.6.1 Der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer.....	115
4.6.1.1 Obligatorische Strafmilderung (nur) im Falle einer Urteilsabsprache	115
4.6.1.2 Bewertung	116
4.6.2 Eigener Vorschlag: fakultative Strafmilderung in allen Fällen eines Geständnisses	118
4.6.3 Exkurs: Gerichtliche Zusage eines bestimmten Strafmaßes als Anreiz für die Ablegung eines Geständnisses?	119
5 DAS ABSPRACHEGEMÄßE GESTÄNDNIS IM LICHT DES STRENGBEWEISVERFAHRENS	122
5.1 Das absprachegemäße Geständnis im Lichte der Instruktionsmaxime	123
5.1.1 Allgemeine Grundlagen der Instruktionsmaxime	123

5.1.1.1	Verfassungsrechtliche Verankerung der Instruktionsmaxime	123
5.1.1.1.1	Das verfassungsrechtliche Gebot der Wahrheitsfindung	123
5.1.1.1.2	Die Instruktionsmaxime als verfassungsrechtlich zwingende Verfahrensausgestaltung?.....	125
5.1.1.1.3	Inquisitorisches und adversatorisches Prozessmodell	127
5.1.1.1.3.1	Die unterschiedliche Rolle des Gerichts	127
5.1.1.1.3.2	„Materielle“ Wahrheit vs. „formelle“ Wahrheit?	129
5.1.1.2	Der Inhalt der Instruktionsmaxime	131
5.1.2	Zur Kollision des absprachegemäßen Geständnisses mit der Instruktionsmaxime.....	132
5.1.2.1	Die Problematik absprachegemäßer Geständnisse.....	132
5.1.2.2	Tatgerichtliche Pflicht zur Verifizierung absprachegemäßer Geständnisse?.....	134
5.1.2.3	Fazit.....	137
5.2	Das absprachegemäße Geständnis im Lichte von Öffentlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip.....	138
5.2.1	Der Inhalt der drei Grundsätze	138
5.2.1.1	Öffentlichkeitsgrundsatz	138
5.2.1.2	Unmittelbarkeitsgrundsatz	139
5.2.1.3	Mündlichkeitsgrundsatz.....	139
5.2.2	Zur Kollision des absprachegemäßen Geständnisses mit dem Öffentlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip	140
5.2.2.1	Das Verständigungsgespräch außerhalb der Hauptverhandlung.....	140
5.2.2.2	Das Verständigungsgespräch innerhalb der Hauptverhandlung	141
5.2.3	Heilung durch spätere Offenlegung in der Hauptverhandlung?.....	142
5.2.4	Exkurs: Zur Bindungswirkung der Urteilsabsprache	144
5.3	Mögliche Rechtfertigung der Verstöße gegen Prozessmaximen	146
5.3.1	Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Rechtfertigungsgrund?.....	146
5.3.2	Das Konsensprinzip als Rechtfertigungsgrund?.....	148
5.3.2.1	Die Argumentation der Befürworter einer Absprache	148
5.3.2.2	Stellungnahme.....	149
5.3.2.2.1	Konsens vs. Konzession	149
5.3.2.2.2	Beibringungsmaxime vs. Dispositionsmaxime.....	152
5.3.2.2.3	Konsens schafft Rechtsfrieden?.....	154
5.3.3	Der Opferschutz als Rechtfertigungsgrund?	156
6	SCHLUSSBETRACHTUNG	159
	LITERATURVERZEICHNIS.....	164

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
a. F.	alte Fassung
AK-StPO	Kommentar zur Strafprozessordnung (Reihe Alternativkommentare)
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv für öffentliches Recht
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BtMG	Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Betäubungsmittelgesetz)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BWahlG	Bundeswahlgesetz
bzw.	beziehungsweise
CCC	Constitutio Criminalis Carolina von 1532
DAV	Deutscher Anwaltverein
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
E	Entwurf
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und

	Grundfreiheiten
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FG	Festgabe
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Halbs.	Halbsatz
HK-StPO	Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LK-StGB	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
LR-StPO	Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungs-gesetz mit Nebengesetzen, Großkommentar
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
RE	Referentenentwurf
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt

RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch von 1871
RStPO	Reichsstrafprozessordnung von 1877
S.	Seite, Satz
scil.	scire licet (=erläuternder Hinweis)
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichts-verfassungsgesetz
sog.	sogenannte (r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StraFo	Strafverteidiger Forum
StV	Strafverteidiger
t.StGB	taiwanesisches Strafgesetzbuch
t.StPO	taiwanesische Strafprozessordnung
u.	und
u. a.	unter anderem, und andere
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
vs.	versus
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

1 Einleitung

1.1 Die Doppelrolle des Geständnisses im Strafprozessrecht und im materiellen Strafrecht

Zentrales Anliegen und damit beherrschendes Prinzip im deutschen Strafverfahren ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts¹. Das deutsche Strafrecht lässt sich durch die materielle Wahrheitsfindung und die sich darauf stützende schuldangemessene Strafe charakterisieren. Im Unterschied zum US-amerikanischen Strafprozess, bei dem es Sache der Parteien ist, darüber zu befinden, welche Tatsachen sie dem Gericht zur Entscheidung unterbreiten wollen, und der Strafrichter lediglich als unparteiischer „Schiedsrichter“ fungiert, liegt in Deutschland das gesamte Hauptverfahren einschließlich der Beweisaufnahme in der Hand des Gerichts. Deshalb ist das Gericht auch verpflichtet, selbst aktiv die „Erforschung der Wahrheit [...] von Amts wegen“ zu betreiben, wie es die zentrale Vorschrift des § 244 Abs. 2 StPO formuliert (Instruktionsmaxime). Dementsprechend kann ein (unwahres) Geständnis des Angeklagten das Gericht nicht binden. Insofern ist der kritische Umgang mit Geständnissen unerlässlich². Ein in der Hauptverhandlung abgelegtes Geständnis des Angeklagten stellt daher nur eine von vielen möglichen Quellen zur Erforschung des wahren Sachverhalts dar. Dies hat zur Folge, dass eine bestimmte verfahrensrechtliche Wirkung des Geständnisses im deutschen Strafverfahrensrecht bisher nicht vorgesehen ist³. Damit ist es im deutschen Strafverfahren gesetzlich aber auch nicht ausgeschlossen, einen Angeklagten allein aufgrund seines Geständnisses zu verurteilen, soweit das Gericht von dessen Glaubhaftigkeit ausgehen kann. Das Geständnis, das der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) unterliegt, kann also im Einzelfall sogar ausschließliche Grundlage einer Verurteilung sein, sofern es den Schuld- und Strafausspruch zu tragen vermag⁴. Daraus hat sich praeter legem eine zunehmende Absprachepraxis der Gerichte entwickelt, bei der der Amtsermittlungsgrundsatz nur noch der äußeren Form nach aufrechterhalten wird⁵. Allerdings bleibt das Geständnis immer nur eine Beweisquelle und befreit den Richter daher nicht von der Pflicht zur sorgfältigen Würdigung und gegebenenfalls weiteren Aufklärung⁶.

¹ BVerfGE 33, 367, 383; 57, 250, 275; 63, 45, 61; BVerfG NStZ 1987, 419; BGHSt 1, 96; 10, 118; 23, 187; vgl. KK-StPO/Herdegen, Vor § 244 Rn. 1; Schünemann, FS-Rieß, S. 525, 539: „Das Gebot der materiellen Wahrheitsfindung, das man als das Herz des deutschen Strafverfahrens bezeichnen könnte [...]“

² Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 15; KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 1.

³ Bickel, Das förmliche Geständnis, S. 19.

⁴ Statt aller Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 15.

⁵ Fezer, FS-BGH IV, S. 847, 879 und ebenso Jahn, ZStW 118 (2006), 427, 444.

⁶ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 166.

Die Diskrepanz zwischen Rechtstheorie und Rechtswirklichkeit im deutschen Strafverfahren wurde bisher besonders im Zusammenhang mit der so genannten Absprache- und Verständigungsproblematik diskutiert. In diesem Zusammenhang kommt dem Geständnis eine zentrale Rolle zu, die die Strafprozessordnung nach ihrer ursprünglichen Konstruktion nicht vorgesehen hat. Problematisiert wird besonders das abgesprochene Geständnis, das zu einem Zeitpunkt abgelegt wird, zu dem das Gericht von der Schuld des Angeklagten noch nicht überzeugt ist, also vor der Entscheidungsreife. Hiermit wird die Beweisaufnahme hinsichtlich des Tatvorwurfs verkürzt oder entfällt sogar. Daher drängt sich die Annahme auf, dass das Geständnis, ähnlich wie ein guilty plea im US-amerikanischen Strafprozess, den Weg in ein vereinfachtes Verfahren eröffnet. Es besteht so die Gefahr, dass sich der deutsche Strafprozess in seiner Struktur (weiter) von dem (reformierten) Inquisitionsprozess hin zu einem Parteiprozess entwickelt.

Außerdem wird für das abgesprochene Geständnis in der Regel im Gegenzug eine Strafmilderung gewährt (häufig verbunden mit der Gewährung von Strafaussetzung zur Bewährung). Ansonsten würde wohl kaum ein Angeklagter jemals ein Geständnis ablegen. Das bedeutet, dass Geständnis und Strafrabatt im Rahmen der Absprachepraxis eindeutig zur „Handelsware“ geworden sind, gleichgültig, ob man es wahrhaben will oder nicht⁷. Demnach können die oben angesprochenen prozessrechtlichen Fragen nicht isoliert von jenen materiellrechtlichen betrachtet werden. Zu fragen ist, ob das Geständnis - und zwar das absprachebedingte Geständnis - eine strafmildernde Wirkung innehaben darf oder soll. Denn ein Geständnis des Angeklagten gegen Zusage von Strafrabatt durch das Gericht dürfte im Hinblick auf das Strafzumessungsrecht dann nicht als „Handelsware“ angeboten werden, wenn dem Geständnis im Rahmen der Strafzumessung keine Bedeutung zukäme. Dies hätte zur Folge, dass die heute gängige Absprachepraxis gesetzeswidrig wäre.

Die grundlegende Frage, ob und inwieweit die Praxis der Absprache den wesentlichen Grundsätzen des auf materielle Wahrheitsfindung und schuldangemessene Strafe abzielenden (bisherigen) deutschen Strafverfahrens widerspricht, hängt in großem Maße davon ab, welche Rolle ein Geständnis in der Strafzumessung und in der Beweisaufnahme sowohl im „normalen“ Strafverfahren als auch bei der Urteilsabsprache spielt. Diese Fragen sind daher Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

⁷ Siolek, Verständigung, S. 185 f.

1.2 Eingrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf die Urteilsabsprache

Die potentiellen Inhalte einer Absprache im Strafprozess sind äußerst vielgestaltig. Außerdem können Absprachen nahezu in jedem Verfahrensstadium – angefangen beim Ermittlungsverfahren bis hin zur Strafvollstreckung – vorkommen. Die Untersuchung dieser Arbeit beschränkt sich auf einen Teilaspekt der Absprachepraxis, nämlich die Urteilsabsprache.

1.2.1 Definition und Wesen der Absprache

Die Terminologie des zu untersuchenden Vorgangs ist mangels gesetzlicher Regelung nicht einheitlich. Für den Begriff „Absprache“⁸ spricht die Quantität der Verwendung in Literatur und Rechtsprechung, jedoch finden sich ebenso Begriffe wie „Verständigung“⁹, „Vergleich“¹⁰, „Deal“¹¹, „Vereinbarung“¹², aber auch unverhohlen abwertende Bezeichnungen wie „Schmierentheater“¹³ oder „Handel mit der Gerechtigkeit“¹⁴. Häufig werden – insbesondere in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – die Begriffe „Absprache“ und „Verständigung“ synonym verwendet¹⁵.

Die begriffliche Unsicherheit ist auf verschiedene Ursachen zurückzuführen¹⁶, worauf an dieser Stelle aber nicht weiter eingegangen werden kann. Da ein Streit um Worte für die Angelegenheit selbst noch keine Lösung bringt, sollen terminologische Differenzierungen hier gänzlich unterbleiben¹⁷. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit werden die Begriffe „Absprache“ oder „Verständigung“ synonym für die Verhandlungen der Verfahrensbeteiligten über den Umfang des Prozessgegenstandes, die Rechtsfolgen der Hauptverhandlung sowie die Gegenleistung des Angeklagten verwandt¹⁸.

⁸ Beispielsweise Niemöller, StV 1990, 34; Rönnau, Absprache; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 6; Schünemann, FS-Rieß, S. 525; Braun, Absprache.

⁹ So Schmidt-Hieber, Verständigung; Siolek, Verständigung.

¹⁰ So beispielsweise HK-StPO/Krehl, Vor §§ 151 ff. Rn. 6; Dencker/Hamm, Vergleich.

¹¹ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 394 ff.

¹² Rückel, NStZ 1987, 297.

¹³ Wieder unter dem Pseudonym Detlev Deal, StV 1982, 545.

¹⁴ BVerfG NStZ 1987, 419; der Begriff geht aber schon zurück auf den Titel der Monographie von Schumann von 1977: Der Handel mit Gerechtigkeit.

¹⁵ So beispielsweise in BGHSt 43, 195.

¹⁶ Vgl. hierzu die Analyse von Dencker/Hamm, Vergleich, S. 14 ff.; Rönnau, Absprache, S. 23 ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 19 ff.

¹⁷ So die Ansicht Satzgers, Absprachen, S. 1359.

¹⁸ Küpper/Bode, Jura 1999, 351 f.

Für den Begriff der Absprache liefert Schünemann¹⁹ eine sehr umfassende Definition:

„Unter einer Absprache im Strafverfahren ist im engeren Sinn jede Einigung zwischen Prozesssubjekten über künftig vorzunehmende Prozesshandlungen zu verstehen, ferner im weiteren Sinn auch die auf Erzielung einer solchen Einigung gerichtete Kommunikation sowie die nachfolgende Realisierung der Einigung durch die absprachegemäßen Prozesshandlungen.“ Unter diese weit gefasste Definition lassen sich zahlreiche Abspracheformen, von denen die Praxis der Gerichte geprägt ist, subsumieren.

Gekennzeichnet wird eine solche Verständigung durch das wechselseitige Nachgeben der daran Beteiligten im Sinne eines „do ut des“, so dass sich das Gericht und die Strafverfolgungsbehörde auf der einen und der Beschuldigte auf der anderen Seite „entgegenkommen“²⁰. Niemöller²¹ beschreibt diesen Zusammenhang anschaulich, indem er von einer „Einigung auf ein beiderseits zu befolgendes Verhaltensprogramm“ spricht, „nach der das Verhalten des einen Partners von dem des anderen abhängig sein soll, der ‚Vorleistende‘ also seinen Verhaltensbeitrag im Blick auf die zu erwartende Gegenleistung, der ‚Nachleistende‘ den seinigen um der erbrachten Vorleistung willen erbringt“. „Eine vertragsähnliche Vereinbarung mithin, die freilich – und das ist unbestritten – keinen der Partner rechtlich zu einem verabredeten Verhalten verpflichtet. Aber doch eine Bindung erzeugt.“

1.2.2 Arten der Absprache

Bevor man die Absprachepraxis bewertet, ist es notwendig, zwischen den verschiedenen Arten der „Absprache“ zu differenzieren, um vorschnelle Pauschalurteile zu vermeiden. Daher sollen Absprachen nach dem Gegenstand, dem Zeitpunkt und der Verbindlichkeit unterschieden werden²².

1.2.2.1 Differenzierung nach dem Gegenstand der Absprache

Eine erste Differenzierung kann nach dem Gegenstand der Absprache vorgenommen werden. Absprachen können herkömmlich in drei Hauptbereichen erfolgen: im Bereich der

¹⁹ Schünemann, Prozessrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozess, S. 25.

²⁰ Satzger, Absprachen, S. 1359; Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 1226; Matt/Vogel, FS-BRAK, S. 391, 394: „Kern jeder Urteilsabsprache ist die ‚synallagmatische‘ Verknüpfung einer ‚Leistung‘ des Beschuldigten, durch die eine beschleunigte und ressourcenschonende Erledigung des Strafverfahrens möglich wird, mit einer ‚Gegenleistung‘ des Gerichts in Gestalt einer Strafmilderung.“

²¹ Niemöller, StV 1990, 34, 35; weitere Umschreibungen der Absprache finden sich bei Dahs, NStZ 1988, 153; Siolek, Verständigung, S. 44 ff.

²² Die Einteilung erfolgt in Anlehnung an eine von Baumann, NStZ 1987, 157, 158 ff. vorgenommene Differenzierung.

Verfahrensvereinfachung, im Bereich des Prozessgegenstandes und im Bereich der Rechtsfolgen. Im Rahmen dieser Untersuchung bleiben Einigungen über den Gang des Verfahrens außer Betracht, da Absprachen in diesem Bereich in Deutschland unter allen Abspracheformen den geringsten Bedenken begegnen und für den Schwerpunkt dieser Arbeit, das Geständnis, keine Rolle spielen²³. Die für diese Untersuchung relevanten Arten von Absprachen betreffen also die rechtlich problematischen Fälle der Einigung unter den Verfahrensbeteiligten über den Umfang des Prozessgegenstandes oder die Rechtsfolgen.

1.2.2.1.1 Umfang des Prozessgegenstandes

In §§ 2 ff., 154 f., 207 ff., 266 StPO bestehen gesetzliche Regelungen über den Umfang des Prozessgegenstandes. Zahlreiche Falldarstellungen belegen, dass gerade im Bereich des Opportunitätsprinzips (§§ 154, 154a StPO) von den Beteiligten angestrebt wird, durch eine Absprache bestimmte Taten oder Teile von Taten aus dem weiteren Verfahren herauszunehmen. Problematisch ist dabei eine Absprache in der Form, dass das Gericht eine Rücknahme oder Nichtstellung eines Beweisantrages mit einer solchen Abtrennung honoriert. Bedenklich ist auch ein Geständnis oder ein Rechtsmittelverzicht des Angeklagten als Gegenleistung für eine Verfahrensbeschränkung durch das Gericht gemäß § 154 Abs. 2 StPO²⁴. Es kommen sogar Absprachen vor, in denen der Charakter einer Straftat einvernehmlich bestimmt wird²⁵. Dies wird nur im anglo-amerikanischen Rechtskreis praktiziert.

Da Prozessgegenstand und Rechtsfolgen bezüglich Strafart und Strafhöhe etc. sehr eng miteinander zusammenhängen, hat eine Veränderung des Prozessgegenstandes gleichzeitig auch Auswirkungen auf die Rechtsfolgen. Eine Absprache über den Prozessgegenstand kommt deshalb einer Absprache über die Rechtsfolgen recht nahe²⁶.

1.2.2.1.2 Rechtsfolgenbereich

Die am häufigsten anzutreffenden Absprachen finden in dem Bereich der Rechtsfolgen statt. Sie lassen sich dahin charakterisieren, dass unter der Voraussetzung eines bestimmten Prozessverhaltens des Angeklagten, nämlich eines Geständnisses, eine Strafmilderung in Aussicht gestellt wird (beispielsweise bei der Geldstrafe hinsichtlich der Zahl der Tagessätze). Möglicherweise sehen Absprachen auch so aus, dass die Staatsanwaltschaft

²³ Hier hält die Strafprozessordnung selbst eine Fülle von Vorschriften bereit, bei denen ein einverständlicher Verzicht der Beteiligten das Verfahren von Nebensächlichkeiten und Ballast befreit. Darunter fallen etwa §§ 245 Abs. 1 S. 2, 249 Abs. 2, 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO.

²⁴ Vgl. beispielsweise BGH NStZ 2000, 96 f.

²⁵ Vgl. dazu den in der Hannoverschen Allgemeinen Zeitung v. 23. 9. 82, S. 13 geschilderten Fall, in dem die Absprache darauf hinauslief, einen versuchten Mord in eine gefährliche Körperverletzung umzuinterpretieren.

²⁶ Baumann, NStZ 1987, 157, 159.

einen Rechtsmittelverzicht zusagt/verspricht, wenn der Angeklagte im Gegenzug Beweisanträge zurücknimmt bzw. nicht stellt oder ebenfalls auf Rechtsmittel verzichtet. Alternativ zur Strafmilderung besteht auch die Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung. War die Strafzumessung bzw. generell die Verhängung von Rechtsfolgen bisher eine Domäne von Gericht und Staatsanwaltschaft, die diese Entscheidungen auf Grundlage der Strafprozessordnung letztendlich autoritativ vorgenommen haben, so erscheint dieser Bereich durch die zunehmend einfließenden Vergleichsmomente in einem völlig anderen Licht²⁷.

1.2.2.2 Differenzierung nach dem Zeitpunkt der Absprache

Eine Differenzierung kann auch danach vorgenommen werden, zu welchem Zeitpunkt und in welchem Verfahrensabschnitt die Absprache erfolgt. In der deutschen Praxis treten Absprachen grundsätzlich in jedem Prozesstadium auf²⁸.

1.2.2.2.1 Vor Erhebung der öffentlichen Klage

Es besteht die Möglichkeit eines Gespräches zwischen Beschuldigtem/Verteidiger und Staatsanwalt im Vorverfahren. Innerhalb des nach dem Opportunitätsprinzip erlaubten Rahmens steht der Staatsanwaltschaft die gesetzlich eingeräumte Möglichkeit einer Absprache zur Verfügung. Es handelt sich dabei insbesondere um § 153a StPO. Die Staatsanwaltschaft hat die Möglichkeit, mit dem Beschuligten abzusprechen, nach Erfüllung welcher Auflagen und/oder Weisungen sie das Verfahren einstellt. Darüber hinaus kommen Absprachen bezüglich des Erlasses eines Strafbefehls im Sinn der §§ 407 ff. StPO²⁹ und bei Zwangsmaßnahmen³⁰ in Betracht.

Neben diesen vom Gesetz „gedeckten“ bzw. „erlaubten“ Absprachen zwischen den Verfahrensbeteiligten sind aber auch noch andere – gesetzlich nicht geregelte - Verständigungen im Vorverfahren denkbar; so beispielsweise der Fall, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschuligten im Vorverfahren die Zusage gibt, eine bestimmte geringere Strafe zu beantragen, wenn er ein Geständnis ablegt.

Das Hauptproblem solcher Vereinbarungen liegt darin, dass die Stellung des Beschuligten im Ermittlungsverfahren viel schwächer ist als im Hauptverfahren. In BGHSt 37, 10 wird der Fall geschildert, dass die Staatsanwaltschaft dem Beschuligten die Zusage gemacht hat, in einem anderen Steuerstrafverfahren nicht weiter zu ermitteln, wenn er sein

²⁷ Rönna, Absprache, S. 34.

²⁸ Rönna, Absprache, S. 34.

²⁹ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 74 ff.

³⁰ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 90 ff., der in dem Übermaßverbot eine Verpflichtung von Staatsanwaltschaft und Gericht sieht, etwaige Angebote des Beschuligten bezüglich einer Absprache zu prüfen.

Rechtsmittel unter Hinnahme einer empfindlichen Strafe in dieser Sache zurücknehme. Die Staatsanwaltschaft ermittelte dann aber letztlich doch entgegen ihrer Zusage weiter, obwohl der Beschuldigte sich an die Absprache gehalten und sein Rechtsmittel im ersten Verfahren zurückgenommen hatte.

Im Rahmen dieser Arbeit wird auf die Absprachen im Ermittlungsverfahren nicht näher eingegangen, weil erst Absprachen im Hauptverfahren „Bindungskraft“ zukommen kann. Sicherlich sind auch Absprachen im Ermittlungsverfahren denkbar, die später das Urteil des Gerichts de facto beeinflussen können und somit auch – zumindest mittelbar – Einfluss auf die Sanktionierung durch das Gericht haben. Diese Fälle werden in der vorliegenden Arbeit als Absprache in der Hauptverhandlung gewertet.

1.2.2.2 Nach Erhebung der öffentlichen Klage

Durch die Erhebung der öffentlichen Klage wird der Prozessgegenstand festgelegt und die Verfahrensherrschaft geht auf das Gericht über³¹. Absprachen können dabei in verschiedenen Variationen auftreten. Darunter spielt die Urteilsabsprache, die auf die verfahrensbeendende Entscheidung des Gerichts einwirkt, eine maßgebliche Rolle. Dazu gehört auch der „Prototyp“ strafprozessualer Absprachen, der die Abgabe eines verfahrensabkürzenden Geständnisses im Austausch gegen eine Zusage im Hinblick auf die zu erwartende Strafe (Strafmilderung, Strafobergrenze, konkrete Strafhöhe, Aussetzung zur Bewährung) beinhaltet³². Ergänzt wird eine solche Urteilsabsprache zumeist mit der Zusage eines Rechtsmittelverzichts seitens der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung, um eine obergerichtliche Kontrolle der Verständigung grundsätzlich unmöglich zu machen (rechtlich sehr problematisch).

Häufig erfolgt eine Kombination dieser Urteilsabsprache mit der Verständigung über den Umfang des Prozessgegenstandes, insbesondere über Einstellungen gemäß § 154 StPO.

Die vorliegende Arbeit befasst sich besonders mit der Urteilsabsprache, da sie zum einen dogmatisch den größten Bedenken unterliegt³³, zum anderen mit dem Geständnis im Strengbeweisverfahren in Zusammenhang steht.

Des Weiteren können die Absprachen im Hauptverfahren theoretisch in zwei Konstellationen gegliedert werden³⁴: Das erste Modell bezieht sich auf Absprachen, die aus

³¹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 38 Rn. 10 f.

³² Schünemann, Absprachen, S. 92; zum Thema „Strafmildernde Wirkung eines Geständnisses“ siehe unten 4.

³³ Die Strafprozessmaximen sind auf das Hauptverfahren bzw. die Hauptverhandlung ausgerichtet. So entfallen die Bedenken, die sich aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz und aus § 261 StPO ergeben, bei Absprachen im Vorverfahren. Freilich sind Absprachen auch dort nicht völlig bedenkenfrei, da der Untersuchungsgrundsatz auch dort gilt; vgl. Baumann, NStZ 1987, 157, 159.

einer laufenden Hauptverhandlung heraus entstehen, ohne dass zuvor außerhalb des Gerichtssaals über das Verfahrensergebnis bei konsensualer Erledigung gesprochen worden ist. Das zweite Modell betrifft den Fall einer vor oder außerhalb der Hauptverhandlung zumindest vorbereiteten Absprache. In der Praxis sind Absprachen im Sinne des ersten Modells die Ausnahme, die maßgeblichen Weichenstellungen für Verständigungen erfolgen in aller Regel außerhalb des Gerichtssaales. Daher wird der Schwerpunkt in der vorliegenden Arbeit eher auf das zweite Modell³⁵ gelegt.

1.2.2.3 Differenzierung nach der Verbindlichkeit der Absprache

Absprachen können schließlich in unterschiedlichen Verbindlichkeitsstufen auftreten. Die Mehrzahl der Absprachen erfolgt rechtlich unverbindlich, aber eine faktische Verbindlichkeit erweist sich wegen der Interessenlage und der unter den Beteiligten bestehenden Vertrauensbasis als nötig. Da das Gericht seine Vorstellungen zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage in der Regel vor dem Ende der Hauptverhandlung offenbart, erscheinen derartige Absprachen zunächst im Hinblick auf § 261 StPO bedenklich: Hiernach entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung. Von dieser vorzeitigen Festlegung sind all jene Absprachen, die in den Bereich der so genannten „labilen Absichtserklärung“ fallen, zu unterscheiden³⁶. Mit diesem Begriff gemeint sind lediglich unverbindliche Mitteilungen, in denen das Gericht zu einer bestimmten Ansicht über die Sach- und Rechtslage gelangt, wobei diese Ansicht immer unter dem Vorbehalt steht, dass der weitere Verlauf der Hauptverhandlung zu anderen Ergebnissen führen kann³⁷. Diese sind als Vor- und Zwischenberatungen mit Prognosecharakter rechtlich eher unproblematisch.

1.2.2.4 Zusammenfassung

Der Untersuchungsgegenstand ist begrenzt auf solche Absprachen, die im Hauptverfahren zwischen den Prozessbeteiligten mit (faktischem) Bindungswillen die Rechtsfolgen und/oder den Prozessgegenstand bestimmen und sich dabei außerhalb der von der Strafprozessordnung ausdrücklich vorgesehenen Form bewegen. Sie werden auch eine Auswirkung auf die gerichtliche Entscheidung haben, wobei es grundsätzlich zu einem Urteil kommen wird. Daher werden sie auch als Urteilsabsprache bezeichnet.

³⁴ So Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 283 ff.

³⁵ Siehe unten 5.2.2.1.

³⁶ Der Begriff stammt von Schönemann, Absprachen, S. 74.

³⁷ Zu den gesetzlichen Beispielen vgl. Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 165.

Möglicherweise kann man dieser Begrenzung in der vorliegenden Arbeit entgegenhalten, dass im Laufe der 130jährigen Geltung der Strafprozessordnung die Hauptverhandlung ihre zentrale Stellung eindeutig verloren hat. Sie hat durch summarische Erledigungsarten, vor allem durch die Einstellungsmöglichkeiten nach §§ 153 ff. StPO sowie das Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO, einiges von ihrer ursprünglichen Bedeutung eingebüßt. Längst werden nicht mehr nur Bagatellfälle auf diese Art einer Sanktionierung zugeführt. § 153a StPO findet nicht mehr nur in Fällen geringer, sondern auch in Fällen ganz erheblicher potentieller Schuld Anwendung, so dass im Bereich der kleineren und mittleren Kriminalität bereits weitgehend das Opportunitätsprinzip gilt³⁸. Zudem ist das Strafbefehlsverfahren schon jetzt der wichtigste Verfahrenstyp für die Ahndung der einfach gelagerten kleinen und mittleren Kriminalität³⁹. Mittlerweile ist gemäß § 407 Abs. 2 StPO sogar die Verhängung einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr möglich, wenn diese zur Bewährung ausgesetzt wird und der Beschuldigte einen Verteidiger hat.

Trotz der praktischen Bedeutung summarischer Erledigungsarten wird sich die vorliegende Arbeit dennoch nur mit der Urteilsabsprache beschäftigen. Das hat folgende Gründe: Die Eingrenzung ergibt sich zum einen aus dem Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Dieser liegt auf der Bewertung des Geständnisses im Rahmen der Beweisaufnahme als Teil der Hauptverhandlung. Dadurch ist diese Arbeit zwangsläufig auch bei der Bewertung des abgesprochenen Geständnisses auf die Absprachen beschränkt, die sich auf das Ergebnis der Hauptverhandlung beziehen. Zum anderen stellt die Hauptverhandlung „das eigentliche Forum der [scil.: materiellen] Wahrheitssuche“⁴⁰ dar. Im Gegensatz dazu verlangen Einstellungen nach § 153 StPO keinen Tatnachweis, also keine Feststellung des wirklichen Geschehens. Selbst eine Einstellung nach § 153a StPO, die immerhin mit einer Sanktionierung verbunden ist, setzt nur einen „hinreichenden Tatverdacht“ (= Wahrscheinlichkeit der Verurteilung) voraus⁴¹. Auch beim Strafbefehlsverfahren wird es sich immer um eine „Wahrheit nach Aktenlage“ handeln. Im Vordergrund steht hier die möglichst effektive Fallerledigung und nicht das intensive Bemühen um Wahrheit⁴².

³⁸ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 14 Rn. 6; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 337a.

³⁹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 66 Rn. 1.

⁴⁰ Stamp, Wahrheit, S. 21.

⁴¹ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 337a.

⁴² Ob der Richter für den Erlass eines Strafbefehls in gleicher Weise von der Schuld des Beschuldigten überzeugt sein muss, sei dahingestellt; siehe nur Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 527 m. w. N.

1.3 Begriff und Funktionen des Geständnisses

Der Prototyp der Urteilsabsprache ist die Zusage einer milderen Strafe im Austausch für ein vom Angeklagten abzulegendes Geständnis⁴³. Das Geständnis ist deshalb für die Absprachediskussion von zentraler Bedeutung. Trotzdem beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, im Zusammenhang mit der Einlassung des Beschuldigten zum Tatvorwurf Regelungen nur insoweit zu formulieren, als es der Schutz verfassungsrechtlich verbürgter Rechte erfordert (vgl. §§ 136, 136a StPO). Eine Vorschrift über die Ablegung eines Geständnisses in der Hauptverhandlung enthält die Strafprozessordnung nicht.

1.3.1 Begriff des Geständnisses

Eine gesetzliche Definition des Geständnisses fehlt in der deutschen Strafprozessordnung. Ausdrücklich erwähnt wird das Geständnis nur in § 254 Abs. 1 StPO als möglicher Gegenstand einer Beweisaufnahme und in § 362 Nr. 4 StPO als potentieller Wiederaufnahmegrund. § 254 StPO gestattet die „Beweisaufnahme über ein Geständnis“ durch Verlesung richterlicher Protokolle, § 362 Nr. 4 StPO ermöglicht die Wiederaufnahme des Verfahrens gegen einen Freigesprochenen, wenn er vor Gericht oder außergerichtlich ein Geständnis ablegt. Die beiden Vorschriften betreffen aber Sondersituationen und tragen zur Konturierung des Geständnisses in der Absprachediskussion wenig bei⁴⁴.

In Bezug auf die Absprachediskussion ist unter einem Geständnis überwiegend das Eingestehen der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat zu verstehen, ein Schuldbekennnis, das unter Umständen eine Beweisaufnahme entbehrlich macht⁴⁵. Von diesem Begriffsverständnis erfasst wird nicht nur das Eingestehen des gesamten Tathergangs (sog. volles Geständnis) einschließlich der Einzelheiten, die für die Qualifikation oder Privilegierung eines Tatbestandes bedeutsam sind⁴⁶, sondern auch ein teilweises Schuldbekennnis (Teilgeständnis). Als Teil der Vernehmung des Angeklagten ist das Geständnis immer höchstpersönlicher Natur. Deshalb kann der Verteidiger für den

⁴³ Vgl. Schünemann, Absprachen, S. 110; Janke, Verständigung und Absprachen, S. 49; Terhorst, GA 2002, 600; Haas, GS-Keller, S. 45, 46; Hamm, Ist die Entformalisierung des Strafrechts und des Strafprozessrechts unaufhaltsam?, S. 521, 539: „Super-GAU der Form“; als Kern des Verständigungsverfahrens bezeichnet vom Großen Senat des Bundesgerichtshofs (BGHSt 50, 40, 51).

⁴⁴ Rieß, FS-Richter II, S. 433, 435: „Das straprozessuale Geständnis gewinnt Inhalt und Bedeutung vorwiegend [...] in Verbindung mit dem jeweiligen prozessualen Kontext, in dem es steht“; vgl. auch Rode, StraFo 2007, 98, 100.

⁴⁵ RGSt 54, 126, 127; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 64; Rönnau, Absprache, S. 90.

⁴⁶ Moos, Geständnis, S. 39; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 64.

Angeklagten kein Geständnis ablegen, selbst wenn er zur Vertretung des Angeklagten ermächtigt ist⁴⁷.

Überwiegend unterscheidet man in der Literatur im Zusammenhang mit der Absprachediskussion das sog. schlanke Geständnis⁴⁸ und das sog. qualifizierte Geständnis⁴⁹. Unter ersterem wird ein Geständnis verstanden, in dem lediglich das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung bestätigt wird⁵⁰. Wesentliches Merkmal ist, dass das Gericht vom Angeklagten keine qualitativen Angaben zum Tatvorgang erhält. Die Absprachepraxis wird vom sog. schlanken Geständnis dominiert⁵¹. Das Gegenstück bildet das so genannte „qualifizierte“ Geständnis. Es ist durch eine vollständige, detaillierte und anschauliche Schilderung aller subsumtionsrelevanten Tatsachen gekennzeichnet⁵².

Legt das Gericht seiner Entscheidung ein Geständnis unbesehen als glaubhaft zugrunde, so wird dies beim „schlanken“ Geständnis überwiegend als Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes angesehen, während bei einem „qualifizierten“ Geständnis nicht immer ein Verstoß gegen den Untersuchungsgrundsatz angenommen wird⁵³.

1.3.2 Funktionen des Geständnisses

Bei den möglichen Funktionen eines Geständnisses können die folgenden drei Bereiche unterschieden werden.

1.3.2.1 Das Geständnis als Prozesshandlung?

Die geltende Strafprozessordnung verwendet das Wort Prozesshandlung nicht. Herkömmlicherweise wird der Begriff der Prozesshandlung im Strafprozessrecht auf Handlungen von Prozessbeteiligten bezogen, die unmittelbar der Prozessförderung dienen und bestimmte Rechtsfolgen auslösen können. Sie werden in Bewirkungs- und Erwirkungshandlungen eingeteilt und tragen zur förmlichen Gestaltung des Prozesses bei⁵⁴.

⁴⁷ Moos, Geständnis, S. 40 f.

⁴⁸ Der Begriff geht auf Dahs, NStZ 1988, 153, 155, zurück.

⁴⁹ Der Begriff ist eine Formulierung von Schünemann, Absprachen, S. 82 f.; ders., NJW 1989, 1895, 1898; vgl. auch Braun, Absprache, S. 50; Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 748 ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 65 f.

⁵⁰ Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 750.

⁵¹ Schünemann, FS-Rieß, S. 525, 539; Ignor, FS-BRAK, S. 321, 328.

⁵² Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 748; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 65.

⁵³ Hierzu ausführlich unten 5.1.2.1.

⁵⁴ Vgl. Peters, Strafprozess, S. 252; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 22 Rn. 1 f.; Kühne, Strafprozessrecht, § 39 Rn. 670 ff.

Es ist zweifelhaft, ob sich das Geständnis des Angeklagten als „Prozesshandlung“ und somit als verfahrenlenkende Erklärung qualifizieren lässt⁵⁵. Macht der Angeklagte von der in § 243 Abs. 4 StPO vorgesehenen Möglichkeit zur Aussage Gebrauch, hat diese Einlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung weder eine rechtsgestaltende noch eine anderweitig das Gericht bindende Wirkung. Vielmehr stellt das Geständnis des Angeklagten eine reine Wissenserklärung dar, die nicht als Prozesshandlung angesehen werden kann⁵⁶.

1.3.2.2 Das Geständnis als Beweismittel

1.3.2.2.1 Die Beweismittelfunktion des Beschuldigten

Als Beweismittel kennt die Strafprozessordnung ausdrücklich nur Zeugen (§§ 48 ff. StPO), Sachverständige (§§ 72 ff. StPO), Augenschein (§§ 86 ff. StPO) und Urkunden (§§ 249 ff. StPO). Außerdem trennt die Strafprozessordnung klar zwischen der Vernehmung des Angeklagten zur Sache und der Beweisaufnahme (vgl. §§ 244 Abs. 1, 243 Abs. 1 S. 2 StPO). Dieselbe Trennung findet sich auch in § 238 Abs. 1 StPO: Die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angeklagten und die Aufnahme des Beweises erfolgt durch den Vorsitzenden. Diese Trennung ist aber „eher formal“⁵⁷. Selbst wenn aufgrund dieser formalen Trennung im Gesetz das Reichsgericht⁵⁸ stets angenommen hat, dass der Angeklagte nicht zum Gegenstand einer förmlichen Beweisaufnahme gemacht werden dürfe und folglich kein Beweismittel im Sinne der Strafprozessordnung sei, hat das Reichsgericht zugleich betont, dass die Aussage und damit das Geständnis sowie das sonstige Verhalten des Angeklagten Beweistatsachen seien und damit der aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfenden freien richterlichen Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung (§ 261 StPO) zugänglich seien. Daher ist es gleichgültig, wie die Äußerungen des Beschuldigten dogmatisch qualifiziert werden, ob also seine Einlassung als Beweismittel im weiteren Sinne bezeichnet werden darf und soll⁵⁹.

⁵⁵ Bejahend Rode, StraFo 2007, 98, 99.

⁵⁶ Peters, Strafprozess, S. 249; Jerouschek, ZStW 102 (1990), 793, 798; Bickel, Das förmliche Geständnis, S. 26.

⁵⁷ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 32; ders., in: SK-StPO, Vor § 133 Rn. 126.

⁵⁸ RG Rspr (1883), 784, 785; RGSt 48, 247, 248 f.

⁵⁹ Diese Frage ist also rein terminologischer Natur, vgl. Fezer, FS-Stree und Wessels, S. 663, 669; KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 1; nach SK-StPO/Rogall, Vor § 133 Rn. 126 kann es sich de lege ferenda empfehlen, wenigstens den § 244 Abs. 1 StPO so zu fassen, dass nach der Vernehmung des Angeklagten die „weitere“ Beweisaufnahme folge. Dagegen wendet Prittwitz, Mitbeschuldigter, S. 197 ff. ein, dass die Äußerungsmöglichkeit des Beschuldigten aus seinem Anspruch auf rechtliches Gehör herzuleiten sei und mit der Beweiserhebung nichts zu tun habe. Da dieser Streit für die Praxis bedeutungslos ist, wird er in der vorliegenden Arbeit nicht weiter erörtert; vgl. LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. J Rn. 85; zur Notwendigkeit des Geständnisses als Mittel der Tataufklärung vgl. Busam, Geständnis, S. 28.

Jedenfalls wird im Ergebnis das Geständnis als Teil der Aussage des Angeklagten wie ein Beweismittel behandelt. Wie bei allen anderen Beweismitteln, die sich auf Tatsachen beziehen, die für die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage von Bedeutung sein können, sind deshalb auch beim Geständnis die Vorschriften der §§ 244-257 StPO sowie das Mündlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Öffentlichkeitsprinzips (§ 261 StPO; § 169 GVG) zu beachten (Strengbeweisverfahren)⁶⁰.

In diesem Zusammenhang darf nicht verkannt werden, dass der Beschuldigte im heutigen Strafprozess in erster Linie Prozesssubjekt ist⁶¹ und nicht – wie ein Zeuge – nur eine Beweisfunktion hat. Dies zeigt sich beispielsweise daran, dass die Aussage des Beschuldigten nicht erzwungen werden darf (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO), während gegen einen Zeugen bei grundloser Zeugnisverweigerung zwingend Ordnungsmittel festzusetzen sind (vgl. § 70 StPO). Insoweit ist der Beschuldigte nicht – wie ein Zeuge – Beweismittel im technischen Sinne⁶².

1.3.2.2.2 Das Geständnis als *regina probationum*?⁶³

Nach herrschender (und auch richtiger) Meinung ist das Geständnis ein Beweismittel wie jedes andere, das der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 261 StPO unterliegt (vgl. auch Nr. 111 Abs. 4, 222 Abs. 2 RiStBV)⁶⁴. Eine erfolgreiche Sachaufklärung ist zudem nicht zwingend von einem Geständnis abhängig, und andererseits garantiert ein (umfassendes) Geständnis nicht zwangsläufig eine erfolgreiche Aufklärung. Vielmehr haben die Ermittlungsbehörden grundsätzlich auch nach Abgabe eines Geständnisses die Aufgabe weiter zu ermitteln, sämtliche Beweismittel zu sichern und den Beschuldigten (notfalls) auch ohne Berücksichtigung seines Geständnisses überführen zu können. Auf diese Art können einerseits auf falschen Geständnissen beruhende Fehlurteile verhindert, und andererseits kann Widerruf bzw. auf solchen beruhenden Beweisnotständen vorgebeugt werden⁶⁵.

In der Praxis wird dies jedoch zumeist anders gehandhabt (vgl. Nr. 111 Abs. 4 RiStBV): Sobald ein Geständnis vorliegt, wird der Sachverhalt von der Polizei als „eindeutig aufgeklärt“ betrachtet (beim Betrug in 81 %, beim Ladendiebstahl sogar in 98 % der Fälle). Das gleiche Bild zeigt sich bei der Staatsanwaltschaft. Liegt ein Geständnis vor, so betrachtet sie den Fall als anklagefähig (z. B. bei 97 % der Diebstähle an und aus Kraftfahrzeugen)⁶⁶.

⁶⁰ Dazu siehe unten 5.

⁶¹ SK-StPO/Rogall, Vor § 133 Rn. 59.

⁶² Roxin, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 1.

⁶³ Zum Geständnis als „Königin der Beweismittel“ in der Geschichte siehe unten 2.1.2.

⁶⁴ Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung, Rn. 1016.

⁶⁵ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 727.

⁶⁶ Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung, Rn. 1017 f.

In diesem Zusammenhang weist Eisenberg⁶⁷ zutreffend darauf hin, dass je mehr der Wert eines Geständnisses für die Sachaufklärung überschätzt werde, desto mehr der Vernehmende (vor allem auf polizeilicher Ebene) in die Gefahr gerate, (unter Zurückstellung anderer Beweismittel und) unter Einsatz der verschiedensten und gegebenenfalls unzulässiger Methoden auf ein solches hinzuwirken. Die Folge hiervon könne eine Zunahme teilweiser oder vollständig falscher Geständnisse sein. Das falsche Geständnis sei als eine der Hauptursachen strafgerichtlicher Fehlurteile nachgewiesen.

Daher bestimmt die neue taiwanesishe Strafprozessordnung seit 2003, dass die Vernehmung des Angeklagten zum Tatgeschehen erst am Schluss der Beweisaufnahme vorgenommen werden darf (§ 288 Abs. 3 t.StPO). Damit steht auch ein etwaiges Geständnis des Angeklagten zwangsläufig am Ende der Beweisaufnahme (§ 161c t.StPO)⁶⁸, während die Reihenfolge der Beweismittel nach der deutschen Strafprozessordnung (und der alten taiwanesischen Strafprozessordnung) allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen des Gerichts beruht⁶⁹. Aus der Begründung zur neuen taiwanesischen Strafprozessordnung ergibt sich das Motiv des Gesetzgebers für diese Regelung, nämlich die in der Praxis starke Abhängigkeit der Strafverfolgungsorgane vom Geständnis und die damit verbundene Gefahr einer Vorverurteilung des Beschuldigten zu vermeiden⁷⁰. Zudem bestimmt § 156 Abs. 2 der taiwanesischen Strafprozessordnung, dass trotz des geltenden Prinzips der freien Beweiswürdigung niemand allein aufgrund eines Geständnisses verurteilt werden darf⁷¹.

1.3.2.2.3 Das Geständnis als Verteidigungsstrategie

Die Beschuldigtenvernehmung dient nicht nur der Wahrheitsermittlung, sondern auch dazu, dem Beschuldigten rechtliches Gehör zu gewähren⁷². Der Beschuldigte kann sich daher mittels Geständnisses nicht nur den Sachverhalt, wie er nach Aktenlage besteht, zu Eigen machen, sondern das Geständnis kann auch unmittelbar den Zwecken der Verteidigung dienen⁷³.

⁶⁷ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 729; zum falschen Geständnis vgl. Busam, Geständnis, S. 60 ff.; Bender/Nack/Treuer, Tatsachenfeststellung, Rn. 1096 ff.

⁶⁸ Ebenso § 301 der japanischen Strafprozessordnung.

⁶⁹ Haller/Conzen, Strafverfahren, Rn. 373.

⁷⁰ Es ist allerdings widersprüchlich, wenn der taiwanesishe Strafgesetzgeber einerseits ein Übergewicht des Geständnisses verhindern will, andererseits aber ein Jahr später die Urteilsabsprache (§§ 455b-455l t.StPO) gesetzlich geregelt hat, bei der der Schwerpunkt gerade auf dem Geständnis liegt.

⁷¹ Ebenso § 319 Abs. 2 der japanischen Strafprozessordnung. Auch Art. 38 Abs. 3 der japanischen Verfassung schließt eine Verurteilung allein aufgrund eines Geständnisses aus; vgl. Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 20 f.

⁷² Roxin, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 7; Kindhäuser, Strafprozessrecht, § 6 Rn. 26.

⁷³ Vgl. Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 74 f.; Hammerstein, StV 2007, 48, 51. Jedoch hat Rode, StraFFo 2007, 98, 102 f. aufgezeigt, dass der Verteidiger versuche, die Verweigerung des Geständnisses als Druckmittel im

Dies gilt schon deshalb, weil viele materiell-rechtliche Fragen sehr stark von subjektiven Elementen geprägt sind (z. B. bei der Frage, ob ein Tatbestands- oder Verbotsirrtum gegeben ist). Gerade dies eröffnet die Möglichkeit, Unklarheiten über das Vorliegen der Voraussetzungen einzelner Straftatbestände durch die Einlassung des Beschuldigten (möglicherweise nach anwaltlicher Beratung) zu beseitigen und auf diese Weise ein günstiges Ergebnis auf materiell-rechtlicher Ebene zu erreichen⁷⁴.

Tatsächlich ist das Geständnis regelmäßig auch die einzige Möglichkeit des Beschuldigten, die Hintergründe der Tat aus seiner Sicht zu erläutern. Nur über die geständige Einlassung kann sich das Gericht ein Bild von der Motivlage des Angeklagten verschaffen. Dies kann die Tat in milderem Licht erscheinen lassen. Beispielsweise wird der schweigende Bankräuber aufgrund der Beweislage zur Strafe S verurteilt werden; derjenige Bankräuber hingegen, der mit einem Geständnis das Bankraubgeschehen als panikartigen Ausbruchversuch aus einer nachvollziehbaren persönlichen Krise plausibel machen kann, wird zur Strafe S minus x verurteilt werden⁷⁵.

Schließlich erweist sich das Geständnis in der sog. Abspracheverteidigung⁷⁶ als die wichtigste Strategie. Diese ist allerdings sowohl in Bezug auf das Strafzumessungsrecht als auch auf das Verfahrensrecht äußerst problematisch.

Rahmen der Absprache einzusetzen. Die dem Angeklagten günstigen Strafzumessungspunkte des Geständnisses würden der Taktik der Strafverteidigung geopfert.

⁷⁴ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 11 f.

⁷⁵ Dieses Beispiel stammt von Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 75.

⁷⁶ Ausführlich zu den Verteidigungsstrategien Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 8 f.

1.3.2.3 Das Geständnis als Strafzumessungskriterium⁷⁷

Obwohl das Geständnis als Strafzumessungskriterium in § 46 StGB nicht explizit erwähnt wird⁷⁸, spielt es in der Praxis eine große Rolle. Auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die strafmildernde Wirkung eines (taktischen) Geständnisses grundsätzlich anerkannt⁷⁹.

⁷⁷ Siehe dazu ausführlich unten 4.

⁷⁸ Anders in den Strafgesetzbüchern von Österreich und der Schweiz, vgl. § 34 Abs. 1 Nr. 17 StGB-A: „Ein Milderungsgrund ist es insbesondere, wenn der Täter ein reumütiges Geständnis abgelegt oder durch seine Aussage wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen hat.“ und Art. 48d StGB-CH: „Das Gericht mildert die Strafe, wenn der Täter aufrichtige Reue betätigt, namentlich den Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.“

⁷⁹ BGHSt 43, 195, 209.

2 Der Strukturwandel des deutschen Strafverfahrens

Vorbemerkung

Der reformierte deutsche Strafprozess, wie er sich in seiner Grundstruktur seit der Reichsstrafprozessordnung von 1877 darstellt, verbindet Elemente des Inquisitionsprozesses mit denen des reinen Anklageverfahrens. Der deutsche Strafprozess stimmt mit dem reinen Anklageverfahren darin überein, dass Strafverfolgungs- und Urteilstätigkeit auf zwei voneinander unabhängige Behörden (Staatsanwaltschaft, Gericht) verteilt werden. Das erkennende Gericht wird von jeder Untersuchungstätigkeit im vorbereitenden Verfahren ferngehalten und die Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung ist „durch die Erhebung einer Klage bedingt“ (§ 151 StPO). Dieser deutsche Strafprozess bewahrt aber auch Züge des Inquisitionsprozesses insofern, als durch Erhebung der öffentlichen Klage die Verfahrensherrschaft auf das Gericht übergeht, das - sei es im Zwischenverfahren oder im Hauptverfahren – nicht nur Vernehmungen durchführt, sondern sämtliche zur Überführung oder Entlastung des Beschuldigten dienenden Beweise in eigener Verantwortung erhebt⁸⁰.

Außerdem gilt das Hauptverfahren herkömmlicherweise als Höhepunkt des gesamten Strafprozesses, da der endgültige, Rechtskraft schaffende Ausspruch über Schuld oder Unschuld des Angeklagten erst am Ende der Hauptverhandlung ergeht. Das Gericht hat sich also seine Überzeugung ausschließlich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung (vgl. § 261 StPO) – und nicht aus den Ermittlungsakten – zu bilden. Das Ermittlungsverfahren ist insofern lediglich ein Stoffsammlungsverfahren⁸¹. Dementsprechend ist die Staatsanwaltschaft – als Ausfluss des Legalitätsprinzips - dazu verpflichtet, dem Gericht mit der Anklageschrift grundsätzlich das gesamte bei ihr angefallene be- und entlastende Material vorzulegen (vgl. § 199 Abs. 2 S. 2 StPO).

Darüber hinaus ist der Beschuldigte nicht Objekt des Verfahrens, sondern Prozesssubjekt. Diese Stellung zeigt sich unter anderem daran, dass er frei darüber entscheiden kann, ob und wenn ja, was er aussagen will. Das schließt die Möglichkeit eines Geständnisses mit ein.

Diese Struktur der Strafprozessordnung im allgemeinen und die Rechtsstellung des Beschuldigten im besonderen waren aber nicht immer so. Sie haben sich im Laufe der Zeit allmählich entwickelt. Daher scheint es sinnvoll, einen historischen Überblick über die grundlegenden Konzepte des Inquisitionsprozesses und des reformierten Inquisitionsprozesses

⁸⁰ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 17 Rn. 5.

⁸¹ Park, Wahrheitsfindung, S. 17.

zu geben. Der Schwerpunkt wird dabei auf die Offizialmaxime, die Instruktionsmaxime sowie die Stellung des Beschuldigten gelegt. Im Anschluss kann dann leichter beurteilt werden, ob die Absprachepraxis im Strafprozess zu einem revolutionären Strukturwandel des deutschen Verfahrens von der Instruktionsmaxime hin zur Dispositionsmaxime geführt hat. Für die Beantwortung dieser Frage spielt das Geständnis des Beschuldigten eine entscheidende Rolle. Der folgende geschichtliche Überblick zeigt aber auch, dass dem Geständnis im Strafverfahren früher eine wesentlich größere Bedeutung beigemessen wurde.

2.1 Vom alten bis zum reformierten Inquisitionsprozess - unter besonderer Berücksichtigung des Geständnisses

Zwei Elemente machen in ihrer Verbindung miteinander das Wesen des Inquisitionsprozesses aus: einmal die Offizialmaxime, d.h. die Pflicht der obrigkeitlichen Organe, den ganzen Prozess ex officio, von Amts wegen, durchzuführen; sodann die Instruktionsmaxime, d.h. die Pflicht der amtlichen Organe, sich selbst über die materiellen Tatsachen und über die objektive Wahrheit ins Bild zu setzen und zu instruieren. Wo diese beiden Elemente sich vereinen, steht der Inquisitionsprozess vor uns⁸².

Das deutsche Strafverfahren war nicht von Anfang an ein Inquisitionsprozess. Auch die Rechtsstellung des Beschuldigten hat sich im Laufe der Zeit mehrfach grundlegend gewandelt. An der jeweiligen Ausgestaltung des Strafverfahrens insgesamt und an speziellen Vorschriften über die Aussage des Beschuldigten einschließlich des Geständnisses lässt sich das Staatsverständnis der jeweiligen Zeit ablesen.

2.1.1 Das alte deutsche Strafverfahren

2.1.1.1 Das Strafverfahren in germanischer Zeit

Vor der Rezeption des Inquisitionsprozesses war die Verfolgung der Straftat im Wesentlichen Sache des Opfers. Ein „staatlicher Strafanspruch“ wurde durch das begangene Verbrechen nicht begründet. Dieser privatrechtlichen Auffassung entsprach folgerichtig eine zivilprozessuale Auffassung des Strafprozesses⁸³. Es gab keinen Unterschied zwischen Straf- und Zivilprozess, mit der Folge, dass der alte deutsche Strafprozess ein reines Parteiverfahren war. Er war akkusatorisch, durch die Klage des Verletzten bzw. seiner Sippe bedingt

⁸² Eb. Schmidt, Einführung, S. 86 f.; ders., Lehrkommentar I, Nr. 359.

⁸³ Radbruch/Zweigert, Einführung, S. 199.

(Privatklage)⁸⁴. Die Gerichtsverfassung war demokratisch. Das Verfahren war mündlich und öffentlich⁸⁵. Aber es lag dem Verfahren noch gänzlich fern, dass das Gericht von sich aus tätig wird, um den Sachverhalt aufzuklären. Ein Strafverfahren kam entweder dadurch zustande, dass die Beteiligten, der Verletzte und der wegen eines Rechtsbruchs zur Sühnezahlung in Anspruch Genommene, ein Streitgedinge vereinbarten, d. h., sich darüber einigten, ihren Streit einer Art schiedsrichterlichen Erledigung zu unterwerfen, oder aber dadurch, dass der Verletzte durch Ladung und Klage einseitig die gerichtliche Entscheidung über seinen Sühneversuch verlangte. In jedem Fall war die richterliche Mithilfe an der Streiterledigung durch eine Klage bedingt („wo kein Kläger, da kein Richter“)⁸⁶. Der behauptete Rechtsbruch wurde nach Klageerhebung nun aber nicht etwa der gerichtlichen Untersuchung und Sachaufklärung unterzogen, vielmehr war es den Parteien überlassen, in einem Streitverfahren selbsttätig vor Gericht zu verhandeln, sich in Rede und Gegenrede, in Angriff und Abwehr auseinanderzusetzen, wobei sie die Mithilfe des Gerichts nur insoweit heranzogen, als sie sich über die Anforderungen des verfahrensmäßigen Vorgehens oder über die sachliche Beilegung des Rechtsstreits selbst nicht einig werden konnten⁸⁷. Über Durchführung und Beendigung des Verfahrens bestimmte also nicht das Gericht, sondern der Parteiwille (Verhandlungsmaxime).

Wie der Kläger seine Klage im Verlauf des Verfahrens durch Verzicht fallen lassen konnte, so konnte entsprechend der Beklagte durch Zugeständnis – als ein solches galt bereits das Nichtbestreiten der klägerischen Behauptungen – bewirken, dass dem Klageanspruch stattgegeben wurde (Dispositionsmaxime)⁸⁸.

Das Beweisrecht stand unter strengen gesetzlichen Regeln. Eine Aussagepflicht kannte dieses Parteiverfahren nicht. Jeder Beklagte war befugt, die Antwort auf die vorgetragene Klage zu verweigern. Allerdings war dieses Weigerungsrecht nur unvollkommen, wurde doch das Schweigen als Geständnis gewertet. Es war daher – anders als im heutigen Zivilprozess - Sache des Beklagten, den Beweis seiner Unschuld zu führen⁸⁹. Er konnte zu seiner Verteidigung schwören, dass er unschuldig sei (Reinigungseid), und sich hierbei von Eideshelfern unterstützen lassen, die aber nicht etwa über ihre eigenen Wahrnehmungen zum Tatgeschehen aussagten, sondern lediglich über die Glaubwürdigkeit und Integrität des Beklagten⁹⁰. Üblich waren auch „Gottesurteile“. Die Frage nach Schuld oder Unschuld des Beklagten wurde zum Beispiel vom Ausgang eines Zweikampfes abhängig gemacht.

⁸⁴ Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 15; Eb. Schmidt, Einführung, S. 38; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Rn. 3.

⁸⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Rn. 1 f.; Eb. Schmidt, Einführung, S. 39.

⁸⁶ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 24.

⁸⁷ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 24.

⁸⁸ Henkel, Grundriss, S. 15.

⁸⁹ Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 3 f.

Verbreitet war auch die Wasserprobe⁹¹. Dass in einem derartigen Verfahren von einer materiellen Wahrheitsermittlung keine Rede sein kann, liegt auf der Hand⁹². Andererseits konnte der Beklagte die Berechtigung der Klage zugeben, dann wurde durch Urteil ein bindender Sühnevertrag ausgesprochen⁹³. Ein durch Folter erzwungenes Geständnis gab es zu dieser Zeit nicht⁹⁴. Folter war schlicht nicht nötig⁹⁵. Eine Ausnahme galt nur dann, wenn der Beschuldigte nicht eidesfähig war; an die Stelle des Reinigungseides trat dann die Folter⁹⁶.

2.1.1.2 Das Strafverfahren in fränkischer Zeit

In fränkischer Zeit (ca. 500 bis 900 n. Chr.) beruhten die Grundlagen der Strafrechtspflege vor allem auf dem Aufkommen und Erstarben der königlichen Gewalt. Im Großen und Ganzen blieb die Gesamtstruktur des Rechtsgangs aber unverändert⁹⁷.

2.1.1.3 Das Strafverfahren im Mittelalter

Erst in der zweiten Hälfte des Mittelalters änderte sich – vor allem in den Städten – der Charakter des deutschen Strafprozesses: Statt des germanischen reinen Anklageprozesses setzte sich nach und nach ein Offizialverfahren mit Inquisition durch⁹⁸.

Dabei war der Richter Kläger und Urteiler in einer Person; der Verletzte wurde zum Zeugen, der Verdächtige zum Untersuchungsobjekt (Inquisit). Die amtlichen Bemühungen waren verstärkt auf die materielle Wahrheit gerichtet. Die Eideshelfer verschwanden. An ihre Stelle traten Leute, die über ihre eigenen Wahrnehmungen aussagten. Damit begann der Zeugenbeweis im heutigen Verständnis⁹⁹.

Im Mittelpunkt des Beweisverfahrens stand das Geständnis, mit dem der Angeklagte sich selbst zu einer konkreten Tat bekannte¹⁰⁰. Um dieses zu erzielen, bediente man sich der

⁹⁰ Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 22.

⁹¹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Rn. 4; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 23.

⁹² Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 16.

⁹³ Eb. Schmidt, Einführung, S. 39; Moos, Geständnis, S. 18.

⁹⁴ Moos, Geständnis, S. 20.

⁹⁵ Zur Furcht vor der Rache der Götter als Garant für eine richtige Entscheidung vgl. Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 16.

⁹⁶ Zum Knechtsverfahren vgl. Höra, Wahrheitspflicht und Schweigebefugnis des Beschuldigten, S. 44.

⁹⁷ Eb. Schmidt, Einführung, S. 41.

⁹⁸ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Rn. 7; Stamp, Wahrheit, S. 73.

⁹⁹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 67 Rn. 7; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 76.

¹⁰⁰ Stamp, Wahrheit, S. 74; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 84.

peinlichen Fragen, nämlich der Folter oder Tortur, die schon nach dem Schwabenspiegel vom 1270 zulässig waren¹⁰¹.

Obwohl das Strafverfahren nunmehr auf die materielle Wahrheitserforschung gerichtet war, stellte die Willkür am Ende des 15. Jahrhunderts und zu Beginn des 16. Jahrhunderts ein großes Problem dar, und es bestand ein erheblicher Mangel an Rechtssicherheit¹⁰². Insbesondere war die Folter nicht an einen bestimmten Verdachtsgrad gebunden, sondern letztlich in das Ermessen des Inquirenten gestellt¹⁰³. In der Folgezeit kam es zur Rezeption der Methoden des begrifflich und systematisch hochentwickelten römisch-kanonischen Strafprozesses, so dass eine Begrenzung richterlichen Ermessens in das deutsche Strafprozessrecht gelangte¹⁰⁴. Dadurch wurde die Wahrheitsfindung mehr von der Vernunft geleitet.

2.1.2 Der alte Inquisitionsprozess: Die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. von 1532 („Carolina“)

Die Rezeption führte bereits 1507 mit der *Constitutio Criminalis Bambergensis* zu einer Kodifikation. Ihr folgte als Reichsgesetz im Jahre 1532 die *Constitutio Criminalis Carolina*, die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. (CCC oder PGO)¹⁰⁵. Sie enthielt neben materiell-rechtlichen Bestimmungen auch Regeln für den gemeinrechtlichen Strafprozess. Daher ist die CCC zugleich das erste deutsche Strafgesetzbuch und die erste deutsche Strafprozessordnung¹⁰⁶.

Die CCC ging, insoweit noch ganz mittelalterlich, von der Privatanklage des Verletzten aus (Art. 11 CCC). Vereinzelt sah sie aber auch vor, dass der Übeltäter „durch die oberkeyt vonn ampts halben angenommen“ wird (Art. 6-10 CCC). Aus solchen Ausnahmebestimmungen wurde bald die Regel. Die CCC hatte das Einschreiten von Amts wegen (*Offizialmaxime*) in der Gestalt des Inquisitionsprozesses für die Folgezeit maßgeblich gemacht¹⁰⁷. Außerdem enthielt die CCC zwar dem Wortlaut nach in Art. 6 nur die „Ermächtigungsgrundlage“ für das Einschreiten des Inquirenten; man ging jedoch allgemein

¹⁰¹ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 67 Rn. 7; Rüping/Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Rn. 83.

¹⁰² Radbruch, *Carolina*, S. 5; Stamp, *Wahrheit*, S. 74.

¹⁰³ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 68 Rn. 1.

¹⁰⁴ Vgl. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 68; zur Rezeption ausführlich Rüping/Jerouschek, *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, Rn. 85 ff.; Eb. Schmidt, *Einführung*, S. 107 ff.

¹⁰⁵ Die hier verwendeten Quellen sind in Radbruch, *Carolina* bzw. Sellert/Rüping, *Studien- und Quellenbuch 1*, S. 211 ff. abgedruckt.

¹⁰⁶ Roxin, *Strafverfahrensrecht*, § 69 Rn. 3.

¹⁰⁷ Radbruch, *Carolina*, S. 15.

davon aus, dass er beim Vorliegen eines der dort aufgezählten Gründe auch verpflichtet war, das Verfahren in Gang zu setzen (Legalitätsmaxime)¹⁰⁸.

„Das bleibende Verdienst des Inquisitionsprozesses ist die Erkenntnis, dass Verbrechenverfolgung Staatsaufgabe, nicht Privatangelegenheit des Verletzten ist, sein verhängnisvoller Fehler, dass er sie staatliche Verbrechenverfolgung dem Richter übertrug, der dadurch Richter und Partei in einer Person wurde“ (Gustav Radbruch)¹⁰⁹.

„[Das musste] unvermeidlich [zu einer] psychologischen Überforderung des Richters [führen]. Nur ein mit übermenschlichen Fähigkeiten ausgestatteter Richter könnte sich bei seiner Entscheidungsfunktion von den suggestiven Einflüssen seiner eigenen angreifenden und ermittelnden Tätigkeit freihalten“ (Eberhard Schmidt)¹¹⁰.

Der Richter griff aufgrund einer Anzeige oder eines Verdachts zu und setzte den Verdächtigen in Untersuchungshaft. Das Verfahren bestand ausschließlich in einer Untersuchung durch den Richter, den Inquirenten, der das Bestreben hatte, den von ihm zur Untersuchung Gezogenen, den Inquisiten, zu überführen¹¹¹. Der Verdächtige, der alsbald in Untersuchungshaft genommen wurde, stand so gut wie wehrlos als Objekt der Untersuchung dem Untersuchungsführer gegenüber. Der Beschuldigte wurde über den Gegenstand der Vernehmung im Unklaren gelassen. Auch bei der Vernehmung der Zeugen war er nicht zugegen (Heimlichkeit des Verfahrens)¹¹². Die Verteidigung war im Wesentlichen darauf beschränkt, zu dem vom Inquirenten gesammelten und schriftlich festgelegten Material eine schriftliche juristische Würdigung abzugeben¹¹³.

Das Beweisverfahren der CCC lag ausschließlich in der Hand des Richters. Der Richter hatte selbständig die Beweismittel ausfindig zu machen und sie selbst zu verwerten, um sich eine Überzeugung von Schuld oder Nichtschuld bilden zu können. Also beruhte das Strafverfahren der Carolina maßgeblich auf dem Grundgedanken amtlicher, pflichtmäßiger Wahrheitserforschung (Instruktionsmaxime)¹¹⁴. Das Gericht hatte alle Beweiserhebungen, auch das Geständnis des Beschuldigten, auf ihre Richtigkeit hin zu überprüfen, um - wie es die Carolina sagt - „auf den Grund der Wahrheit“ zu kommen. War der Verfahrensstoff nach

¹⁰⁸ Weigend, Anklagepflicht und Ermessen, S. 26.

¹⁰⁹ Radbruch, Carolina, S. 16; Radbruch/Zweigert, Einführung, S. 200. Dieser Grundgedanke gilt bis heute. Das Offizialprinzip findet sich heutzutage in § 152 Abs. 2 StPO. Die Staatsanwaltschaft wird, sofern zureichende Anhaltspunkte für eine strafbare und verfolgbare Handlung vorliegen, von Amts wegen tätig. Sie bedarf nicht eines Anstoßes durch den Verletzten oder Bürger. Anzeigen sind möglich, aber nicht nötig.

¹¹⁰ Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 347 f.: „Von dieser Erfahrung aus muss die Einführung der Staatsanwaltschaft verstanden werden, die in der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts gefordert worden ist.“

¹¹¹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 6.

¹¹² Liepmann, ZStW 44 (1924), 647, 660.

¹¹³ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 10.

¹¹⁴ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 40.

allen Richtungen hin so geklärt, dass das Gericht sich eine Überzeugung von Schuld oder Nichtschuld des Beschuldigten zu bilden vermochte, so wurden die Akten mit den aufgezeichneten Ermittlungsergebnissen dem Urteilskollegium unterbreitet. Die Urteilsfindung geschah sodann aufgrund der Akten. Hierbei galt der Grundsatz: *Quod non est in actis, non est in mundo* (was nicht in den Akten steht, ist nicht in der Welt). Dies bedeutete: Als Grundlage für den Urteilsspruch durfte nicht das mündliche Wort, wie es bei den Vernehmungen des Beschuldigten und der Zeugen gesprochen wurde, verwertet werden, sondern ausschließlich das darüber in den Protokollen schriftlich aufgezeichnete (Schriftlichkeit des Verfahrens)¹¹⁵. Daraus ergab sich auch, dass die nicht an der Inquisition beteiligten Gerichtsmitglieder nur aufgrund eines mittelbaren, d. h. ihnen durch die Protokolle vermittelten, Eindrucks entschieden. Es entsprach der Natur der inquisitorischen Tätigkeit, dass sie unter Ausschluss der Öffentlichkeit erfolgte¹¹⁶.

Das Beweisrecht war noch immer formal, um richterlichen Irrtum und richterliche Willkür zu bekämpfen. Der Richter war also an bestimmte gesetzliche Beweisregeln gebunden: Die Verurteilung setzte das Geständnis (Art. 60 CCC) oder den Beweis durch zwei einwandfreie („klassische“) Zeugen (Art. 67 CCC), die die Tat aus eigenem Wissen und nicht nur vom Hörensagen kannten, voraus. Legte der Beschuldigte ein Geständnis ab, so waren weitere Beweise für seine Verurteilung nicht erforderlich. Indizien allein genügten nicht zur Verurteilung, berechtigten aber zur Tortur (Art. 22 CCC), um so zu einem Geständnis von Haupttatsachen zu gelangen¹¹⁷. Art. 22 CCC schloss den reinen Indizienbeweis aller äußeren und inneren Umstände aus. Dem lag der Gedanke zugrunde, dass der reine Indizienbeweis unzuverlässig sei und durch das Geständnis ergänzt werden müsse¹¹⁸.

Da zwei Augenzeugen freilich meistens nicht vorhanden waren, entwickelte sich das Geständnis zum entscheidenden Beweismittel: *confessio est regina probationum* (das Geständnis ist die Königin der Beweismittel)¹¹⁹. Daher blieb zur Überführung und Verurteilung nichts anderes übrig, als ein Geständnis herbeizuführen, was freiwillig regelmäßig nicht abgelegt wurde. Dementsprechend spielte die Anwendung von Folter eine wichtige Rolle, um das Geständnis zu erzwingen¹²⁰. Die Einschränkung der Beweismittel, die den Beschuldigten eigentlich vor richterlicher Willkür schützen sollte, wirkte sich also im Ergebnis gegen ihn aus¹²¹.

¹¹⁵ Liepmann, ZStW 44 (1924), 647, 655.

¹¹⁶ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 42.

¹¹⁷ Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 105; Ignor, Geschichte des Strafprozesses, S. 62.

¹¹⁸ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 7.

¹¹⁹ Liepmann, ZStW 44 (1924), 647, 656; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 106.

¹²⁰ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 69 Rn. 10; Moos, Geständnis, S. 23.

¹²¹ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 88.

Der Anwendung der Folter lag die Vorstellung einer rechtlichen Verpflichtung des Beschuldigten zu wahrheitsgemäßer Aussage zugrunde¹²². Das Recht zur Aussagefreiheit wich dem Interesse an einer möglichst umfassenden Wahrheitsfindung. Es herrschte der Irrglaube vor, dass Gott dem Unschuldigen die Kraft verleihe, die Tortur zu ertragen und niemand eine Tat gestehe, die er nicht begangen habe¹²³.

Das große Verdienst der CCC gegenüber dem früheren Recht bestand aber darin, dass der Einsatz der Tortur an gesetzliche Voraussetzungen gebunden und damit nicht schrankenlos einsetzbar war¹²⁴. Nur wenn weder ein Geständnis noch ein glaubhafter Zeugenbeweis zu erlangen war, durfte zur Folter gegriffen werden (Art. 69 CCC). Allerdings standen Art und Intensität der Folterung nach Art. 58 CCC im Ermessen „eines guten vernünftigen Richters.“ Das durch Folter erzwungene Geständnis sollte sogleich protokolliert werden (Art. 47 CCC). Da das während der Folterung abgegebene Geständnis aber nicht verwertbar war, musste das Geständnis ferner nach der Folterung wiederholt und auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden (Art. 48, 54, 56 CCC). Wenn das Geständnis falsch war (Art. 55 CCC) oder der Beschuldigte das Geständnis widerrief (Art. 57 CCC), wurde er erneut gefoltert. So kam es zu den unsagbaren Grausamkeiten, vor denen wir heute kopfschüttelnd stehen¹²⁵. Einen traurigen Höhepunkt erlangte die Tortur des Inquisitionsprozesses schließlich in den Hexenprozessen des 16. und 17. Jahrhunderts, in denen sich die gerichtliche Praxis nicht einmal an die Folttereinschränkungen der CCC hielt¹²⁶. Man begnügte sich dort nicht mehr mit dem Geständnis der eigenen Schuld, sondern folterte solange, bis die „Mitbeschuldigten“ genannt wurden¹²⁷.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auf einen in der Literatur oft vernachlässigten Widerspruch der Carolina hinzuweisen. Obwohl der Inquisitionsprozess in der CCC an der materiellen Wahrheitsfindung ausgerichtet war, war das Geständnis unabdingbare Voraussetzung für eine Verurteilung, unabhängig davon, wie viele Indizien den Täter bereits überführten¹²⁸. Dies deutet auf die „Dispositionsmaxime“ hin¹²⁹. Gestand der Beschuldigte auf dem „Endlichen Rechtstag“, so wurde er ohne Überprüfung des Geständnisses verurteilt. Leugnete er die Tat, so wurde der Beweis durch zwei Schöffen erbracht, die aber nicht über das Tatgeschehen an sich, sondern nur über die Tatsache, ob ein Geständnis im Vorverfahren

¹²² Rieß, JA 1980, 293; Aselmann, Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, S. 28.

¹²³ Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 34; Busam, Geständnis, S. 26.

¹²⁴ Lohsing, Das Geständnis in Strafsachen, S. 41; Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 21.

¹²⁵ Haft, Aus der Waagschale der Justitia, S. 90.

¹²⁶ Vgl. Jerouschek, JuS 1995, 576, 578; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 139 ff.; Eb. Schmidt, Einführung, S. 209 ff.; Haft, Aus der Waagschale der Justitia, S. 43 ff.; Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch 1, S. 268, Fn. 215 m. w. N.

¹²⁷ Lohsing, Das Geständnis in Strafsachen, S. 46.

¹²⁸ Moos, Geständnis, S. 26 f.

¹²⁹ Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 22.

abgelegt wurde oder nicht, aussagten. Dem Geständnis kam also auf dem „Endlichen Rechtstag“ nicht die Bedeutung eines echten Beweismittels, sondern nur eine verfahrensgestaltende formale Funktion zu¹³⁰. Es ist aber nicht zu verkennen, dass die Verhandlung beim „Endlichen Rechtstag“ selbst nur ein dem Verfahren angehängtes Zeremoniell ohne jede sachliche Bedeutung darstellte. Denn das Urteil, das auf dem Endlichen Rechtstag verlesen wurde, stand bereits vorher fest¹³¹.

2.1.3 Der reformierte Inquisitionsprozess

2.1.3.1 Das reformierte Verfahren des 19. Jahrhunderts

Das Strafverfahrensrecht der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts war geprägt von den Ideen der Aufklärungsbewegung. Mit ihren Forderungen nach Vernunft, Menschlichkeit und Achtung vor der menschlichen Persönlichkeit verlangte die Aufklärung die Abschaffung des Inquisitionsprozesses und der Folter. Daher hatte Friedrich der Große im ersten Jahr seiner Regierung (1740) in Preußen die Anwendung der Folter auf Majestätsverbrechen, Landesverrat und qualifizierten Mord beschränkt. Danach hob er sie ganz auf (1754). Im Jahre 1806 gewann der große Strafrechtslehrer Feuerbach die Zustimmung eines so aufgeklärten Herrschers wie Max Joseph von Bayern zur Abschaffung der Folter. Die letzten Reste der Folter verschwanden in Deutschland in den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts (Hannover 1822, Gotha 1828). Die gesetzlichen Beweisregeln der Carolina – Geständnis oder zwei Zeugen – wurden durch die freie richterliche Beweiswürdigung ersetzt¹³². Jedoch wurde der Aussagezwang durch die Abschaffung der Folter nicht (völlig) beseitigt, denn an die Stelle der Tortur traten die sog. Ungehorsams- und Lügenstrafen¹³³.

Nur langsam setzten sich die Gedanken des politischen Liberalismus auch im Strafverfahren durch. Die französische Revolution hatte in Frankreich den „Code d’instruction criminelle“ von 1808 geprägt, der auf den Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und dem Anklageprinzip beruhte¹³⁴. Auch im Falle eines Geständnisses war hiernach eine Beweisaufnahme notwendig¹³⁵. Hierin kam die Tendenz zum Ausdruck, das Beweisverfahren zugunsten eines freieren richterlichen Ermessens zu entformalisieren. In den preußischen Rheinprovinzen blieb der Code auch nach Abzug der französischen Truppen in Kraft.

¹³⁰ Kleinheyer, GS-Conrad, S. 367, 381.

¹³¹ Vgl. Ignor, Geschichte des Strafprozesses, S. 61; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 8.

¹³² Haft, Aus der Waagschale der Justitia, S. 15; Radbruch/Zweigert, Einführung, S. 201 f.

¹³³ Wessels, JuS 1966, 169, 170; Rüping/Jerouschek, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, Rn. 178; Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 9.

¹³⁴ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 91.

Auch die Einführung der Staatsanwaltschaft erfolgte nach französischem Vorbild in der Reformbewegung des 19. Jahrhunderts. Dadurch wurde die Strafverfolgungsaufgabe des Staates unter Beibehaltung des Offizialprinzips auf zwei verschiedene Behörden verteilt, nämlich auf eine Anklagebehörde (Staatsanwaltschaft) und auf das Gericht, um so die Unparteilichkeit des Urteilers institutionell abzusichern. Das Gericht durfte also nur über die Taten befinden, die von der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren genügend ermittelt und dann auch angeklagt wurden.

„Zwei Hebel waren in der Entwicklung des Strafverfahrens wirksam gewesen: das Bedürfnis erhöhten Schutzes des Staates gegen die Schuldigen hatte vom mittelalterlichen Strafverfahren zum Inquisitionsprozess geführt, das Bedürfnis des möglichen Unschuldigen gegen den Staat führte, etwa seit 1848, vom Inquisitionsprozess zum heutigen Strafverfahren. Der mittelalterliche Strafprozess war aufgebaut auf der Privatklage des Verletzten, der Inquisitionsprozess auf der staatlichen Verbrechenverfolgung durch den Richter. Das heutige Strafverfahren entnimmt dem Inquisitionsprozess den Grundsatz der staatlichen, amtlichen Verbrechenverfolgung (Offizialmaxime), greift aber zugleich auf den mittelalterlichen Grundsatz zurück: Wo kein Kläger, da kein Richter (Anklageprinzip), und gelangt durch die Verbindung beider Grundsätze zu dem Prinzip der Staatsanklage und zu dem Amte des öffentlichen Anklägers: des Staatsanwalts, der erst mit jenem Grundsatz aus Frankreich nach Deutschland importiert wurde“ (Gustav Radbruch)¹³⁶.

Die meisten Sicherungen, die das jetzige deutsche Strafverfahren zugunsten des Beschuldigten enthält, wie z.B. das Anklageprinzip, die Unabhängigkeit des Richters, die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung, das Prinzip des gesetzlichen Richters, die Grundsätze „in dubio pro reo“, „ne bis in idem“ und der sorgfältige Schutz vor willkürlichen Freiheitsbeschränkungen, gehen auf das Gedankengut der Aufklärungszeit zurück. Dies alles ist in seiner Verwirklichung das Ergebnis der liberalen, vielfach am französischen Recht orientierten Reformbewegung des 19. Jahrhunderts und hat sich in den meisten deutschen Ländern erst nach 1848 durchgesetzt.

Diese Errungenschaften des Inquisitionsprozesses hat das deutsche Strafverfahren (bis heute) bewahrt. Der große Fortschritt, den der reformierte Prozess des 19. Jahrhunderts in dieser Beziehung gegenüber dem (alten) Inquisitionsprozess darstellt, ist darin zu sehen, dass die Erforschung der materiellen Wahrheit auf justizförmigem Wege zu erfolgen hat¹³⁷. Darum wird dieser reformierte Prozess ab und zu in der Literatur als „reformierter Inquisitionsprozess“ bezeichnet, der den Titel „Inquisition“ beibehält. Im Gegensatz zum

¹³⁵ Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 10.

¹³⁶ Radbruch/Zweigert, Einführung, S. 202.

¹³⁷ Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Nr. 363.

angloamerikanischen Verfahren wird die Inquisition so verstanden, dass nicht die Parteien die Verantwortung für die Aufklärung des Sachverhaltes tragen¹³⁸. Das Gericht spielt also eine zentrale und entscheidende Rolle in der Hauptverhandlung. Dieser reformierte Prozess unterscheidet sich dadurch vom alten Inquisitionsprozess, der auf die thematische Bestimmung des Prozessgegenstandes durch eine eigene selbständige Anklagebehörde verzichtete, und rechtsvergleichend vom anglo-amerikanischen Prozess, dass er vom Beibringungsgrundsatz und der Dispositionsmaxime bestimmt wird¹³⁹.

2.1.3.2 Die Reichsstrafprozessordnung von 1877

Nachdem die Reichsverfassung von 1871 in Art. 4 Nr. 3 dem Reich die Zuständigkeit zur Gesetzgebung über Strafrecht und Strafverfahren zugesprochen hatte, waren die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Schaffung eines einheitlichen Strafverfahrens vorhanden. Danach entstand am 27. Januar 1877 das Gerichtsverfassungsgesetz und am 1. Februar 1877 die Reichsstrafprozessordnung als Kompromiss zwischen der liberalen Reichstagsmehrheit und der konservativen, auch von Bismarck im Bundesrat vertretenen Staatsauffassung¹⁴⁰.

Die wichtigsten Prinzipien der Reichsstrafprozessordnung waren folgende: (1) Das Verfahren war im Gegensatz zum (alten) Inquisitionsprozess ein Anklageverfahren. Das bedeutete, dass der Richter nur auf eine von außen her erfolgte Anregung tätig wurde. Diese Anklage wurde regelmäßig durch ein amtliches Organ erhoben und vertreten, das selbständig neben dem Gericht stand (Staatsanwaltschaft). (2) Das Verfahren war ein Offizialklageverfahren mit Anklage monopol der Staatsanwaltschaft, neben dem nur in Ausnahmefällen ein beschränktes Privatklageverfahren zugelassen wurde. Der Offizialgedanke kam auch in der uneingeschränkten Geltung des Legalitätsprinzips zum Ausdruck, d. h., jeder Verdacht musste von Amts wegen untersucht und gegebenenfalls verfolgt werden. Unter gewissen engen Voraussetzungen konnte der Verletzte sogar das Oberlandesgericht anrufen, um die Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die Staatsanwaltschaft überprüfen zu lassen, wenn diese nach einer Anzeige des Verletzten ein Ermittlungsverfahren nicht aufnehmen wollte oder das aufgenommene Ermittlungsverfahren einstellte (Klageerzwingungsverfahren). An der Zweiteilung des Verfahrens in Vor- und Hauptverfahren wurde festgehalten. Allein das erstere hatte in der Tat nur vorbereitenden Charakter. Die eigentliche Entscheidung fiel in der Hauptverhandlung vor dem erkennenden Gericht, für die die Prinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit - wenn auch mit gewissen Einschränkungen - galten. Das Beweisverfahren war rein materiell,

¹³⁸ Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 27.

¹³⁹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 10.

¹⁴⁰ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 71 Rn. 1.

ausschlaggebend war die freie richterliche Beweiswürdigung. Der Indizienbeweis wurde uneingeschränkt zugelassen; Beweisregeln waren ausgeschlossen¹⁴¹. Das Gericht musste also das Beweisergebnis frei würdigen und im Zweifel zugunsten des Angeklagten entscheiden („in dubio pro reo“). (3) Der reformierte deutsche Strafprozess beruhte auf der durchgehenden Verpflichtung der Strafverfolgungsorgane zur Ermittlung der materiellen Wahrheit durch eine eigene aufklärende Tätigkeit des erkennenden Gerichts, der eine ebenfalls an diesem Prinzip orientierte Vorklärung durch die Staatsanwaltschaft und ihre Hilfsbeamten (Polizei) vorgelagert war (Wahrheitsermittlung von Amts wegen). Jedoch war diese Instruktionsmaxime für das Stadium der Hauptverhandlung in der Reichsstrafprozessordnung nicht ausdrücklich normiert. Die ursprüngliche Fassung des heutigen § 244 StPO (bis 1924: RStPO) enthielt also nur den heute noch bestehenden Absatz 1 und als damaligen Absatz 2 den jetzigen Absatz 6. § 243 Abs. 3 RStPO lautete: „Das Gericht kann auf Antrag oder von Amts wegen die Ladung von Zeugen und Sachverständigen sowie die Herbeischaffung anderer Beweismittel anordnen“¹⁴². (4) Der Beschuldigte war mit einer Fülle von Handlungs- und Abwehrbefugnissen ausgestattet.

Damit einher ging ein Wandel der Rechtsstellung des Beschuldigten vom bloßen Objekt des Strafverfahrens zum Prozesssubjekt mit eigenen Rechten und Pflichten. Nach Rieß nahm der Beschuldigte die Rolle eines „in seiner Menschenwürde zu achtenden, in seiner Willensentschließung zu schützenden, mit selbständigen, von ihm eigenverantwortlich wahrzunehmenden Befugnissen ausgestatteten Prozessbeteiligten“ ein. Gerade hierin lag eine der wesentlichen Änderungen gegenüber dem früheren (alten) Inquisitionsprozess¹⁴³. Aus der Subjektstellung ergab sich auch, dass nur das freiwillige Geständnis verwertet werden durfte. Der Beschuldigte war nicht verpflichtet, zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen oder an seiner eigenen Überführung mitzuwirken („nemo tenetur se ipsum accusare“)¹⁴⁴.

Beachtenswert ist, dass das Prinzip der Aussagefreiheit in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 endgültig normiert wurde. § 136 Abs. 1 RStPO bestimmte, dass der Beschuldigte vor der Vernehmung zur Sache durch den Richter zu befragen ist, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. Diese Art der Formulierung war das Ergebnis der Verhandlungen der Reichstagskommission, die vom Grundsatz des „nemo tenetur se ipsum accusare“ (niemand ist dazu gezwungen, sich selbst anzuklagen) ausgegangen war und gefordert hatte, dass dieser Grundsatz deutlich zum Ausdruck kommen müsse¹⁴⁵. Nach den Motiven der Reichsstrafprozessordnung stellte die Vernehmung des Beschuldigten ein

¹⁴¹ Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 26.

¹⁴² RGBl. 1877, 297.

¹⁴³ Rieß, JA 1980, 293; ders., FS-Eser, S. 443, 445.

¹⁴⁴ Zur Entwicklung des nemo-tenetur-Grundsatzes vgl. Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 87 ff.

¹⁴⁵ Mezger, ZStW 40 (1919), 152, 153.

„freiwillig dargebotenes Untersuchungsmittel dar, das zwar nach wie vor von größtem Wert sei, jedoch nicht mehr vom Beschuldigten gegen dessen Willen gefordert werden könne“¹⁴⁶.

Das Verständnis von der Subjektstellung beinhaltete darüber hinaus das Verbot jeglicher Art der Zwanganwendung. Aus § 343 RStGB¹⁴⁷ ergab sich das Verbot, Geständnisse zu erzwingen, indem die Geständniserpressung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bedroht war. Auch in der Praxis ließ als Ausdruck der freien Beweiswürdigung das Interesse an der Gewinnung des Geständnisses mit der Entformalisierung des Beweisrechts nach¹⁴⁸. Allerdings hatte der nemo-tenetur-Grundsatz für den Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung noch nicht die Bedeutung, die ihm heute beigemessen wird. Die Skepsis gegenüber einem Schweigen des Beschuldigten wurde auch in den Beratungen zur Reichsstrafprozessordnung deutlich, da befürchtet wurde, den Beschuldigten dadurch förmlich zum Schweigen zu ermuntern, „was seiner Sache mehr schaden als nutzen könnte, weil Richter und Geschworene in Deutschland es gewohnt seien, das Schweigen nachteilig zu deuten und darin ein Geständnis zu sehen“¹⁴⁹. Das Schweigen war damit ein „privilegium odiosum“ (verhasstes Vorrecht), dessen Ausübung im Allgemeinen nur schädlich sein konnte¹⁵⁰. Hierin lag auch der Grund, dass der Reichsstrafgesetzgeber sich nicht zur Aufnahme einer Belehrungspflicht entschließen konnte. Gleichwohl wollte der Gesetzgeber mit inquisitorischen Grundsätzen brechen: der Richter sollte nicht auf ein Geständnis drängen¹⁵¹. Zweck der Vernehmung sollte es sein, dem Beschuldigten Gelegenheit zur Entkräftung der gegen ihn sprechenden Verdachtsmomente zu geben¹⁵².

Falls die in der Hauptverhandlung gemachte Aussage von derjenigen im Vorverfahren abwich, konnte letztere zum Zwecke der Beweisaufnahme über das Geständnis gem. § 253 RStPO verlesen werden. Eine Vereinfachung des Verfahrens bewirkte das Geständnis nicht mehr, jedoch entband ein Geständnis den Amtsrichter von der Pflicht zur Zuziehung der Schöffen gem. § 211 RStPO, da das Geständnis kein Schuldanerkennnis mehr darstellte, sondern lediglich der Abkürzung des Verfahrens diene. Primär für den Schuldspruch verwertbar waren die Angaben, die der Angeklagte in der Hauptverhandlung machte. Dabei zählte die Vernehmung des Angeklagten formell nicht zur Beweisaufnahme, wie bereits dem Wortlaut des § 243 Abs. 1 RStPO „nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme“ entnommen werden konnte. Dieselbe Unterscheidung zwischen dem Angeklagten und den Beweismitteln fand sich auch in § 237 Abs. 1 RStPO. Aufgrund dieser

¹⁴⁶ Hahn, Materialien, Abt. I, S. 139.

¹⁴⁷ In Kraft getreten am 01.01.1872, RGB1.1871, 127 ff.

¹⁴⁸ Kühl, JuS 1986, 115, 116 f.

¹⁴⁹ Hahn, Materialien, Abt. I, S. 705.

¹⁵⁰ Liepmann, ZStW 44 (1924), 647, 669; zur abweichenden Mindermeinung siehe Moos, Geständnis, S. 36.

¹⁵¹ Mezger, ZStW 40 (1919), 152, 153; Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 11.

¹⁵² Engelhard, ZStW 58 (1939), 335, 336.

formalen Trennung im Gesetz hatte das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung¹⁵³ angenommen, dass der Angeklagte nicht zum Gegenstand einer förmlichen Beweisaufnahme gemacht werden dürfe und folglich kein Beweismittel im Sinne der Reichsstrafprozessordnung sei. Das sei aus dem Zweck der Angeklagtenvernehmung zu folgern, der in erster Linie in Verteidigungszwecken und nicht in der Ermittlung der Wahrheit bestehe. Gleichwohl hatte das Reichsgericht eingeräumt, dass die Aussage und damit das Geständnis sowie das sonstige Verhalten des Angeklagten Beweistatsachen seien und damit der aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfenden freien richterlichen Beweiswürdigung und Überzeugungsbildung (§ 260 RStPO) zugänglich seien. Dementsprechend hat man sich in der Literatur¹⁵⁴ bis heute daran gewöhnt, die Vernehmung des Beschuldigten als „Beweisaufnahme im materiellen Sinne“ und den Beschuldigten als Beweismittel „im weiteren Sinne“, als Beweismittel „eigener Art“ oder auch „materielles Beweismittel“ anzusehen.

An dieser Stelle kann erstmals der Frage nach der materiell-strafrechtlichen Funktion des Geständnisses nachgegangen werden. Während der Zeit des erzwungenen Geständnisses hatte das Geständnis keinerlei strafzumessungsrechtliche Bedeutung. Erst mit Beginn der Strafprozessreform machte es für die Strafzumessung einen Unterschied, ob der Beschuldigte leugnete oder reumütig ein Geständnis ablegte¹⁵⁵. So wurde bereits damals vorgeschlagen, bei einem Geständnis die Strafe analog der Strafe beim Versuch zu bemessen¹⁵⁶. Zu einem merkwürdigen Ergebnis führte das Geständnis im Falle der Todesstrafe. So durfte über einen längeren Zeitraum die Todesstrafe nur bei einem Geständnis des Täters vollstreckt werden, um Justizirrtümern vorzubeugen. Außer Betracht blieb dabei aber der Widerspruch zwischen der Privilegierung des hartnäckig Leugnenden und der (milderen) Bestrafung des reuigen Sünders¹⁵⁷. Auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses und diesen Widerspruch wird später noch näher eingegangen¹⁵⁸.

2.1.3.3 Die Entwicklung bis 1933

In der Folgezeit änderten sich nicht nur die gesellschaftlichen und staatlichen Verhältnisse tiefgreifend, sondern auch die Ansichten über die Ziele staatlichen Strafens. In ihrer Folge wurden Forderungen nach einer Reform der Reichsstrafprozessordnung laut. Jedoch blieb das

¹⁵³ RG Rspr (1883), 784, 785; RGSt 48, 247, 248 f.; vgl. auch Bennecke/Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, S. 373.

¹⁵⁴ SK-StPO/Rogall, Vor § 133 Rn. 122 m. w. N.

¹⁵⁵ Lohsing, Das Geständnis in Strafsachen, S. 54; Moos, Geständnis, S. 32 f.

¹⁵⁶ Haußner, Archiv für Kriminal-Anthropologie und Kriminalstatistik Bd. 13 (1903-1904), 267, 278; zitiert nach Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 28 (dort Fn. 105).

¹⁵⁷ Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 28.

¹⁵⁸ Siehe unten 4.

Strafverfahren der Reichsstrafprozessordnung bis zum Ende des Kaiserreichs im Wesentlichen unverändert¹⁵⁹.

Intensive Novellierungen hatten trotz des Scheiterns aller Gesamtentwürfe für ein neues Strafprozessrecht aber bereits während der Weimarer Zeit (1919-1933) das Gesicht der Reichsstrafprozessordnung wesentlich verändert:

Zu grundlegenden Änderungen führte die nach dem damaligen Reichsjustizminister benannte Emminger'sche Reform vom 04.01.1924, die „bis an die Grenzen des im Interesse der Rechtspflege noch Erträglichen die Strafrechtspflege vereinfachen und verbilligen“ sollte¹⁶⁰. Sie brachte einschneidende Veränderungen der Gerichtsverfassung mit sich, aber auch eine erhebliche Umgestaltung des Verfahrensrechts, so vor allem die Durchbrechung des Legalitätsprinzips und die erweiterte Anwendung des Strafbefehlsverfahrens. Die Auflockerung des Strafverfolgungszwangs erfolgte vor allem durch § 153 RStPO. Diese Vorschrift ermöglichte die Einstellung des Verfahrens bei geringfügigen Vergehen und damit auch eine Entlastung der Justiz. Diese Auflockerung stellte einen wichtigen Beitrag im Kampf gegen kurze Freiheitsstrafen und gegen eine übermäßige Ausdehnung der Kriminalstrafe dar und entsprach damit dem zu dieser Zeit im Vordergrund stehenden (relativen) Strafzweck der Spezialprävention. Zudem wurde so der Schwerpunkt des Strafverfahrens von der Hauptverhandlung auf das Ermittlungsverfahren verlagert.

2.1.3.4 Die Entwicklung während des Nationalsozialismus

Die nationalsozialistische Strafprozessordnung beruhte zwar auf der Reichsstrafprozessordnung, aber die mit der Reichsstrafprozessordnung erreichten rechtsstaatlichen Sicherungen wurden wieder abgebaut zugunsten des zentralen Wertes der Gemeinschaft. Alle am Strafverfahren Beteiligten waren dem gemeinsamen Ziel der Sachverhaltsaufklärung und der Wahrheitsfindung verpflichtet¹⁶¹. Die Rechte des Beschuldigten erschöpften sich in ihrem Nutzen für diesen Zweck und wurden drastisch reduziert¹⁶².

Zu dieser Zeit entsprach es der „allgemeinen Volksanschauung“, dass jeder Beschuldigte Rede und Antwort zu stehen habe, weil fast jeder Beschuldigte es als feig und erbärmlich empfinden müsse, zu schweigen, und weil jeder vernehmende Beamte im Sachinteresse

¹⁵⁹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 71 Rn. 3.

¹⁶⁰ Eb. Schmidt, Einführung, S. 418; vgl. auch Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 108: „Mit den ‚Emminger'schen Reformen‘ sollte eine Entlastung herbeigeführt werden, sozusagen ein Notventil für einen als akut eingeschätzten ‚Überdruck‘ durch die Masse von Fällen in unruhigen Zeiten.“

¹⁶¹ Engelhard, ZStW 58 (1939), 335, 342; Hegler, Strafprozesserneuerung, S.32. Die einschneidendste Änderung war die Strafprozessnovelle vom 28.6.1935. RGBI. I 1935, 844.

¹⁶² Stock, FS-Schmidt, S. 199, 212; Hegler, Strafprozesserneuerung, S. 40.

bemüht sein müsse, dem Beschuldigten sorgsam zu verschweigen, dass er berechtigt sei, sich der Aussage zu enthalten¹⁶³. Die Aussagefreiheit wurde als Überspannung der Rücksicht auf den Einzelnen auf Kosten der Gemeinschaft empfunden. Daher wurde mit Nachdruck die Einführung einer Rechtspflicht zur Aussage und die Zulassung von Zwangsmitteln zur Erzwingung einer Aussage aus „Gründen des höheren Wohls“ in bestimmten Strafsachen wie zum Beispiel dem Landesverrat gefordert¹⁶⁴. Der Polizei wurde hinsichtlich ihrer Untersuchungs- und Vernehmungsmethoden volle Freiheit eingeräumt. Das polizeiliche Verfahren vollzog sich unter strengem Ausschluss der Öffentlichkeit, Misshandlungen und die Erpressung von Aussagen durch Folter waren üblich. Geständnisse, die bei der Polizei abgelegt und protokolliert worden waren, konnten vor Gericht nicht rückgängig gemacht werden¹⁶⁵.

Erwähnenswert ist, dass der materielle Wahrheitsbegriff erst in dieser Zeit in die Strafprozessordnung gelangte. § 244 Abs. 2 RStPO lautete nunmehr: „Das Gericht hat von Amts wegen alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist“¹⁶⁶. Seitdem ist die explizite Verpflichtung des Gerichts zur Erforschung der materiellen Wahrheit in der Strafprozessordnung enthalten¹⁶⁷.

2.1.3.5 Die Entwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg

Nach dem Zusammenbruch der nationalsozialistischen Herrschaft und des Dritten Reiches wurde das Strafverfahren mit dem Rechtsvereinheitlichungsgesetz von 1950 wieder auf rechtsstaatliche Grundlagen zurückgeführt. Drei Ziele hatte das Vereinheitlichungsgesetz ins Auge gefasst: Rechtseinheit, Berücksichtigung der staatsrechtlichen Veränderungen, insbesondere des Grundgesetzes, und weitestgehende Rechtssicherheit für den Beschuldigten¹⁶⁸.

Für das dritte Ziel wurde § 136a StPO eingeführt zur Gewährleistung des Schutzes der Menschenwürde, die insbesondere über Art. 1 und Art. 2 GG auch als Grundlage des Strafverfahrens galt und wonach der Angeklagte nicht zum Prozessobjekt degradiert werden durfte¹⁶⁹. Durch das Vereinheitlichungsgesetz wurde das Verbot bestimmter Vernehmungsmethoden (§ 136a StPO) sowie die Belehrung des Zeugen über sein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 2 StPO in die Strafprozessordnung eingeführt. Dagegen wurde die alte

¹⁶³ Engelhard, ZStW 58 (1939), 335, 354.

¹⁶⁴ Stock, FS-Schmidt, S. 199, 213.

¹⁶⁵ Eb. Schmidt, Einführung, S. 443; Moos, Geständnis, S. 37.

¹⁶⁶ RGBl. I 1935, 844.

¹⁶⁷ Stamp, Wahrheit, S. 16.

¹⁶⁸ Kern, Strafverfahrensrecht, S. 265.

¹⁶⁹ BVerfGE 1, 97, 104.

Form des § 136 Abs. 1 RStPO beibehalten. Erst der Abschluss der sog. „kleinen Strafprozessreform“ durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes aus dem Jahre 1964 brachte mit den neuen Belehrungsvorschriften für den Beschuldigten Klarheit über seine Aussagefreiheit. Der Beschuldigte ist seitdem gem. §§ 115 Abs. 3 S. 1 (Vorführung nach Verhaftung), 136 Abs. 1 S. 2 (erste richterliche Vernehmung), 163a Abs. 3, 4 S. 2 (Vernehmung durch Staatsanwalt und Polizei) und 243 Abs. 4 S. 1 (Hauptverhandlung) StPO darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Er kann ferner einzelne Beweiserhebungen beantragen und ist auch hierüber zu belehren (§§ 136 Abs. 1 S. 3, 163a Abs. 2, 115 Abs. 3, 244 Abs. 3, 4 StPO). Wird gegen die Belehrungspflicht durch die Vernehmungsperson (Polizeibeamter, Staatsanwalt oder Richter) verstoßen, hat dies nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁷⁰ grundsätzlich ein Beweisverwertungsverbot zur Folge. Mit Kammerbeschluss vom 07.07.1995 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass das Schweigen des Beschuldigten im Strafverfahren jedenfalls dann nicht als belastendes Indiz gegen ihn verwendet werden dürfe, wenn er die Einlassung zur Sache vollständig verweigert habe¹⁷¹.

Im Bezug auf die richterliche Aufklärungspflicht erfuhr § 244 Abs. 2 StPO seine bis heute letzte Änderung durch das „Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts“ vom 12.09.1950¹⁷². Trotz der Änderung des Wortlautes soll die Pflicht des Gerichts, alles zu tun, was zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist, ein das ganze Verfahren und nicht nur die Beweisaufnahme beherrschendes Gebot sein¹⁷³. Selbstverständlich kann es kein Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens sein, die Wahrheit „um jeden Preis“ zu ermitteln¹⁷⁴.

Nicht zu verkennen ist, dass die Gesetzgebung seit Beginn der 70er Jahre - beispielsweise durch das Erste Strafverfahrensreformgesetz und die Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung - einseitig den Schutz der Strafrechtspflege und ihre Beschleunigung gegen Behinderungen durch den Beschuldigten und seinen Verteidiger in den Mittelpunkt gestellt hat¹⁷⁵. So wurde etwa die Zuständigkeit der Gerichte zugunsten einer erweiterten Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft beschnitten. Der im Jahre 1975 eingeführte § 153a StPO, wonach die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts und des Beschuldigten bei

¹⁷⁰ BGHSt 38, 214. Nach der früheren Rechtsprechung wurde das Belehrungsgebot des § 136a Abs. 1 S. 2 StPO lediglich als eine Ordnungsvorschrift angesehen. Damit war es nicht verboten, die Aussage des Beschuldigten gegen seinen Willen zu verwerten; siehe BGHSt 31, 395, 399.

¹⁷¹ BVerfG NStZ 1995, 555.

¹⁷² BGBl. 1950, 455, 655.

¹⁷³ Stamp, Wahrheit, S. 16.

¹⁷⁴ BGHSt 14, 358, 365.

einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und dem Beschuldigten zugleich u. a. auferlegen kann, einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen, wenn dies geeignet erscheint, bei geringer Schuld das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, wird als „verkappte Einführung des (alten) Inquisitionsprozesses“ bezeichnet¹⁷⁶. Um (mehr) staatliche Ressourcen einzusparen, wurden der Anwendungsbereich des § 153a StPO und die Anwendbarkeit des Strafbefehlsverfahrens im Jahre 1993 durch das Gesetz zur Entlastung der Rechtspflege ausgedehnt. Für die Anwendung dieser Vorschriften ist die Zustimmung des Beschuldigten unabdingbar. Daher ist in der Praxis in einer beträchtlichen Zahl der erlassenen Einstellungen und Strafbefehle eine Absprache vorausgegangen¹⁷⁷. Darüber hinaus hat die Praxis ohne gesetzliche Grundlage eine Urteilsabsprache entwickelt¹⁷⁸.

Dies führt zu der Annahme, dass die deutsche Strafprozessordnung zwischenzeitlich mehr von der Dispositionsmaxime als von der Instruktionsmaxime geprägt wird. Andererseits tritt die Staatsanwaltschaft mehr und mehr an die Stelle des Gerichts bei der Erledigung der Fallmenge. Dadurch könnte „ein (neuer) Inquisitionsprozess“ entstehen: Richter und Ankläger sind wieder – diesmal in Form der Staatsanwaltschaft - eine Person. Für deren Ermittlungsverfahren gelten das Unmittelbarkeits-, das Mündlichkeits- und das Öffentlichkeitsprinzip nicht¹⁷⁹. Während der alte Inquisitionsprozess durch Folter das Geständnis des Beschuldigten erzwang, versucht die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht heutzutage durch die Absprache die Zustimmung des Beschuldigten (einschließlich des Geständnisses) zu gewinnen. Ist das Geständnis dadurch wieder zur *regina probationum* geworden? Fraglich ist auch, ob sich die Situation des Beschuldigten dadurch verbessert hat, dass sich seine Prozessstellung vom Prozesssubjekt im reformierten Strafprozess zum Absprachepartner bzw. Vertragspartner gewandelt hat. Entscheidend ist, ob der *nemo-tenetur*-Grundsatz beachtet wird.

2.2 Vom ordentlichen Strafverfahren zur beschleunigten Verfahrenserledigung

Das ordentliche deutsche Strafverfahren ist gekennzeichnet durch das Legalitätsprinzip und die Pflicht des Gerichts, von Amts wegen die materielle Wahrheit zu erforschen¹⁸⁰. Hinzu

¹⁷⁵ Schreiber, Tendenzen der Strafprozessreform, S. 15, 20.

¹⁷⁶ Rudolphi, ZRP 1976, 165, 168.

¹⁷⁷ Siehe unten 2.2.2.3.2.

¹⁷⁸ Siehe unten 3.

¹⁷⁹ Rieß, FS-Rebmann, S. 381, 393 f.

¹⁸⁰ KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 3 ff. m. w. N. ; Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 97 f.

kommen unter anderem die seit dem 19. Jahrhundert für ein rechtsstaatliches Verfahren typischen Grundsätze der freien Beweiswürdigung, der Öffentlichkeit und der Mündlichkeit.

Dennoch ist das in der Reichsstrafprozessordnung von 1877 fast ausnahmslos geltende Legalitätsprinzip im Laufe der Zeit zurückgedrängt worden. Die Hauptverhandlung hat ihre zentrale Stellung eindeutig verloren. Die Staatsanwaltschaft ist von einer Anklagebehörde zu einer Einstellungsbehörde geworden¹⁸¹. Im Ergebnis ist auch der Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung einer „Verkürzung“ insofern erlegen, als diejenigen Verfahrensformen und Entscheidungsvarianten, die das Legalitätsprinzip und die Hauptverhandlung in der Praxis ergänzt bis ersetzt haben, die „Wahrheit“ entweder nur noch summarisch ermitteln oder sie zum Gegenstand einer Absprache machen¹⁸².

Diese Entwicklung soll im Folgenden nachgezeichnet werden. Dazu werden zunächst Struktur und Rechtswirklichkeit des ordentlichen Strafverfahrens kurz skizziert, bevor im Anschluss die beschleunigte Verfahrenserledigung – insbesondere im Wege der §§ 153a und 407 ff. StPO – dargestellt wird. Der jeweiligen Rolle des Geständnisses wird dabei besondere Beachtung geschenkt.

2.2.1 Das ordentliche Strafverfahren („Normalverfahren“)

2.2.1.1 Ablauf nach dem Gesetz – Überblick über die gesetzlichen Strukturelemente

Die gesetzliche Grundstruktur der Reichsstrafprozessordnung ist - vom Aufbau des Gesetzes und dem Wortlaut her betrachtet - seit 1877 nahezu unverändert geblieben. Der Aufbau der deutschen Strafprozessordnung orientiert sich dabei am ordentlichen Strafverfahren. Dieses „Normalverfahren“ gliedert sich – entsprechend seinem Typus als reformiertem Inquisitionsprozess - in ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren (§§ 151 ff. StPO) und ein gerichtliches Verfahren einschließlich Hauptverhandlung (§§ 199 ff., 226 ff. StPO).

Im Ermittlungsverfahren wird von der Staatsanwaltschaft (§§ 160, 161 StPO) und der Polizei (§ 163 StPO) der Sachverhalt ermittelt und Beweismaterial zusammengetragen. Die Ergebnisse dieser Tataufklärung werden in den Ermittlungsakten festgehalten. Auf dieser Grundlage beurteilt die Staatsanwaltschaft, ob ein hinreichender Tatverdacht dafür vorliegt, dass ein bestimmter Beschuldigter eine strafbare Handlung begangen hat (§ 170 StPO). Ist dies der Fall, erhebt die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage durch Einreichung einer

¹⁸¹ Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 97.

¹⁸² Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 98.

Anklageschrift bei dem für die Durchführung der Hauptverhandlung zuständigen Gericht (§§ 170 Abs. 1, 199 Abs. 1 StPO). Die Anklageschrift enthält den Tatvorwurf, dessen materiellrechtliche Einordnung, die Beweismittel (einschließlich eines eventuellen Geständnisses des Beschuldigten als Beweismittel im weiteren Sinne), das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen (falls nicht Anklage beim Strafrichter erhoben wird) und den Antrag der Staatsanwaltschaft, das gerichtliche Hauptverfahren zu eröffnen (§§ 199 Abs. 2 Satz 1, 200 StPO). Mit der Anklageschrift legt die Staatsanwaltschaft die gesamten Ermittlungsakten dem Gericht vor (§ 199 Abs. 2 S. 2 StPO).

Mit der Einreichung der Anklageschrift beginnt das Zwischenverfahren. Zunächst teilt der Vorsitzende dem Angeschuldigten die Anklageschrift mit. Dieser hat das Recht, Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens zu erheben oder die Vornahme einzelner Beweiserhebungen von der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beantragen (§ 201 StPO). Aufgabe des Gerichts im Zwischenverfahren ist es zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft zu Recht Anklage erhoben hat. Dies ist der Fall, wenn (auch) das Gericht auf der Grundlage der bisherigen Ermittlungsergebnisse (und ggf. ergänzender Beweiserhebungen, vgl. § 202 StPO) einen hinreichenden Tatverdacht bejaht. Dann beschließt es die Eröffnung des Hauptverfahrens, d. h. die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung (§§ 203, 207 StPO). Das Hauptverfahren beginnt mit der „Vorbereitung der Hauptverhandlung“, indem der Vorsitzende Termin zur Hauptverhandlung bestimmt und die Ladungen anordnet (§§ 213, 214 StPO). Für den Angeklagten beträgt die Ladungsfrist mindestens eine Woche (§ 217 Abs. 1 StPO); ihm ist spätestens mit der Ladung der Eröffnungsbeschluss zuzustellen (§ 215 StPO). Der Angeklagte kann die Ladung weiterer Personen (Zeugen, Sachverständige) beantragen (§ 219 StPO) oder gemäß § 220 StPO selbst vornehmen lassen.

Die Hauptverhandlung bildet die alleinige Grundlage der Urteilsfindung (§ 261 StPO). Die Beweisergebnisse des Ermittlungs- und des Zwischenverfahrens sind für die gerichtliche Wahrheitsfindung grundsätzlich irrelevant, es sei denn, sie werden durch gesonderte Beweiserhebung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht. Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erfolgt nach den Grundsätzen der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in Anwesenheit aller Verfahrensbeteiligten (§§ 226 f., 230 ff. StPO). Sie ist grundsätzlich öffentlich (§§ 169 ff. GVG). Die Verteidigungsmöglichkeiten des Angeklagten sind gegenüber dem Ermittlungsverfahren und dem Zwischenverfahren deutlich verbessert: Der Angeklagte hat das Recht (aber auch die Pflicht) der fortwährenden Anwesenheit (§§ 230 ff., 247 StPO), Frage- und Erklärungsrechte (§§ 240 Abs. 2, 257, 258 StPO) und ein stark ausgeprägtes Beweisantragsrecht (seine Beweisanträge dürfen nur unter sehr engen Voraussetzungen abgelehnt werden; vgl. §§ 244 Abs. 3-5, 245, 246 Abs. 1 StPO). Das Gericht selbst trägt nach dem Instruktionsgrundsatz die Verantwortung für den Umfang und

die Vollständigkeit der Beweisaufnahme und damit für die Wahrheitsfindung (§ 244 Abs. 2 StPO).

Das so strukturierte „Normalverfahren“ gilt in allen Strafsachen, unabhängig davon, ob das Strafverfahren vor dem Strafrichter bzw. Schöffengericht beim Amtsgericht oder der Strafkammer beim Landgericht stattfindet.

2.2.1.2 Ablauf in der Rechtswirklichkeit - Die zentrale Rolle des Geständnisses

Im Laufe der Rechtsentwicklung wurden die strengen Beweisregeln, wie sie zum Beispiel in der Carolina galten, durch die freie Beweiswürdigung ersetzt (heute § 261 StPO). Im Beweiserhebungsverfahren ist das Gericht gemäß § 244 Abs. 2 StPO gehalten, die materielle Wahrheit zu erforschen. Aus dem Gesichtspunkt der materiellen Wahrheitsfindung folgt, dass es auch für das Geständnis keine Beweisregel gibt. Rechtlich gesehen ist das Geständnis nichts anders zu bewerten als sonstige Beweismittel. Das bedeutet, dass das Gericht zur Prüfung der Richtigkeit des Geständnisses ggf. weitere Beweismittel beiziehen muss, und dass es bei der abschließenden Beweiswürdigung nach § 261 StPO den Wert des Geständnisses gewichten muss. Entgegen dieser Grundregelung hat das Geständnis in der Rechtspraxis freilich oft eine zentrale Bedeutung im Verfahren und kann – wenn es glaubhaft ist – die weitere Beweisaufnahme entbehrlich machen¹⁸³. Die Rechtswirklichkeit des Strafverfahrens vor dem Strafrichter, zum Teil auch vor dem Schöffengericht, ist dadurch geprägt, dass das Gericht auf eine umfassende Beweisaufnahme verzichtet, wenn der Angeklagte ein glaubhaftes Geständnis ablegt. War der Angeklagte bereits im Ermittlungsverfahren geständig und ist ein anderes Aussageverhalten in der Hauptverhandlung nicht zu erwarten, dann verzichtet das Gericht aus prozessökonomischen Gründen bereits auf die Ladung von Zeugen. Das gesetzlich vorgesehene „Normalverfahren“ wird durch diese gerichtliche Praxis insofern faktisch vereinfacht, als auf eine umfassende Tataufklärung i. S. v. § 244 Abs. 2 StPO, insbesondere auf die Überprüfung der inhaltlichen Richtigkeit des Geständnisses, verzichtet wird. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung wird praktisch so gehandhabt, dass das Gericht seine Überzeugung allein auf ein glaubhaftes Geständnis stützt¹⁸⁴.

Grundsätzlich ist es de lege lata nicht ausgeschlossen, ein glaubhaftes Geständnis zur alleinigen Grundlage der Schuldüberzeugung zu machen. Es ist auch durchaus wünschenswert, die Beweisaufnahme durch Kooperation mit dem Angeklagten abkürzen zu können, damit der Prozess in angemessener Zeit abgeschlossen werden kann, sofern dadurch

¹⁸³ AK-StPO/Schöch, § 244 Rn. 24; siehe auch unten 5.1.2.

¹⁸⁴ Fezer, ZStW 106 (1994), 1, 5; siehe unten 5.1.2.2.

die Aufklärungspflicht und die Überzeugungsbildung des Gerichts nicht verletzt werden. Dies entspricht auch oft sowohl dem Interesse der Strafverfolgungsorgane als auch dem des Angeklagten.

Aber – und hier liegt das Problem – das Geständnis stellt immer nur *eine* Beweisquelle dar und befreit den Richter daher nicht von der Pflicht zur sorgfältigen Würdigung und gegebenenfalls weiteren Aufklärung. Die Praxis sieht allerdings anders aus. Untersuchungen aus der jüngeren Zeit stehen nicht zur Verfügung. In einer von Schünemann in den Jahren 1986/1987 durchgeführten repräsentativen Umfrage ist dokumentiert, dass gut 70 % der befragten deutschen Strafrichter ein von der Verteidigung angebotenes Geständnis als Entscheidungsgrundlage bereits dann akzeptierten, wenn nach den bisherigen Verfahrensergebnissen die Schuldfrage noch ungeklärt war¹⁸⁵.

Auch im Zusammenhang mit Absprachen, welche die Praxis *praeter legem* entwickelt hat, findet eine solche ernsthafte Überprüfung des Wahrheitsgehalts eines Geständnisses gerade nicht statt; vielmehr wird die von den Verfahrensbeteiligten ausgehandelte Sachverhaltsdarstellung unbeschadet erst dem Geständnis und dann dem Urteil zugrunde gelegt¹⁸⁶. Nicht mehr die Wahrung der schützenden Formen des Verfahrens, sondern der (informelle) Konsens zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung gilt als Garant dafür, dass das Prozessziel erreicht wird¹⁸⁷.

2.2.2 Die beschleunigte Verfahrenserledigung *de lege lata*

2.2.2.1 Zur Notwendigkeit einer beschleunigten Verfahrenserledigung

Seit langem wird darauf hingewiesen, dass sich die Gerichte das ordentliche Strafverfahren wegen Überlastung nicht mehr „leisten“ können. Dies liege zum einen an der kaum noch zu bewältigenden Masse an Fällen, zum anderen an den Möglichkeiten der Verteidigung, den Ablauf der Hauptverhandlung (etwa durch zahlreiche Beweisanträge oder durch mehrfach wiederholte Befangenheitsanträge) unangemessen in die Länge zu ziehen¹⁸⁸. Insbesondere sieht der deutsche Gesetzgeber keine Sonderschriften auf die Behandlung von wirtschaftlichen Großverfahren vor, um die Belastung der Justiz zu verringern¹⁸⁹. Dies hat auch Mängel in der tatsächlichen Durchsetzung des Strafrechts zur Folge, so dass der

¹⁸⁵ Schünemann, Absprachen, S. 23.

¹⁸⁶ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 166.

¹⁸⁷ Fezer, ZStW 106 (1994), 1, 5.

¹⁸⁸ Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 273.

¹⁸⁹ Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 90.

Rechtsfrieden gefährdet und das Vertrauen in die Geltungskraft des Strafrechts untergraben wird¹⁹⁰.

Weil die Überlastung der Strafjustiz nicht einfach durch die Erweiterung der personellen und sachlichen Mittel bewältigt werden kann, erscheinen Änderungen in der rechtlichen Verfahrensgestaltung unausweichlich. Daher sieht man den Ausweg überwiegend darin, eine möglichst große Zahl von Strafverfahren anders als auf dem regulären Weg einer Hauptverhandlung zu „erledigen“.

2.2.2.2 Formen beschleunigter Verfahrenserledigung

Bereits vor der Entwicklung der Urteilsabsprache *praeter legem*¹⁹¹ sah die deutsche Strafprozessordnung besondere Verfahrensarten zur Vereinfachung bzw. Verkürzung der Hauptverhandlung vor; so etwa die Aburteilung im normalerweise schriftlich ablaufenden Strafbefehlverfahren (§§ 407 ff. StPO) oder das beschleunigte Verfahren (§§ 417 ff. StPO). Diesen beiden Formen eines vereinfachten bzw. abgekürzten Verfahrens ist gemeinsam, dass sie weiterhin – wie beim „normalen“ Strafverfahren – zu einer strafrechtlichen Verurteilung des Beschuldigten führen. Daneben spielen für die Entlastung der Strafjustiz die auf dem Opportunitätsprinzip beruhenden Einstellungsmöglichkeiten (§§ 153 ff. StPO) eine wichtige Rolle. Vor allem bietet § 153a StPO die Möglichkeit, ein Strafverfahren ohne Schuldspruch, aber trotzdem nicht sanktionslos, zu beenden. Diesen unterschiedlichen Erscheinungsformen der Erledigungsmöglichkeiten ist gemeinsam, dass sie in ihrer Gesamtheit die traditionelle Form der Hauptverhandlung in der Verfahrenswirklichkeit mehr und mehr zur statistischen Ausnahme werden lassen¹⁹².

Mit der Ausdehnung des Opportunitätsgrundsatzes (§§ 153 ff. StPO) schwächt sich die Bedeutung des Legalitätsprinzips immer weiter ab, so dass die Staatsanwaltschaft mehr und mehr Spielraum erlangt, selbst über das Ergebnis des Verfahrens zu entscheiden. In diesen Fällen kann man sagen, dass die Staatsanwaltschaft nicht nur Herrin des Ermittlungsverfahrens, sondern des gesamten Strafverfahrens ist. Beispielsweise werden im Strafbefehlverfahren (§§ 407 ff. StPO), welches eine außerordentlich hohe praktische Bedeutung im deutschen Strafverfahren erlangt hat¹⁹³, die Entwürfe der Staatsanwaltschaft fast ausnahmslos vom Gericht übernommen; nur in ca. 1 % der Fälle wird der Erlass des beantragten

¹⁹⁰ Eser, ZStW 104 (1992), 361, 371.

¹⁹¹ Siehe unten 3.

¹⁹² Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 275.

¹⁹³ Nach Angaben des Statistischen Bundesamts über die Geschäftsentwicklung der Ermittlungsverfahren haben die Staatsanwaltschaften im Jahre 2006 insgesamt 560.427 Anklagen eingereicht, jedoch in 581.713 Fällen einen Antrag auf Erlass eines Strafbefehls gestellt (www.destatis.de 02.10.2007).

Strafbefehls abgelehnt und stattdessen eine Hauptverhandlung anberaumt¹⁹⁴. Die im Ermittlungsverfahren begangenen Fehler können in der Hauptverhandlung kaum noch korrigiert werden, so dass das Schicksal des Angeklagten nicht erst in der Hauptverhandlung, sondern bereits im Ermittlungsverfahren besiegelt ist. Bei den nicht gesetzlich geregelten Urteilsabsprachen ist die Aufklärungspflicht des Gerichts selbstverständlich noch weiter eingeschränkt. Daher spielt hier der Inhalt der Ermittlungsakten bei der Urteilsfindung auch eine noch größere Rolle. Die Struktur des deutschen Strafprozesses wird dadurch grundlegend umgestaltet¹⁹⁵.

2.2.2.3 Die (stillschweigende) Zustimmung des Beschuldigten in den Fällen der §§ 153a und 407 ff. StPO

2.2.2.3.1 Die Ausgleichsfunktion der Zustimmung des Beschuldigten

Herkömmlicherweise gilt die Hauptverhandlung als Kernstück des ordentlichen Strafverfahrens¹⁹⁶. Diese Aussage muss aber im Hinblick auf die oben genannten beschleunigten Erledigungsverfahren relativiert werden. Das ordentliche Strafverfahren garantiert dem Beschuldigten – insbesondere auch im Stadium des Hauptverfahrens – eine ganze Reihe von Mitwirkungs- und Schutzrechten. Jede Vereinfachung bzw. Verkürzung dieses Verfahrens führt deshalb zunächst einmal zu einem strukturellen Garantieverlust. Dieser Verlust ist – angesichts desselben Verfahrensziels wie im „Normalverfahren“ – daher bei der Gestaltung beschleunigter Erledigungsverfahren auf andere Weise auszugleichen¹⁹⁷.

Deshalb macht der deutsche Gesetzgeber in den Fällen der §§ 153a und 407 ff. StPO die beschleunigte Verfahrenserledigung von der (stillschweigenden) Zustimmung des Beschuldigten abhängig. Der Beschuldigte hat damit die Wahl zwischen dem ordentlichen Strafverfahren mit all seinen Beschuldigtenrechten und einem vereinfachten Erledigungsverfahren, das er sich mit einem (teilweisen) Verzicht auf diese Rechte „erkaufen“ muss.

¹⁹⁴ Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 102; SK-StPO/Weßlau, Vor § 407 Rn. 6. Statistiken aus jüngeren Jahren weisen diese Erledigungsquoten nicht mehr getrennt aus. Im Jahre 2006 waren dies rund 6.700 Fälle aller durch die Amtsgerichte erledigten Verfahren (Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 2.3, Rechtspflege Strafgerichte 2006, Wiesbaden 2007, S. 22).

¹⁹⁵ Das beschleunigte Verfahren wird überhaupt in der deutschen Praxis relativ selten angewendet. Tatsächlich wird bundesweit - bei starken regionalen Schwankungen - in schätzungsweise 7% der amtsgerichtlichen Strafverfahren ein Antrag auf Durchführung dieses Verfahrens gestellt; siehe Haller/Conzen, Strafverfahren, Rn. 689. Im Jahre 2006 handelte es sich um rund 45.469 Verfahren, ebenfalls rund 7 % aller Verfahren, die nicht eingestellt wurden (www.destatis.de 02.10.2007).

¹⁹⁶ BVerfGE 39, 156, 167.

¹⁹⁷ Fezer, ZStW 106 (1994), 1, 7.

Daher spielt der Konsens zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Beschuldigtem/Verteidigung eine entscheidende Rolle im Verfahren mit vereinfachter Beweisführung¹⁹⁸.

Durch das Vordringen konsensualer Elemente ändert sich gleichzeitig auch das traditionelle Autoritätsverständnis im Strafverfahren. Durch seine notwendige Mitwirkung an der Verhängung und der Akzeptanz der Sanktion wird dem Beschuldigten ein anderer Stellenwert eingeräumt, als es in dem bloßen Erdulden einer von hoher Hand verhängten Maßnahme, auch der Strafe, der Fall war¹⁹⁹. Damit wird auch der Forderung entsprochen, dass das Strafverfahren sich auf „Verstehen“, auf „Kommunikation“ einstellen solle, und dass das Gericht von seinem hohen Podest herabsteigen und zusammen mit den anderen Beteiligten am runden Tisch verhandeln solle²⁰⁰.

2.2.2.3.2 Die Zustimmung des Beschuldigten als Einfallstor der Dispositionsmaxime

In den Fällen der §§ 153a und 407 ff. StPO hat der Beschuldigte bei klarer Beweislage kein vernünftiges Interesse an der Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung, so dass er sein Einverständnis mit den vorgesehenen Auflagen oder Weisungen und den Erfüllungsfristen erklären (vgl. § 153a Abs. 1 StPO) bzw. gegen einen erlassenen Strafbefehl keinen Einspruch einlegen wird (vgl. § 410 Abs. 1 StPO). Hier treffen regelmäßig das Interesse des Staates an sparsamem Umgang mit Justizressourcen und das Interesse des Beschuldigten an schneller und unspektakulärer Ahndung seiner Verfehlung zusammen²⁰¹. Einstellungen sind auch nach der Erhebung der öffentlichen Klage unproblematisch rechtlich zulässig, wenn sich Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagter unter den Voraussetzungen des § 153a Abs. 2 StPO über die Einstellung des Verfahrens verständigen; ebenso ist auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens ein Übergang ins Strafbefehlsverfahren noch möglich (§ 408a StPO).

Diese Vorschriften, die die Zustimmung des Beschuldigten voraussetzen, sind gleichzeitig der Nährboden einer Absprache²⁰². Man bewegt sich sowohl bei der Nutzung dieser Einstellungsbefugnisse als auch bei der Erledigung im Wege des Strafbefehls in einer Grauzone, in der die Übergänge zwischen Rechtsanwendung und Disposition tatsächlich schwer auszumachen sind²⁰³.

Häufig gehen der Zustimmung informelle Gespräche voraus, in denen die Bedingungen „ausgehandelt“ werden. § 153a StPO sieht nach seinem Wortlaut und nach der ursprünglichen

¹⁹⁸ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 151 f.

¹⁹⁹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 58.

²⁰⁰ Hassemer, Einführung, S. 130 f.

²⁰¹ Dazu ausführlich Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 151.

²⁰² Vgl. Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 9 ff.

²⁰³ Weßlau, StraFo 2007, 1, 5 f.

Grundidee des Gesetzgebers vor, dass in erster Linie die Staatsanwaltschaft die Initiative ergreift. Der Wortlaut des § 153a StPO verbietet aber auch nicht ausdrücklich, dass der Beschuldigte bzw. der Verteidiger aus eigener Initiative eine Einstellung gegen bestimmte Auflagen bzw. Weisungen anregen kann²⁰⁴. Beispielsweise kann der Strafverteidiger erklären, dass sein Mandant die Tat nicht ernsthaft bestreitet, dass aber doch dessen Schuld ganz offenbar nicht schwer wiegt. Sein Mandant denke daran, dem Roten Kreuz 50.000 EURO zu spenden. Mit einer solchen Unterstützungsleistung an diese gemeinnützige Einrichtung würden gewiss auch die Bürger sehr zufrieden sein, so dass im Ergebnis sicher das öffentliche Interesse an einer Bestrafung entfalle. Wenn dieses „Angebot“ der Staatsanwaltschaft einleuchtet, dann wird sie dem Beschuldigten eine Auflage erteilen, die inhaltlich dem an sie herangetragenen Vorschlag entspricht. Nach Zahlung des Geldbetrages wird sie das endgültige Absehen von der Strafverfolgung verfügen, und der Fall ist damit abschließend und im Normalfall auf alle Zeiten geregelt²⁰⁵. Umgekehrt kann auch die Staatsanwaltschaft die Initiative ergreifen. Beispielsweise kann der Staatsanwalt zutreffend vermuten oder auf Umwegen gehört haben, dass der Beschuldigte am meisten vor einer Hauptverhandlung Angst hat oder dass der Beschuldigte, ein Geschäftsmann, möglichst wenig Zeit verlieren will durch ein Strafverfahren. In diesen beiden Fällen darf der Staatsanwalt davon ausgehen, dass der Beschuldigte eine (harte) Auflage sofort akzeptieren wird. Denn spätestens der Verteidiger wird seinem Mandanten erklären, dass Anklage und Hauptverhandlung im Ergebnis viel mehr Nachteile bringen werden²⁰⁶.

Auch das Strafbefehlsverfahren enthält Ansätze für eine Absprache. Da aus prozessökonomischen Gründen das Interesse an der Rechtskraft des Strafbefehls groß ist, auf der anderen Seite der Beschuldigte ein Interesse an einer unkomplizierten Verfahrenserledigung ohne öffentliche Hauptverhandlung hat, drängen sich Gespräche mit der Staatsanwaltschaft sowohl über die Erledigung im Strafbefehlswege an sich als auch über die konkrete Rechtsfolge auf. Einer nicht unbeträchtlichen Zahl der erlassenen Strafbefehle ist deshalb eine Absprache vorausgegangen²⁰⁷.

In diesen beiden Fallgruppen handelt es sich jeweils um eine rechtlich nicht unproblematische Übereinstimmung zwischen den Verfahrensbeteiligten; bedenklich ist das wechselseitige Nachgeben der daran Beteiligten im Sinne eines „do ut des“ und deshalb im Ergebnis die gegenseitige Vereinbarung über das Absehen von der Verfolgung²⁰⁸. Dies entspricht in etwa der Disposition über den Verfahrensgegenstand im Zivilprozess.

²⁰⁴ Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 114; Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 12 f.; SK-StPO/Weßlau, § 153a Rn. 29.

²⁰⁵ Beispiel nach Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 115.

²⁰⁶ Beispiel nach Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 116.

²⁰⁷ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 118.

²⁰⁸ Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 116.

Es liegt nahe, über die in den erwähnten §§ 153a und 407 ff. StPO vorausgesetzte Kooperation zwischen den Verfahrensbeteiligten mit dem Ziel einer einverständlichen Lösung hinaus Absprachen auch hinsichtlich des am Ende des Strafverfahrens stehenden Urteils herbeizuführen, um die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zu verkürzen. Dieser informelle Weg erlangt vor allem bei komplexeren und schwer nachweisbaren Geschehensabläufen Bedeutung, die schon wegen des zu erwartenden Strafmaßes nicht mehr in den Anwendungsbereich des Einstellungs- oder Strafbefehlsverfahrens fallen. Allein diese Absprachen über ein einverständliches Urteil sind Gegenstand der folgenden Untersuchung. Ihre häufigste Form ist die Vereinbarung eines Geständnisses, das der Angeklagte als Gegenleistung für eine in Aussicht gestellte mildere Bestrafung abzulegen bereit ist.

3 Die Entwicklung der Urteilsabsprache in Deutschland

Vorbemerkung

Während im Zivilprozess der Vergleich eine gesetzlich vorgesehene und häufig ergriffene Möglichkeit der Verfahrenserledigung darstellt, ist diese Art der Konfliktbewältigung im Hinblick auf die Verfahrensgrundlagen und Ziele des Strafprozesses dem Strafprozessrecht eigentlich wesensfremd²⁰⁹. Der Vergleich ist Ausfluss der in der Zivilprozessordnung geltenden Dispositionsmaxime. Demnach sind die Parteien „Herren des Verfahrens“²¹⁰. Der Strafprozess dagegen unterliegt dem Verfolgungszwang. Das Gericht muss in der Hauptverhandlung die materielle Wahrheit erforschen. Nach der Instruktionsmaxime erfolgt diese Aufklärung von Amts wegen (§ 244 Abs. 2 StPO). Eine einvernehmliche Beendigung des Strafverfahrens durch einen Vergleich der verfahrensbeteiligten „Parteien“ (Gericht, Staatsanwaltschaft und Angeklagter/Verteidiger) analog § 779 Abs. 1 BGB ist im deutschen Strafprozess ausgeschlossen²¹¹.

Gleichwohl sind in der Praxis des Strafverfahrens seit dem Beginn der 1970er Jahre Absprachen zwischen Angeklagtem/Verteidiger, Staatsanwaltschaft und Gericht zur (beschleunigten, Kraft und Zeit sparenden) Verfahrensbeendigung an der Tagesordnung, die weit über die Möglichkeiten hinausgehen, die der Gesetzgeber in denjenigen Vorschriften vorgesehen hat, die in ihrer Gesamtheit das Opportunitätsprinzip (z.B. § 153a StPO, §§ 154 ff. StPO) gesetzlich ausfüllen.

Die Absprachepraxis als konsensuale Erledigung von Strafsachen hat sich also nicht auf der Grundlage klarer gesetzlicher Regelungen, sondern informell entwickelt: Der Prozessstoff wird nicht bis zur Schuldspruchreife verhandelt, sondern im Laufe des Verfahrens – mal früher mal später – einer „einvernehmlichen“ Lösung zugeführt. In der Regel legt der Angeklagte ein Geständnis bzw. Teilgeständnis ab und erhält dann die mehr oder weniger punktgenau „ausgehandelte“ Strafe²¹².

Daraus könnte man schließen, dass die verfahrensbeendenden Absprachen an keine gesetzlichen Anforderungen gebunden sind. Fraglich ist jedoch, ob diese konsensorientierte Erledigungsform generell-abstrakten Prinzipien der Strafprozessordnung gerecht wird, genauer gesagt, ob die Absprachepraxis einen „Bruch mit wesentlichen Grundsätzen des auf

²⁰⁹ Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 1223; Schroeder, Strafprozessrecht, Rn. 395.

²¹⁰ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 76 Rn. 1.

²¹¹ Küpper/Bode, Jura 1999, 351 f.

²¹² Weßlau, Konsensprinzip, S. 5 f.

Wahrheitsermittlung und materielle Gerechtigkeit abzielenden (bisherigen) deutschen Strafverfahrens“²¹³ darstellt oder aber eine Erledigungsform, die mit dem geltenden Prozessrecht vereinbar ist und viele Vorteile bringt²¹⁴.

Diese Frage macht deutlich, dass es bei der Diskussion über die Absprachepraxis nicht um einen untergeordneten Bereich des Strafverfahrens geht, sondern um nicht weniger als die Entstehung eines in seinen Grundsätzen neuen Verfahrenstyps, der im Gegensatz zu dem Strafverfahren steht, das hierzulande (und auf dem ganzen europäischen Festland) seit Jahrhunderten praktiziert worden ist²¹⁵. Hinsichtlich der Wahrheitsfindung sind insbesondere die Urteilsabsprachen, die sich auf das Ergebnis des Verfahrens beziehen, problematisch²¹⁶.

Diesbezüglich halten der Bundesgerichtshof und ebenso das Bundesverfassungsgericht Absprachen im Strafprozess grundsätzlich für zulässig. Absprachen über strafgerichtliche Entscheidungen haben sich in der deutschen Verfahrenswirklichkeit fest etabliert²¹⁷.

3.1 Gründe für das Auftreten von Urteilsabsprachen

Für ein umfassendes Verständnis der Absprachen sowie deren spätere Bewertung ist es zunächst notwendig, die Gründe für ihr Auftreten aufzuzeigen.

3.1.1 Rechtspraktische Aspekte²¹⁸

Die Absprache kann nur dann erfolgreich praktiziert werden, wenn die Zusammenarbeit für alle Beteiligten vorteilhaft verläuft. Werden die Interessen eines Teilnehmers nicht oder nicht genügend berücksichtigt, so kommt entweder keine Absprache zustande, oder aber die Gefahr des späteren Scheiterns erhöht sich um ein Vielfaches.

²¹³ Weigend, NStZ 1999, 57.

²¹⁴ Vgl. Weßlau, Konsensprinzip, S. 6.

²¹⁵ Weigend, NStZ 1999, 57.

²¹⁶ Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 104 f. Diesbezüglich schreibt Schünemann, StV 2000, 159, 165, Fn. 38, dass die Durchsetzung der Absprachepraxis einen tieferen Einschnitt darstellt als die Etablierung des reformierten Strafprozesses im 19. Jahrhundert.

²¹⁷ Weigend, NStZ 1999, 57.

²¹⁸ Die praktischen Gründe sind erfreulicherweise schon Gegenstand einer Reihe umfänglicher Untersuchungen gewesen, so dass die folgende Darstellung hieran nahtlos anknüpfen und sich auf die Wiedergabe der wesentlichen Aspekte beschränken kann; vgl. Rönnau, Absprache, S. 42 ff.; Siolek, Verständigung, S. 56 ff.; Gerlach, Absprachen, S. 21 ff.; Tschewinka, Absprachen, S. 21 ff.; Janke, Verständigung und Absprachen, S. 22 ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 31 ff.; Satzger, Absprachen, S. 1362 f.

3.1.1.1 Das Interesse der Justizorgane

Die Gründe für das Auftreten von Absprachen liegen primär in der Entlastung der Strafjustiz. Im Jahre 1991 stellte die Große Strafrechtskommission des deutschen Richterbundes in den so genannten „Münsteraner Thesen“²¹⁹ fest, dass die Hauptursache für die Verständigungspraxis die arbeitsmäßige Belastung der Justiz sei.

Die schon vorhandenen Formen der vereinfachten Erledigung – das Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO und das Einstellungsverfahren nach § 153a StPO – reichen wegen ihres begrenzten Anwendungsbereichs zur wirksamen Entlastung der Justiz anscheinend nicht aus. Eine hohe arbeitsmäßige Belastung und unzureichende personelle bzw. technische Ausstattung erhöhen daher die Absprachebereitschaft der Strafjustizorgane.

Die Absprachen dienen also aus der Sicht der beteiligten Rechtspflegeorgane der Verfahrensbeschleunigung und Verfahrensvereinfachung. Teilweise wird sogar behauptet, dass den Urteilsabsprachen eine unverzichtbare Entlastungswirkung für die Strafrechtspflege zukomme²²⁰. Nach Auffassung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs könnte mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen²²¹.

Die Belastung der Gerichte wird auch durch die Untersuchungen von Schünemann bestätigt²²². Demnach hat der Geschäftsanfall in Strafsachen vom Anfang der 70er Jahre bis zu den frühen 80er Jahren überproportional zugenommen.

Die Gründe für die Überlastung der Justizorgane sind äußerst vielschichtig und miteinander verknüpft, teilweise bedingen sie sich gegenseitig. Ohne Erläuterung im Detail können folgende Gründe ausgemacht werden:

Eine wesentliche Ursache ist die Ausdehnung des materiellen Strafrechts. Zudem verwendet der Gesetzgeber zunehmend unbestimmte Rechtsbegriffe, wodurch erhebliche Beweisschwierigkeiten entstehen. Die aus dieser Situation resultierenden rechtlichen Probleme im Bereich der Umwelt-, Wirtschafts- und Betäubungsmittelstrafverfahren sind so kompliziert, dass häufig nur eine Absprache hilft, ein jahrelanges Verfahren zu vermeiden²²³.

²¹⁹ Vgl. den Abdruck der Thesen bei Kintzi, JR 1990, 309, 310.

²²⁰ So BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235.

²²¹ BGHSt 50, 40 = BGH NJW 2005, 1440.

²²² Vgl. Schünemann, Absprachen, S. 28 ff.; Rönnau, Absprache, S. 43 f.

²²³ Vgl. Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 354; Rönnau, Absprache, S. 44 ff.

Häufig wird der „energische“ Gebrauch von Verfahrensrechten als Grund für die Überlastung der Justiz genannt. Die Strafprozessordnung bietet der Verteidigung eine große Bandbreite an Möglichkeiten, um die Interessen des Mandanten zu vertreten (Stellung von Beweisanträgen, Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit des Richters usw.)²²⁴.

Auch die den Strafverfahren zunehmend zugrunde liegenden Sachverhalte mit internationalen Verflechtungen machen die Verfahren bereits in tatsächlicher Hinsicht kompliziert und die Aufklärung des angeklagten Geschehens in der Hauptverhandlung schwierig und langwierig²²⁵.

3.1.1.2 Das Interesse des Verteidigers

Die Verteidigung verfolgt selbstverständlich eigene Interessen. Die Absprachepraxis erweist sich auch für den Strafverteidiger regelmäßig als vorteilhaft. Er hat durch den Abschluss von Absprachen den Vorteil einer Zeitersparnis bei gleichbleibender oder sogar erhöhter Honorierung und kann in der freien Zeit gegebenenfalls mehrere andere Mandanten betreuen²²⁶. Die erfolgreiche Absprache hat den zusätzlichen Effekt, dass der Anwalt die ausgehandelte Vereinbarung dem Mandanten gegenüber als Erfolg seines professionellen Einsatzes, seiner Sachkunde und seines Verhandlungsgeschicks darstellen kann²²⁷.

3.1.1.3 Das Interesse des Beschuldigten

Der Abspracheinhalt wird auch maßgeblich durch die Berücksichtigung von Interessen des Beschuldigten beeinflusst, der bei den Verhandlungen regelmäßig durch seinen Verteidiger vertreten wird.

Aus Sicht des Beschuldigten ist der überragende Grund für eine Absprache die Aussicht auf eine Strafmilderung und der damit gegebenenfalls einhergehenden Möglichkeit einer Strafaussetzung zur Bewährung. Dies entspricht auch der Idee der Absprache als ein gegenseitiges Nachgeben im Sinne eines „do ut des“. Zudem kann eine Absprache wegen der raschen Verfahrensbeendigung dem Beschuldigten eine psychische und teilweise finanzielle Belastung ersparen. Ein Großteil der Spannungen, die einem Strafprozess innewohnen, wird durch die Absprache abgebaut. Kooperation im Strafverfahren eröffnet die Möglichkeit zu einem menschlicheren, harmonischeren Strafverfahren²²⁸.

²²⁴ Vgl. Schmitt, GA 2001, 411, 416 f.; Rönnau, Absprache, S. 46 ff.

²²⁵ Landau/Eschelbach, NJW 1999, 321.

²²⁶ Rönnau, Absprache, S. 56.

²²⁷ Weigend, JZ 1990, 774, 775.

²²⁸ Vgl. Rönnau, Absprache, S. 53 f.

Der Beschuldigte kann durch eine Urteilsabsprache auch einen hohen Grad an Sicherheit hinsichtlich der Schuld- und Straffrage in einer Phase des Verfahrens erzielen, die herkömmlicherweise durch eine große Unsicherheit geprägt ist. Für ihn kann es daher ein Gewinn sein, sich bereits frühzeitig auf eine abgesprochene Strafe einstellen zu können, zumal ein Freispruch nach der derzeitigen Praxis nur selten ergeht, so dass damit kaum jemals sicher gerechnet werden kann²²⁹.

Davon am meisten profitiert derjenige, der zwar die ihm vorgeworfene Tat wirklich begangen hat, aber über ausreichende Ressourcen verfügt, um die Beweislage so zu verwischen, dass er für eine Erleichterung des Verfahrens, insbesondere durch Ablegen eines Geständnisses, einen hohen Gewinn (in Form eines Strafnachlasses) erzielen kann. Im Gegensatz dazu verliert zum einen derjenige Angeklagte, der bereits im Ermittlungsverfahren - unbedacht oder unberaten - ein Geständnis abgelegt hat und dessen Kooperationsbereitschaft im Hauptverfahren daher keinen Mehrwert mehr besitzt; und zum anderen derjenige, der wegen tatsächlicher Unschuld oder zumindest in gutem Glauben (*bona fide*) seine Schuld bestreitet, sich auf keinen Handel einlässt und daher bei einer Verurteilung die volle abschreckende Wucht des Gesetzes zu spüren bekommt²³⁰.

In diesem Zusammenhang ist jedoch auffällig, dass der Beschuldigte nur in den seltensten Fällen direkt an den Verhandlungen teilnimmt. Er kann meist nur über seinen Anwalt Einfluss auf den Inhalt der Absprache nehmen²³¹. Rund 40-50% der Verteidiger entscheiden sogar allein, ohne Konsultierung des Beschuldigten, über die Aufnahme von Gesprächen²³². Die Interessen der Verteidigung entsprechen allerdings nicht immer vollständig denen des Beschuldigten. Daraus kann sich die Gefahr einer Interessenverlagerung bei der Anwaltschaft zu Lasten des Beschuldigten ergeben. Diese Gefahr darf nicht unterschätzt werden.

²²⁹ Vgl. hierzu ausführlich Albrecht, *Kriminologie*, § 23; Siolek, *DRiZ* 1989, 321, 327 nennt eine Zahl von lediglich 3 % aller Anklagen, bei denen es zu Freisprüchen kommt; ebenso Schünemann, *NJW* 1989, 1898 (Freispruchsquote von 3 %). Seither hat sich nichts Wesentliches geändert. Nach der Strafverfolgungsstatistik 2005 betrug die Freispruchsquote bezüglich aller 807.427 Abgeurteilten 3,15 % (berechnet nach Statistisches Bundesamt, *Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung 2005*, Wiesbaden 2007, S. 54 f.).

²³⁰ Weigend, *FS-BGH IV*, S. 1011, 1012.

²³¹ Vgl. Rönnau, *Absprache*, S. 34 f.

²³² Weichbrodt, *Konsensprinzip*, S. 133.

3.1.2 Rechtstheoretischer Aspekt: Der Wandel des Wahrheitsbegriffs

3.1.2.1 Ziel und Umfang der Wahrheitserforschung im Strafverfahren

Heute werden im Wesentlichen folgende drei Ziele des Strafverfahrens genannt: Durch das Strafverfahren soll a) materiell richtig, b) in prozessordnungsmäßiger Weise über die Schuld bzw. die Unschuld des Beschuldigten entschieden und c) damit Rechtsfrieden geschaffen werden²³³. Das Strafverfahren soll daher unter anderem nach der These von Eberhard Schmidt zur Verwirklichung des materiellen Strafrechts dienen²³⁴. Demnach ist ein Ziel des Verfahrens die Aufklärung des Sachverhalts, also die Ermittlung der Wahrheit. Das Verfahrensziel der materiellen Wahrheitsfindung besteht konkret darin, dass durch die Rekonstruktion eines Lebensverhältnisses²³⁵ die Grundlage für ein gerechtes Urteil geschaffen wird.

Die so genannten Maximen bzw. Prinzipien des Strafverfahrens einschließlich der Instruktionsmaxime stellen selbst kein Verfahrensziel dar, sondern dienen lediglich der Durchsetzung materieller Wahrheitsfindung, d. h., durch die Wahrheitsfindung, die seit dem Inquisitionsprozess erstrebt wird, kann das materielle Strafrecht richtig angewendet werden, während durch die Einhaltung der Prinzipien, die seit dem reformierten Strafprozess zugunsten des Beschuldigten entstanden sind, die Urteile justizförmig einwandfrei gewonnen werden können²³⁶. Die durch das Strafverfahren gefundene Wahrheit ist also die Grundlage eines Rechtsspruchs, der für die Tat nach Maßgabe des materiellen Rechts Personen Verantwortung zuweist und den durch den Tatverdacht gestörten Rechtsfrieden wiederherstellen soll.

In diesem Zusammenhang gilt es allerdings zu beachten, dass die Ermittlung der Wahrheit nicht Endzweck des Verfahrens, sondern allenfalls ein Zwischenziel sein kann. Die Wahrheitserforschung ist daher funktional in Bezug auf die materielle Richtigkeit (ein gerechtes Urteil) zu begreifen und stellt keineswegs einen selbständigen Prozesszweck dar. Dies zeigt sich schon daran, dass am Ende des Strafverfahrens nicht die Verlesung eines Protokolls über den Tathergang, sondern die Verkündung einer Entscheidung steht²³⁷. Die Voraussetzung des Schuldspruchs kann auch nicht die Identität von Schuldvorwurf und

²³³ Vgl. Roxin, Strafverfahrensrecht § 1 Rn. 2; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 3 ff.; Volk, Strafprozessrecht, § 3 Rn. 1 ff.; zur Förderung des Rechtsfriedens siehe auch unten 4.3.1 sowie 5.3.2.2.3.

²³⁴ Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rn. 24; auf dieser Linie KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 1 (dort unter Hinweis auf BVerfGE 51, 324, 343 f.)

²³⁵ KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 17.

²³⁶ Eser, ZStW 104 (1992), 361, 362 f.

²³⁷ Weigend, Deliktsoffer, S. 178.

Wirklichkeit sein, sondern die Überzeugung des Richters von der Schuld des Angeklagten (§ 261 StPO).

Hinsichtlich des Zieles der materiellen Richtigkeit muss das Strafverfahren darauf abgestellt sein, dem materiellen Strafrecht in einer dem wahren Sachverhalt entsprechenden Weise zur Durchsetzung zu verhelfen. Durch die Funktionalität der Wahrheitsfindung in Bezug auf das Verfahrensziel erhält die Wahrheit im Prozess nur „einen bestimmten Zuschnitt“. Sie beschränkt sich auf die Tatbestände des materiellen Strafrechts. Nur das tatbestandsmäßig umschriebene tatsächliche Geschehen, das für die jeweils zu treffende Entscheidung bedeutsam ist, bedarf einer möglichst wirklichkeitskongruenten Feststellung. Die „ganze Wahrheit“ zu erfassen – so wie etwa die Ereignisse der Außenwelt in ihrer Gesamtheit Gegenstand der historischen Forschung sind - oder einer anderen erkenntnisleitenden Blickrichtung voll gerecht zu werden, kann nicht im Interesse des Gerichts liegen²³⁸. In diesem Sinne erscheint es vertretbar, von einer prozessualen oder forensischen Wahrheit zu sprechen, deren Gegenstand durch die jeweils anzuwendenden rechtlichen Vorgaben bestimmt wird²³⁹.

3.1.2.2 Normative Grenzen der Wahrheitserforschung

Die oben genannten Verfahrensziele können in mancher Hinsicht miteinander in Widerspruch geraten. Denn während die materielle Richtigkeit einer Entscheidung unter Umständen eine „Wahrheitsermittlung um jeden Preis“ voraussetzt, können diesem Ziel Erfordernisse rechtsstaatlicher Justizförmigkeit entgegenstehen, so etwa, wenn eine Befriedung am ehesten durch einvernehmlichen Täter-Opfer-Ausgleich herzustellen ist, dies aber den Vorstellungen materieller Gerechtigkeit widerspricht²⁴⁰. Daraus ergibt sich, dass keines der in Frage stehenden Prozessprinzipien absolute Geltung beanspruchen kann, sondern dass ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen ihnen herzustellen ist („praktische Konkordanz“). Das Prinzip der materiellen Wahrheit bildet insoweit keine Ausnahme.

So darf die Wahrheit „nicht um jeden Preis“ erforscht werden, sondern sie tritt vielmehr in den Hintergrund, wenn es vorrangige Interessen zu schützen gilt²⁴¹. Solche Grenzen werden vor allem durch die Beweisverbote gezogen. Beispielhaft hierfür ist das Verbot, illegal beschlagnahmte Beweismittel zu verwerten.

Zudem begrenzen die das sog. Strengbeweisverfahren regelnden Vorschriften die Wahrheitserforschung auf die Benutzung bestimmter Mittel und Verfahrensweisen und verbieten damit die Möglichkeit, sich auf andere Weise Gewissheit zu verschaffen. Nur im Strengbeweisverfahren gewonnene Erkenntnisse dürfen also in die richterliche

²³⁸ Zur Analyse siehe Krauß, FS-Schaffstein, S. 417.

²³⁹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. H Rn. 26; Weßlau, Konsensprinzip, S. 20.

²⁴⁰ Eser, ZStW 104 (1992), 361, 362.

²⁴¹ BGHSt 14, 358, 365; 38, 214, 220.

Überzeugungsbildung einfließen²⁴². Weiterhin können das Verfassungsrecht und das einfache Recht die Nutzung bestimmter Erkenntnisquellen oder bestimmter Methoden des Zugriffs auf Erkenntnismöglichkeiten untersagen. Dementsprechend ist der Beschuldigte aufgrund des nemo-tenetur-Prinzips nicht verpflichtet, zur Wahrheitserforschung beizutragen. Dem Revisionsgericht ist - wie sich aus der Struktur des Revisionsrechts ergibt - jedenfalls zur Schuld- und Rechtsfolgenfrage eine eigene Wahrheitsermittlung verschlossen²⁴³.

3.1.2.3 Faktische Grenzen der Wahrheitserforschung

Wahrheit bedeutet nach der auf Aristoteles zurückgehenden Definition der Scholastik die „adaequatio intellectus et rei“, die Übereinstimmung des Denkens mit seinem Gegenstand; die wichtigste Prüfungsbedingung ist das Verbot von Widersprüchen²⁴⁴. Demnach wird ein Urteil bezüglich der Tatsachenfeststellung²⁴⁵ als wahr bezeichnet, wenn es auf einer mit der Realität übereinstimmenden Ermittlung und Feststellung der tatsächlichen Grundlagen beruht. Der in § 244 Abs. 2 StPO verankerte Terminus „Wahrheit“ ist in diesem Zusammenhang als Übereinstimmung von Vorstellung und Wirklichkeit im Sinne eines geschichtlichen Vorgangs zu verstehen²⁴⁶. In dieser Perspektive dient das Verfahren dazu, diese als quasi ontologisch verstandene „präprozedurale“ objektive Wahrheit und damit (materielle) Gerechtigkeit ans Licht zu bringen. Dem Strafverfahren für sich genommen wird konzeptionell dann keine autonome Position zuerkannt²⁴⁷.

Schon der Begriff der Erkenntnis setzt aber voraus, dass jemand – ein Subjekt – etwas – ein Objekt – erkennt²⁴⁸. Damit wird die erkenntnistheoretische Frage nach dem Inhalt der Wahrheit als dem erreichbaren Grad an Übereinstimmung der Vorstellung einer Wirklichkeit mit ihrer Realität aufgeworfen. Durch die menschliche Eigenschaft wird Realität nur fragmentarisch und zudem subjektiv eingefärbt wahrgenommen²⁴⁹. So wird geltend gemacht, dass es außerhalb kommunikativer menschlicher Prozesse „das Label der Täterschaft“ nicht geben könne²⁵⁰. Diese Defizite menschlicher Erkenntnismöglichkeiten stellen den

²⁴² Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 35 f.

²⁴³ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. H Rn. 31.

²⁴⁴ Spendel, JuS 1964, 465; Adomeit, JuS 1972, 628, 629.

²⁴⁵ Eine Wahrheitserforschung wird im Strafprozess gemäß den drei strafrichterlichen Grundfunktionen in dreifacher Hinsicht notwendig: im Rahmen der Tatsachenfeststellung, der Rechtsanwendung und der Strafzumessung. Hier ist nur der erste Aspekt gemeint; vgl. Spendel, JuS 1964, 465, 466.

²⁴⁶ So im Sinne der Korrespondenztheorie; vgl. Trüg/Kerner, FS- Böttcher, S. 191, 192; Adomeit, JuS 1972, 628 ff.; Käßer, Wahrheitserforschung, S. 9 ff.; Stamp, Wahrheit, S. 33 ff.; vgl. auch Paulus, FS-Spendel, S. 687, 688 mit dem Befund, dass für das Strafverfahren „nahezu einhellig“ die Übereinstimmung der Aussage des Gerichts mit der Wirklichkeit als „Wahrheit“ definiert wird.

²⁴⁷ Vgl. Trüg/Kerner, FS-Böttcher, S. 191, 193; Schünemann, StV 1993, 657, 658.

²⁴⁸ Käßer, Wahrheitserforschung, S. 29.

²⁴⁹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. B Rn. 14.

²⁵⁰ Hassemer, Einführung, S. 65.

Idealzustand der Rekonstruktion historischer Wahrheit unter nicht unerhebliche Vorbehalte²⁵¹. Faktische Belege finden sich in den nicht gerade häufigen empirischen Erhebungen zu Fehlurteilen und deren strukturelle rechtliche Anerkennung zeigt sich an der Existenz von Rechtsmittelverfahren und ferner am Institut der Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff. StPO)²⁵². In eine ähnliche Richtung gehen auch die Erkenntnisse aus der rechtstheoretischen Forschung. Nach dem Erkenntnisstand der modernen Methodenlehre dürfte die Vorstellung, der Richter könne in einem monologischen Verfahren aus den jeder Position entzogenen Vorgaben des materiellen Rechts stets die (einzig) „richtige“ Entscheidung ableiten, heute als überwunden gelten²⁵³.

Dies hat zur Folge, dass die (objektive) Wahrheit nicht ergründet werden kann. Eine „justizielle Wahrheit“ ist demgegenüber selbst keine schon vorab „ausgeprägte Münze“ (Hegel), sondern erst ein Produkt des Verfahrens²⁵⁴. Insofern ist die These des Rechtssoziologen N. Luhmann²⁵⁵ nicht falsch, dass das Strafverfahren ein Prozess zur Neukonstruktion von historischer Realität sei, der sich zwar an der historischen Wahrheit orientiere, aber durch spezifische Instrumente der Reduktion von Komplexität geprägt sei und eine eigene prozedurale Realität gewinne.

Dennoch wird die Ausrichtung des Verfahrens an der Wahrheitsfindung durch die Unzulänglichkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern nur in seiner konkreten Implementierung relativiert und damit der besonderen Fürsorge irrtumsvermeidender Mechanismen des Verfahrensrechts empfohlen²⁵⁶. Dabei verkennt Luhmann, dass die begrenzte Rekonstruktion oder die Neukonstruktion von historischer Realität insoweit nicht Ziel, sondern erkenntnistheoretisch begründete Schwäche des Strafverfahrens ist²⁵⁷. Entgegen der Luhmann'schen Sichtweise erklärt Habermas zu Recht, dass ein Verfahren sich doch niemals aus sich selbst heraus „legitimieren“ könne, sondern „stets nur indirekt, durch Verweisung auf Instanzen, die ihrerseits anerkannt sein müssen“ und deren Entscheidungen „als die Erfüllung anerkannter Normen gelten dürfen“²⁵⁸. Die Legitimierbarkeit des Prozessergebnisses hängt also in Wirklichkeit nicht davon ab, ob die Übereinstimmung der Feststellungen mit der historischen Realität erreicht worden ist,

²⁵¹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. B Rn. 20.

²⁵² Trüg/Kerner, FS-Böttcher, S. 191, 194.

²⁵³ Hassemer, Einführung, S. 61; Weßlau, Konsensprinzip, S. 145.

²⁵⁴ Vgl. Duttge, ZStW 115 (2003), 539, 544.

²⁵⁵ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 40 ff.

²⁵⁶ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. B Rn. 21.

²⁵⁷ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 1.

²⁵⁸ Vgl. Habermas/Luhmann, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie?, S. 244; daran anschließend Duttge, ZStW 115 (2003), 539, 549: „[...] erweist sich das Konzept einer ‚Legitimation durch Verfahren‘ daher lediglich als eine Art ‚Teilerklärung‘, die das Wesentliche jedoch nicht zu erfassen vermag (und auch gar nicht erfassen will!).“

sondern davon, ob die prozessualen Gebote, die eine möglichst weitgehende Annäherung an die Wahrheit gewährleisten sollen, eingehalten worden sind²⁵⁹. Außerdem enthält das Verfahrensrecht für diesen Fall der Unergründbarkeit der Wahrheit eine normative Entscheidungsregel, den Grundsatz in dubio pro reo.

3.1.2.4 Wahrheitserforschung durch Konsens als Legitimation der Absprachepraxis?

Wie dargestellt, gibt es keine „Wahrheit“ wie ein vergrabenes Goldstück im Sinne der Korrespondenztheorie. Aber das bedeutet nicht, sich dem Agnostizismus zu ergeben. Vielmehr ergibt sich nach den modernen prozeduralen Wahrheits- und Gerechtigkeitstheorien die Wahrheit einer empirischen Aussage bzw. die Gerechtigkeit einer Entscheidung aus der Befolgung bestimmter Verfahrens- bzw. Diskursregeln²⁶⁰. Demnach gelte der Konsens der beteiligten Beobachter als Wahrheitskriterium. Der Konsens sei zwingend. Denn wenn es kein objektives Kriterium wahrer Erkenntnis gebe, so müsse die Übereinstimmung der beteiligten Subjekte das Wahr-Zeichen sein. Oder anders ausgedrückt: Wenn die Wahrheit nicht in den Inhalten, den Gegenständen liege, so müsse man sie im Verfahren suchen, welches sich mit diesen Gegenständen befasse²⁶¹.

Gerade weil die gegenwärtige Verfahrensstruktur tatsächlich keine unverzerrte Annäherung an die materielle Wahrheit ermöglicht, ist die Akzeptanz gestiegen, sich mit dem Angeklagten „zu einigen“²⁶². Dementsprechend tritt in der Hauptverhandlung das „Rechtsgespräch“ an die Stelle der Autorität des Gerichts, um Standpunkte auszutauschen. Die gestiegene Bereitschaft zum Dialog fördert auch das Bestreben, den Versuch nach einem Konsens beim Ergebnis zu suchen²⁶³. Dies räumt der Mitwirkung des Angeklagten an der Verhängung und der Akzeptanz der Sanktion einen hohen Stellenwert ein und hat zur Förderung der Praxis der Verständigung beigetragen. Die autoritative Verhängung einer obrigkeitlichen Sanktion wird also durch die allseits akzeptierte „Vereinbarung“ abgelöst²⁶⁴.

Beachtenswert in diesem Zusammenhang ist die Feststellung im sog. Lügendetektor-Urteil des 1. Senats des Bundesgerichtshofs, in dem der Senat bezüglich der Frage, ob rechtskräftige Gerichtsurteile die Richtigkeit eines entsprechenden Polygraphentests „beweisen“ können, ausführt: „Gerichtsurteile oder panel-Entscheidungen mögen der Wahrheit näher kommen, wenn sie auf einer umfassenden Sachverhaltsaufklärung beruhen.

²⁵⁹ Weßlau, Konsensprinzip, S. 185 f.

²⁶⁰ Zur Rezeption dieser philosophischen Theorien in der Wissenschaft vgl. Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, S. 134 ff.; Hassemer, Einführung, S. 131 ff.; Neumann, ZStW 101 (1989), 52, 69 f.

²⁶¹ Vgl. nur Hassemer, Einführung, S. 131; Hamm/Hassemer/Pauly, Beweisantragsrecht, Rn. 24.

²⁶² Rönna, Absprache, S. 59 f.

²⁶³ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 146.

²⁶⁴ Vgl. Lüderssen, StV 1990, 415; Hanack, StV 1987, 500 ff.

Mehr als eine *mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit* [Herv.d.Verf.] bieten aber auch sie nicht.“²⁶⁵

Nach Weider²⁶⁶ scheint die Entwicklung dahin zu gehen, dass die im Strafprozess anzustrebende Ermittlung des wahren Sachverhalts ersetzt wird durch die Kooperation mit dem Angeklagten mit dem Ziel der Akzeptanz des Ergebnisses. Hierbei tritt Jahn²⁶⁷ als ein Absprachebefürworter weiterhin dafür ein, dass die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens angesehen werden könne und führt aus: „Der Diskurs im Strafverfahren kann also in Abgrenzung zum überlieferten deutschen Prozessmodell überhaupt nicht dazu dienen, eine ontologisch vorgegebene Wahrheit zu finden. Er ist auch [...] kein Vehikel, um Wahrheit zu erzeugen. [...] Wahrheit ist Konsens.“²⁶⁸ Um die Urteilsabsprache dogmatisch begründbar zu machen, bringt der Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer sehr deutlich zum Ausdruck, dass ein solches legitimierendes Prinzip das Konsensprinzip sei, so dass die Instruktionsmaxime preisgegeben werden könne²⁶⁹.

Da die objektiv vorgegebene Wahrheit nicht zu ermitteln ist und somit die Bedeutung der Aufklärungspflicht des Gerichts für ein wahrheitsgetreues Urteil nicht überwertet werden darf, erscheint schließlich ein durch Kooperation und Konsens geprägtes Prozessmodell für die theoretische Diskussion zumindest nicht mehr ausgeschlossen²⁷⁰. Fraglich ist aber, ob die Legitimation der Absprachepraxis bzw. der zukünftigen gesetzlichen Abspracheregelung mit einem „Konsens“ begründet werden kann. Mit dieser Frage wird sich die vorliegende Arbeit später noch eingehend befassen²⁷¹.

3.2 Die Rechtswirklichkeit der Urteilsabsprache und die Kritik aus der Wissenschaft

3.2.1 Rechtswirklichkeit der Urteilsabsprache

Die Absprachen in Deutschland sind ein Produkt der Praxis und noch immer ohne gesetzliche Stütze. Deshalb soll zunächst Klarheit über die Dimensionen der zu untersuchenden Praxis geschaffen werden. Leider wird in Deutschland generell nur wenig empirische Forschung zur Rechtswirklichkeit der Absprachepraxis betrieben. Berichten aus

²⁶⁵ BGH StV 1999, 74, 79; dazu Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 146.

²⁶⁶ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 147.

²⁶⁷ Jahn, GA 2004, 272.

²⁶⁸ Jahn, GA 2004, 272, 279.

²⁶⁹ Abgedruckt in ZRP 2005, 235, 236.

²⁷⁰ Rönnau, Absprache, S. 59 f.

²⁷¹ Vgl. unten 5.3.2.

der Praxis zufolge soll in 30-40% aller Strafverfahren zumindest der Versuch einer Absprache unternommen worden sein²⁷². Nach einer 1987 durchgeführten repräsentativen Umfrage von Schünemann unter ca. 1200 deutschen Strafrichtern, Staatsanwälten und Verteidigern sollen zwischen 10 und 27% aller Erledigungen durch Urteil infolge einer Verständigung – verfahrensabkürzendes Geständnis gegen moderate Verurteilung – zustande gekommen sein²⁷³. Siolek stellte bei seiner auf Wirtschaftskammern beschränkten Untersuchung einen Anteil von bis zu 60% und mehr fest²⁷⁴. Bedauerlicherweise liegen neuere Zahlen nicht vor; es ist aber von einer steigenden Tendenz auszugehen, da sich der Anwendungsbereich stetig ausgeweitet hat. Bei den Steuer-, Umwelt- und Wirtschaftsstrafsachen spielen die Absprachen in der Praxis eine große Rolle, weil die Fälle dort oft so umfangreich und rechtlich kompliziert sind, dass sie kaum noch mit den Methoden des „normalen“ Strafverfahrens bewältigt werden können. Mittlerweile sind viele Arten von Gewaltdelikten, darunter auch (und gerade) Sexualdelikte sowie vorsätzliche Tötungsdelikte und ferner Staatsschutzdelikte Gegenstand von Absprachen²⁷⁵. Absprachen kommen in allen Verfahrenstypen, Gerichtsbezirken und Deliktsbereichen vor²⁷⁶. Von Bedeutung sind dabei jedoch nur die erstinstanzlichen Verfahren, nicht dagegen die Berufungsverfahren²⁷⁷.

3.2.2 Zur Kritik aus der Wissenschaft an der Absprachepraxis

Die Literatur steht der Zulässigkeit der Absprache überwiegend skeptisch gegenüber, da die vom Gesetz nicht vorgesehene Urteilsabsprache gegen grundlegende Prinzipien des Strafverfahrens verstoße und Essentialia des rechtsstaatlichen Verfahrens verletze²⁷⁸. Schünemann²⁷⁹ wertet die Absprachen als Generalangriff auf die Struktur des deutschen Strafverfahrens, die man als die Idee der Urteilsfindung auf der Basis der allein in der Hauptverhandlung zu findenden materiellen Wahrheit durch das von den selbst aktiv

²⁷² Dahs, NStZ 1988, 153.

²⁷³ Schünemann, NJW 1989, 1896; kritisch dazu Kintzi, JR 1990, 309, 312.

²⁷⁴ Siolek, Verständigung, S. 33.

²⁷⁵ Siehe zusammenfassend Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 109 f.; vgl. auch Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 30 f.

²⁷⁶ Schünemann, NJW 1989, 1896.

²⁷⁷ Siolek, Verständigung, S. 33 f.

²⁷⁸ Ausführlich Dencker/Hamm, Vergleich, S. 53 f.; Schünemann, Absprachen, S. 66 ff., 80 ff.; Rönna, Absprache, S. 217 ff.; Gerlach, Absprachen, S. 50 ff.; Janke, Verständigung und Absprachen, S. 93 ff.; Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 356 ff.; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 51 ff.; siehe zusammenfassend Weigend, JZ 1990, 774, 777 f.; Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 119 ff.; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 395; Kerner, Strafverfahrensrecht, S. 80.

Im Gegensatz zur Strafrechtswissenschaft halten überwiegend aus der Praxis kommende Autoren die Absprache unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig; vgl. Widmaier, StV 1986, 357; Dahs, NStZ 1988, 153; Böttcher/Dahs/Widmaier, NStZ 1993, 375 ff.

²⁷⁹ Schünemann, StV 1993, 657, 659.

mitwirkenden Verfahrensbeteiligten kontrollierte Gericht bezeichnen könnte. Küpper/Bode²⁸⁰ halten die heutige Verfahrenswirklichkeit der Absprache über Prozessumfang und den Inhalt des Urteils „in fast allen Fällen für verfassungswidrig“.

Die wissenschaftliche Kritik an der derzeitigen Absprachepraxis bezieht sich hauptsächlich auf die im Folgenden dargestellten Grundsätze des Strafverfahrens.

3.2.2.1 Verletzung des Grundsatzes eines fairen Verfahrens

Der Grundsatz des „fair trial“ wird durch das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet und durch Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK konkretisiert²⁸¹. Völlig offen ist allerdings bis heute die Reichweite dieses Verfahrensgrundsatzes, also insbesondere die Frage, in welchen Fällen er ein bestimmtes Prozessverhalten vorschreibt und welche prozessualen Konsequenzen im Einzelfall gezogen werden müssen. Im Wesentlichen ist der Grundsatz des fairen Verfahrens im Strafprozess durch einzelne von der Rechtsprechung entwickelte Fallgruppen konkretisiert worden²⁸². Insbesondere im - nach geltendem Recht - nicht geregelten Bereich der Absprachen kommt ihm ein besonderer Stellenwert zu²⁸³.

In der Literatur wird eine Verletzung dieses Grundsatzes durch die Absprachepraxis bereits dann bejaht, wenn das Gericht den Angeklagten mit der Inaussichtstellung von Straferleichterungen in eine (milde) Verurteilung „drängt“²⁸⁴. Dieses Verhalten beeinträchtigt die Entschließungsfreiheit des Angeklagten bei seinem Verteidigungsverhalten.

3.2.2.2 Verletzung des Richtervorbehalts

Die rechtsprechende Gewalt ist nach Art. 92 GG den Richtern anvertraut. Demgemäß ist die Ausübung staatlicher Strafgewalt ausnahmslos von Richtern vorzunehmen²⁸⁵. Bei der Beantwortung der Frage, ob Absprachen im Strafprozess gegen das Richtermonopol gemäß Art. 92 GG verstoßen, kommt es entscheidend darauf an, welchen Einfluss Staatsanwaltschaft und Verteidiger auf das Ergebnis der Verhandlungen letztendlich haben.

²⁸⁰ Küpper/Bode, Jura 1999, 393, 400.

²⁸¹ Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn. 19; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 Rn. 9 f.

²⁸² Zu beispielhaften Entscheidungen, in denen aus dem fair-trial-Grundsatz konkrete Rechtsfolgen abgeleitet wurden, siehe nur Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 28.

²⁸³ Siolek, Verständigung, S. 142; ebenso Rieß, FS-Rebmann, S. 381, 396.

²⁸⁴ Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 357; AK-StPO/Schöch, Vor § 151 Rn. 17; Eser, ZStW 102 (1992), 361, 373; Rönnau, Absprache, S. 210 ff.; Schünemann, Absprachen, S. 115 ff.; anders Tscherwinka, Absprachen, S. 85, der erst in der Nichteinhaltung einer Absprache einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens sieht.

²⁸⁵ Vgl. BVerfGE 22, 49, 73 ff.; Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 2.

Im Einzelnen wird geltend gemacht, dass eine Verletzung des Richtervorbehalts des Art. 92 GG gegeben sei, wenn das Urteil nicht mehr allein das Ergebnis richterlicher Rechtsprechung, sondern vielmehr dasjenige eines Verhandels mit Vetorecht von Staatsanwaltschaft und Verteidigung sei²⁸⁶.

3.2.2.3 Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht ist nach Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet und auch in Art. 6 EMRK enthalten. Dem Beschuldigten muss Gelegenheit gegeben werden, sich vor Gericht zu den ihm gegenüber erhobenen Vorwürfen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu äußern, Anträge zu stellen und Ausführungen zu machen, und das Gericht muss seine Ausführungen zur Kenntnis nehmen und in seine Erwägungen einbeziehen²⁸⁷. Nach einer verbreiteten Ansicht werde dem Angeklagten bei einer Absprache diese Gelegenheit genommen, da sein rechtliches Gehör weitgehend von seinem Verteidiger wahrgenommen werde²⁸⁸. Selbst wenn dem Angeklagten das Ergebnis der Absprache gefalle, so werde ihm unmittelbar rechtliches Gehör oftmals nicht gewährt²⁸⁹.

3.2.2.4 Verstoß gegen die Unschuldsvermutung und den in-dubio-pro-reo-Grundsatz

Die Unschuldsvermutung ist in der Strafprozessordnung nicht ausdrücklich normiert. Nach überwiegender Ansicht wird dieser Grundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG²⁹⁰ und Art. 6 Abs. 2 EMRK hergeleitet²⁹¹. Zweifelhaft ist allein die sachliche Reichweite der Unschuldsvermutung²⁹². Nach ihr ist eine Person als unschuldig zu behandeln²⁹³ und solange vor der übermächtigen Staatsgewalt zu schützen²⁹⁴, bis ihr in einem gesetzlich geregelten Verfahren ihre Schuld nachgewiesen ist. Eine nennenswerte

²⁸⁶ Dencker/Hamm, Vergleich, S. 52 f. Ein derartiges Vetorecht besteht jedoch in der Absprachepraxis nicht. Der Richter behält bei der Absprachekommunikation immerhin die Alleinentscheidungskompetenz. Aufgrund der rechtlichen Unverbindlichkeit der Absprache ist der Richter in der Umsetzung der abgesprochenen Vereinbarung in jedem konkreten Einzelfall letztlich frei. Er behält also die volle Verantwortung für sein Urteil. Die Beispiele gescheiterter Absprachen, in denen das Gericht sich aufgrund einer geänderten Sachlage oder eines Meinungsumschwunges nicht mehr an die Vereinbarung halten konnte oder wollte, legen ein beredames Zeugnis dieser „Freiheit“ des Gerichts ab; vgl. Rönnau, Absprache, S. 205; Tscherwinka, Absprachen, S. 121 ff.

²⁸⁷ Ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. beispielsweise BVerfGE 69, 145, 148.

²⁸⁸ Siehe die empirische Untersuchung von Schönemann, NJW 1989, 1895, 1901.

²⁸⁹ Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 358.

²⁹⁰ BVerfGE 19, 342, 347; 22, 254, 265.

²⁹¹ Kühl, Unschuldsvermutung, S. 9 ff.

²⁹² Siehe zuletzt beispielsweise Kerner/Czerner, Die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug im Kontext europäischer und internationaler Instrumentarien zum Schutz der Menschenrechte, S. 12 ff.

²⁹³ BVerfGE 22, 254, 265.

²⁹⁴ Siehe Frister, Schuldprinzip, S. 84 f.

Aussagekraft darf die Unschuldsvermutung daher erst dann gewinnen, wenn man sie als Konkretisierung des verfassungsmäßigen Übermaßverbotes auffasst: Was einem in Wahrheit Unschuldigen schlechterdings nicht zugemutet werden kann, darf keinem Verdächtigen vor seiner rechtskräftigen Verurteilung auferlegt werden²⁹⁵. Das ist der (normative) Sinn der Unschuldsvermutung. Er ist eng verwandt mit dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit²⁹⁶. Kernbestand und verfahrensrechtliche Konsequenz der Unschuldsvermutung ist der Zweifelssatz „in dubio pro reo“, der sich an das Gericht wendet. Das Gericht muss nach § 261 StPO im Falle der Verurteilung von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein. Wenn das Gericht nach Abschluss der Beweiswürdigung tatsächlich die entsprechenden Zweifel hat, muss der Angeklagte freigesprochen werden²⁹⁷.

Der Verstoß gegen die Unschuldsvermutung durch Absprachen nimmt in der Literatur großen Raum ein. Nach Auffassung der Kritiker der Absprachepraxis verstößt bereits die Aufnahme von Kontaktgesprächen durch das Gericht zwecks späterer Absprache gegen die Unschuldsvermutung, da die Initiierung einer Absprache²⁹⁸ voraussetze, dass das Gericht den Angeklagten für schuldig halte. Der Richter mache sich also nicht erst im Laufe des Prozesses ein Bild von der Schuld des Angeklagten, sondern setze dessen Schuld als Ausgangspunkt für die Absprache voraus. In der Aufnahme der Abspracheverhandlung seitens des Gerichts wird also eine Quasi-Schuldunterstellung gesehen²⁹⁹.

Des Weiteren wird eine Verletzung der Unschuldsvermutung in dem Zweck der Absprache, die Hauptverhandlung entscheidend abzukürzen (und folglich keine ausreichende Sachaufklärung zu erreichen), gesehen. Durch diese Verletzung der Amtsaufklärungspflicht werde der freien Beweiswürdigung und damit dem in-dubio-pro-reo-Grundsatz der Boden entzogen³⁰⁰. Die Zweifelsregelung käme nämlich erst nach Vorliegen des Endergebnisses der Beweiswürdigung zum Zuge, wenn das Gericht die Mittel der Sachaufklärung erschöpft habe, um zu eindeutigen Feststellungen zu gelangen. Die Schuld des Angeklagten werde in den typischen Absprachefällen nicht hinreichend festgestellt; die Verurteilung finde auf der

²⁹⁵ BVerfGE 19, 342.

²⁹⁶ Volk, Strafprozessrecht, § 8 Rn. 4.

²⁹⁷ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 25; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 31.

²⁹⁸ Dazu auch unten 4.5.3.

²⁹⁹ Rönnau, Absprache, S. 176; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 57; Dencker/Hamm, Vergleich, S. 53 verlangt daher bei Absprachen eine Umkehr des Grundsatzes der Unschuldsvermutung in einen der Schuldvermutung. Demgegenüber weist Tscherwinka, Absprachen, S. 99 ff., 105 ff. darauf hin, dass ein Haftbefehl von den Gerichten mit der Höhe der zu erwartenden Strafe begründet werden kann. In dieser Verurteilungsprognose des Gerichts vor Beginn der Hauptverhandlung sehe niemand einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung. Daher sei auch die Aufnahme von Abspracheverhandlungen vor der Schuldspruchreife zulässig.

³⁰⁰ Vgl. Dencker/Hamm, Vergleich, S. 53; Rönnau, Absprache, S. 177; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 58.

Grundlage eines unsicheren Tatsachenwissens statt. Die Verurteilung des Angeklagten stelle also eine unzulässige Verdachtsstrafe dar³⁰¹.

Im Ergebnis hängt ein Verstoß einer Absprache gegen die Unschuldsvermutung bzw. den Grundsatz in dubio pro reo deshalb von der Frage ab, ob die Verurteilung durch das Gericht von der Instruktionsmaxime abweicht.

3.2.2.5 Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes

Der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet, dass wesentlich Gleiches rechtlich gleich zu behandeln ist und wesentlich Ungleiches rechtlich nicht gleich behandelt werden darf, sofern kein sachlicher Grund vorliegt³⁰².

In Bezug auf Absprachen könne – so die Kritiker - ein Verstoß zum einen darin liegen, dass gleich strafbares Verhalten nicht gleich behandelt werde, da es an einer rechtlichen Regelung fehle und die vielfältigen Gesichtspunkte, die das Ergebnis einer Vereinbarung beeinflussen könnten (Kommunikation der Abspracheteilnehmer, Bereitschaft der Prozessbeteiligten zur Absprache, Art des angeklagten Delikts, sozialer Status des Beschuldigten usw.), bei Absprachen zu zahlreichen Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund führten³⁰³. Speziell bei Mittätern erlange regelmäßig der „absprachebereite“ Angeklagte (eventuell sogar unter Belastung der anderen Angeklagten) eine Position bei der Strafzumessung, die gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoße³⁰⁴. Zudem sei in diesem Zusammenhang besonderes problematisch, dass derzeit der Angeklagte keinen „Anspruch“ auf Herbeiführung einer Absprache habe, wenn das Gericht sich darauf nicht einlassen wolle. Dies führe zu der Befürchtung, dass in umfangreichen und in angemessener Zeit kaum zu bewältigenden Wirtschafts- und Steuerstrafsachen eine Begünstigung wohlhabender Angeklagter stattfinde, während in Verfahren, die nach den Regeln der Strafprozessordnung mit geringerem Aufwand abgeschlossen werden können, eine Bereitschaft der Strafjustiz oft nicht bestehe³⁰⁵. Diese uneinheitliche Anwendung des „hard law“ der Strafprozessordnung und des „soft law“ der Absprachen könne auch zu verschieden weit reichendem Ausgleich der Interessen der Tatopfer führen. Der Gleichheitsgrundsatz bleibe unbeachtet³⁰⁶.

³⁰¹ Rönna, Absprache, S. 177.

³⁰² Pieroth/Schlink, Staatsrecht II, Rn. 428.

³⁰³ Vgl. Rönna, Absprache, S. 206.

³⁰⁴ Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 357.

³⁰⁵ Linden, FS-BRAK, S. 381, 386.

³⁰⁶ Vgl. Eschelbach, JA 1999, 694, 695; Eser, ZStW 104 (1992), 361, 373; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 55.

3.2.2.6 Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes³⁰⁷

In der Literatur wird eine Verletzung des nemo-tenetur-Grundsatzes vor allem in einem Inaussichtstellen einer Strafmilderung bei Abgabe eines Geständnisses gesehen³⁰⁸. Denn darin liege eine unzulässige Androhung einer ungemilderten Strafe für die Ausübung des Schweigerechts³⁰⁹. Zudem liege darin auch das Versprechen eines „gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“³¹⁰.

3.2.2.7 Verletzung der Grundsätze der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit³¹¹

Vor oder außerhalb der Hauptverhandlung getroffene Absprachen verletzen nach Meinung der Kritiker die Grundsätze der Öffentlichkeit³¹², Mündlichkeit³¹³ und Unmittelbarkeit³¹⁴. Darüber hinaus verletzen Absprachen das Prinzip der freien richterlichen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO), wenn das Gericht durch seine faktische Bindung an den Inhalt der Absprache bereits vor der Urteilsverkündung auf ein bestimmtes Urteil festgelegt werde³¹⁵.

3.2.2.8 Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes³¹⁶

Die Vereinbarkeit mit dem Untersuchungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) stellt ebenso einen Schwerpunkt in der Diskussion um die Zulässigkeit der Absprachepraxis dar³¹⁷. Bei einer Absprache bestehe die Gefahr, dass das Gericht seinem Urteilsspruch im Wesentlichen das Geständnis des Täters zugrunde lege und sich dabei über an sich (noch) bestehende Zweifel an der Täterschaft und/oder Schuld des Angeklagten hinwegsetze, um sich eine

³⁰⁷ Dazu ausführlich unten 4.5.

³⁰⁸ Ausführlich unten 4.5.2.

³⁰⁹ Vgl. Rönna, Absprache, S. 198; Schünemann, Absprachen, S. 99, 148.

³¹⁰ Seier, JZ 1988, 683, 687.

³¹¹ Dazu ausführlich unten 5. 2.2.

³¹² Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 1240; Dencker/Hamm, Vergleich, S. 52.

³¹³ Dencker/Hamm, Vergleich, S. 52.

³¹⁴ Vgl. Schünemann, Prozessrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozess, S. 47; Rönna, Absprache, S. 161; differenzierend Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 361: Eine Verletzung durch eine de facto bindende Absprache besteht nur dann, wenn diese nicht anschließend ausführlich in der Hauptverhandlung behandelt wird.

³¹⁵ Braun, Absprache, S. 59: „Die Entscheidung werde durch die Verständigung gefunden und definiert und nicht durch die Beweiswürdigung.“

³¹⁶ Dazu ausführlich unten 5.1.2.

³¹⁷ Schünemann, Absprachen, S. 80 bezeichnet das Problem der Einhaltung des Untersuchungsgrundsatzes bei Absprachen als deren Nagelprobe.

langwierige Beweisaufnahme zu ersparen, was mithin die Gefahr einer Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes bedeute³¹⁸. Nimmt das Gericht ein „schlankes“ Geständnis, welches vielfach in der Hauptverhandlung nur vom Verteidiger verlesen wird, kritiklos als wahr an, wird dies in der Literatur überwiegend als eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes gewertet³¹⁹.

3.2.2.9 Verletzung des Schuldgrundsatzes

Der Schuldgrundsatz ist verfassungsrechtlich durch Art. 1, 2 Abs. 1 und 20 Abs. 3 GG abgesichert. Von der Schuld des Täters darf sich die Strafe inhaltlich weder nach oben noch nach unten lösen. Absprachen würden daher insbesondere hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Strafzumessung (§ 46 StGB) gegen das Schuldprinzip verstoßen³²⁰.

3.3 Die Urteilsabsprache im Spiegel höchstrichterlicher Grundsatzentscheidungen

Absprachen sind in Deutschland ein Produkt der Praxis und noch immer ohne gesetzliche Stütze. Deshalb spielen die Auffassungen von Literatur und Rechtsprechung zu dieser Absprachepraxis eine große Rolle. Sie beeinflussen sogar die zukünftige Kodifikation der Absprache. Das Eckpunktepapier zu einer Reform des Strafverfahrens vom April 2001 bestätigt dies. Dort heißt es: „Eine gesetzliche Normierung der Verständigung im Strafverfahren trägt der Entwicklung in der Praxis Rechnung. Sie soll in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts [erfolgen].“³²¹

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung Absprachen als zulässig hinnimmt, allerdings bemüht ist, die Entwicklung der Absprachepraxis nicht ausufern zu lassen. Hierbei spielen drei höchstrichterliche Entscheidungen eine zentrale Rolle: Die erste ist die des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1987 zur grundsätzlichen Billigung von Absprachen³²²; die zweite ist das Urteil des 4.

³¹⁸ Kerner, Strafverfahrensrecht, S. 80.

³¹⁹ Schünemann, Absprachen, S. 83; Rönna, Absprache, S. 146 f.; Braun, Absprache, S. 53; Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 750; Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 360.

³²⁰ Zur Kritik der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs unter diesem Gesichtspunkt siehe Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 180 ff.; vgl. auch die Zusammenfassung der dogmatischen Einwände bei Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 356 ff.

³²¹ Abgedruckt in StV 2001, 314, 316.

³²² BVerfG NStZ 1987, 419 = NJW 1987, 2662. Jedoch betont Gallandi, NStZ 1987, 420 f. in seiner Anmerkung, dass diese Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts keine Grundsatzentscheidung sei, sondern nur richtlinienartige Hinweise enthalte.

Senats des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1997, in dem die bislang umfangreichsten und in der Substanz wichtigsten Regeln für eine Verständigung im Hauptverfahren aufgestellt wurden³²³; und die dritte ist der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen aus dem Jahre 2005, in dem dieser nicht nur die konkret vorgelegten Fragen zur Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts entschied, sondern darüber hinaus auch allgemein zur Zulässigkeit von Urteilsabsprachen Stellung nahm und dabei die vom 4. Senat zusammengestellten Anforderungen an eine Absprache im Wesentlichen bestätigte und präzisierte³²⁴.

3.3.1 Der Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.01.1987

Aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung gibt es (nur) eine Entscheidung, die immer wieder in der Absprachediskussion auftaucht. In einem Kammerbeschluss³²⁵ hat das Bundesverfassungsgericht am 27.01.1987 erstmalig zur Frage der Zulässigkeit von Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten Stellung genommen und darin unter Betonung von Leitprinzipien des Strafverfahrensrechts richtlinienartig Grenzen der Absprachepraxis aufgezeigt.

Das Bundesverfassungsgericht ist angerufen worden, um über eine vom Beschwerdeführer gerügte Absprache zwischen Gericht (Strafkammer), Staatsanwaltschaft und Verteidigung zu befinden. Die Verständigung hatte der Beschwerdeführer selbst unmittelbar vor Abschluss der langandauernden Beweisaufnahme über seinen Verteidiger angeregt, während das Gericht in keiner Weise in dieser Hinsicht aktiv geworden war. Inhalt der Absprache war ein Geständnis des Angeklagten, Strafmilderung durch das Gericht und ein Absehen von weiterer Strafverfolgung durch die Staatsanwaltschaft. Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts kam zu dem Schluss, dass der beschriebene Sachverhalt keine Grundrechte oder diesen gleichgestellte Rechte des Beschwerdeführers verletze.

Der verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstab der Kammer des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts war primär das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren, Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG³²⁶. Dieses ergebe sich aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit, der von der Idee der Gerechtigkeit geprägt sei und an der sich jedwede Rechtspflege messen lassen müsse³²⁷. Die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten, umfasse die Pflicht, die Durchführung

³²³ BGHSt 43, 195.

³²⁴ BGH NJW 2005, 1440.

³²⁵ BVerfG NStZ 1987, 419: Es handelt sich um eine Urteilsverfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des Landesgerichts und gegen die Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs. Mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg wurde die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

³²⁶ BVerfG NStZ 1987, 419.

³²⁷ Vgl. BVerfGE 33, 367, 383; 70, 297, 308.

eingeleiteter Strafverfahren sicherzustellen. Darauf könne und dürfe der Staat nicht nach seinem Belieben (durch Absprachen) generell oder im Einzelfall verzichten³²⁸. Weiter sei die Sicherstellung einer Verfolgung, Aburteilung und gerechten Bestrafung von Straftätern im Rahmen der geltenden Gesetze elementar zur Verwirklichung des Rechtsstaates³²⁹. Für den Strafprozess bedeute dies die Erforschung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne³³⁰. Die Kammer sah diese Grundsätze bei einer Absprache nicht generell verletzt. Sie betonte aber, dass durch Absprachen die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung nicht ins Belieben oder zur freien Disposition der Beteiligten und des Gerichts gestellt werden dürfen. Der „Vergleich im Gewande des Urteils“ und ein „Handel mit Gerechtigkeit“ seien untersagt³³¹. So dürfe der Richter das Geständnis des Angeklagten dann nicht akzeptieren, wenn sich eine weitere Beweiserhebung angesichts des Verfahrensstandes aufdränge³³². Die im Rahmen einer Absprache in Betracht kommende geständnisbedingte Strafmilderung dürfe den „Boden des schuldangemessenen Strafens“ nicht verlassen³³³. Schließlich folge aus den oben genannten Grundsätzen auch, dass die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Angeklagten geschützt sei, was auch in § 136a StPO zum Ausdruck komme³³⁴.

Dieser Beschluss des Bundesverfassungsgerichts stellt erkennbar nur einen ganz groben Rahmen dar, innerhalb dessen sich Absprachen zukünftig bewegen müssen³³⁵. Diese Grenzen der Zulässigkeit liegen nach Ansicht der Kammer insbesondere im fairen Verfahren, im Prinzip der materiellen Wahrheit, im Prinzip der schuldangemessenen Strafe und in § 136a StPO. Seither sind keine weiteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Absprachepraxis ergangen³³⁶.

³²⁸ BVerfG NStZ 1987, 419.

³²⁹ Vgl. BVerfGE 46, 214, 222 f.

³³⁰ Vgl. BVerfGE 57, 250, 275.

³³¹ BVerfG NStZ 1987, 419.

³³² BVerfG a.a.O.

³³³ BVerfG a.a.O.

³³⁴ BVerfG a.a.O.

³³⁵ Vgl. Odersky, FS-Rebmann, S. 343, 356 (Fn. 43).

³³⁶ Vgl. aber BVerfG StV 2000, 3: Die Verfassungsbeschwerde scheiterte bereits am Zulässigkeitsanfordernis der Rechtswegerschöpfung. Der Angeklagte wollte die Zusicherung einer Strafobergrenze geltend machen, die jedoch nicht protokolliert war. Der Subsidiaritätsgrundsatz erfordere aber, dass alle prozessualen Mittel ausgeschöpft seien. Dies sei nicht gegeben, da der Angeklagte nicht auf einer Protokollierung der Zusage bestanden habe. Habe der Vorsitzende die Protokollierung fehlerhaft unterlassen, so habe das Gericht nach § 238 Abs. 2 StPO zu entscheiden.

3.3.2 Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28.08.1997 (BGHSt 43, 195)

3.3.2.1 Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor BGHSt 43, 195

Da die sofortige Rechtskraft des Urteils und somit die Vermeidung des Instanzenzuges bei Absprachen wünschenswert ist, versteht es sich von selbst, dass die Natur der Absprachen einer Kontrolle durch den Bundesgerichtshof nicht eben zuträglich ist. Es kann daher nicht verwundern, dass der Bundesgerichtshof aufgrund des regelmäßigen Rechtsmittelverzichts der an der Absprache Beteiligten nur relativ selten Gelegenheit hatte, sich mit der Thematik „Absprachen“ zu befassen³³⁷. Auslöser für das Einlegen der Revision war die Nichteinhaltung von Verständigungen³³⁸ beziehungsweise von vermeintlichen Zusagen³³⁹. Dabei war der Bundesgerichtshof zunächst vorwiegend mittelbar über die Rüge fehlerhafter Zurückweisung von Richterablehnungen mit Absprachen im Strafverfahren befasst³⁴⁰.

Im Jahre 1984 hielt der 2. Senat es für grundsätzlich möglich, dass ein Richter zwecks Verfahrensförderung mit den Prozessbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung Fühlung aufnimmt und eine bestimmte Prozesshandlung anregt. Dies müsse aber sachlich gerechtfertigt sein und habe mit der gebotenen Zurückhaltung zu erfolgen, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden³⁴¹. Der Senat äußerte fünf Jahre später, 1989, dass eine Strafmaßzusicherung des Vorsitzenden nicht schon offensichtlich rechtswidrig sei und die Verteidigung auch auf ihre Gültigkeit vertrauen dürfe³⁴². Wenn das Gericht eine höhere Strafe verhängen wolle, erwachse ihm aus dem Gebot des fairen Verfahrens die Pflicht, den Verteidiger auf diese Möglichkeit hinzuweisen³⁴³.

Anders als die aufgeschlossene Haltung des 2. Senats zeigte sich der 3. Senat in seiner Entscheidung zur Absprache aus dem Jahre 1991 durchaus kritisch. In seinen Urteilsgründen entschied der 3. Senat, dass bereits der Anschein einer Bindung des Gerichts vor dem letzten Wort des Angeklagten die Befangenheit des Gerichts bewirke³⁴⁴. Ferner machte der 3. Senat

³³⁷ Zur umfassende Betrachtung und Würdigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs siehe Moldenhauer, Verfahrensordnung; siehe hierzu auch Sinner, Vertragsgedanke, S. 189 ff.; Weigend, FG-BGH IV, S. 1011, 1017 ff.

³³⁸ Vgl. BGHSt 36, 210; 37, 10.

³³⁹ Vgl. BGH NJW 1990, 1921.

³⁴⁰ Vgl. BGH NStZ 1985, 36; BGHSt 37, 99.

³⁴¹ BGH NStZ 1985, 37. Diese Ansicht wurde vier Jahre später vom 3. Senat in BGH StV 1988, 418 bestätigt.

³⁴² BGHSt 36, 210, 215.

³⁴³ BGHSt 36, 210.

³⁴⁴ BGHSt 37, 298, 304.

im Rahmen eines obiter dictum Ausführungen zur Zulässigkeit von Absprachen³⁴⁵: „Vertrauliche, also ohne Mitwirkung aller Prozessbeteiligten, einschließlich des Angeklagten und der Schöffen, getroffene Absprachen über die Höhe der Strafe bei einem bestimmten Verhalten des Angeklagten widersprechen - ebenso wie alle Zusagen bezüglich der Strafbemessung - [...] den geltenden Verfahrensvorschriften. Die vom Gericht in einem Urteil zu verkündende Strafe darf nicht ohne die vom Gesetz gewährten Garantien der Anwesenheit und Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten, der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung sowie nicht unter Umgehung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gefunden werden. [...] Wenn einzelne oder alle Mitglieder des Gerichts - vor allem über den Kopf eines Verfahrensbeteiligten hinweg - vertrauliche Absprachen für ein abgekürztes Verfahren treffen oder konkret anbieten, erwecken sie den Eindruck, dass ihnen an einer gerechten Abklärung aller für die Schuld und Strafe bedeutsamen Umständen nichts gelegen ist.“ Der 3. Senat kam daher zu der harschen Aussage, dass „es kein rechtsstaatliches Verfahren bei Absprachen zu dem Prozessergebnis gibt“³⁴⁶. Dadurch bewirkte diese Entscheidung in der absprachefreundlichen Praxis erhebliche Unruhe und Unsicherheit³⁴⁷.

Zur Beruhigung erklärte der 2. Senat neun Monate danach, dass eine Absprache „unter Umständen zweckmäßig oder gar notwendig“ sein könne³⁴⁸. Der 2. Senat hielt es nicht für erforderlich, dass bei Abspracheverhandlungen grundsätzlich alle Verfahrensbeteiligten anwesend sein müssen³⁴⁹. Verfahrenserhebliche Aussagen könne das Gericht allerdings nur treffen, sofern es den anderen Verfahrensbeteiligten durch Hinweis auf die zur Erörterung stehende Frage Gelegenheit zur Äußerung gebe. Geschehe dies nicht, sei darin ein Verstoß gegen § 33 StPO zu sehen³⁵⁰.

Der 5. Senat entschied im Jahre 1996 einen ähnlichen Fall wie den des 3. Senats aus dem Jahre 1991, bei dem die Staatsanwaltschaft an der Absprache nicht beteiligt war³⁵¹. Allerdings vertrat der 5. Senat eine grundsätzlich andere Auffassung als der 3. Senat in Bezug auf die Befangenheit und die Notwendigkeit einer Anhörung.

In seinem Urteil führte er aus: „Ein Rechtsgespräch als solches kann grundsätzlich nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen. Dies gilt auch und gerade dann, wenn die Erörterungen im konkreten Fall relevante Fragen der Strafzumessung zum Gegenstand

³⁴⁵ BGHSt a.a.O.

³⁴⁶ BGHSt 37, 298, 305.

³⁴⁷ Kintzi, DRiZ 1992, 245 nennt sie „einen Blitz aus heiterem Himmel“.

³⁴⁸ BGHSt 38, 102.

³⁴⁹ BGHSt 38, 102, 104.

³⁵⁰ BGHSt 38, 102, 105.

³⁵¹ BGHSt 42, 46.

haben.“³⁵² Der Senat billigte den Ausschluss der Staatsanwaltschaft bei den Gesprächen zwischen den übrigen Verfahrensbeteiligten. „Der Vorschrift des § 33 StPO könnten [...] aber lediglich ‚Absprachen‘ oder ‚Verständigungen‘ unterfallen, die einer ‚Entscheidung des Gerichts‘ gleichzustellen sind; Wissenserklärungen dagegen nicht³⁵³. [...] Es muss einem Richter möglich sein, unterhalb einer - unmittelbare Rechtswirkungen zeitigenden – ‚Absprache‘ einem Angeklagten gegenüber Prognosen über die (gemilderte) Straferwartung bei einem Geständnis abzugeben. [...] Die Staatsanwaltschaft kann zu einer solchen Prognose nicht formell rechtliches Gehör beanspruchen. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn der Vorsitzende nach Abgabe einer entsprechenden Erklärung eine ‚Zwischenberatung‘ mit dem Gericht oder mit einzelnen Mitgliedern des Spruchkörpers herbeiführt, um die Validität seiner Prognose zu überprüfen. Das Vorgehen wird auch nicht im Nachhinein dadurch bedenklich, dass die schließlich gefundene Strafe der Prognose entspricht.“³⁵⁴ Darüber hinaus bezog der 5. Senat Stellung zu der Frage, ob der Öffentlichkeitsgrundsatz gemäß § 169 GVG durch eine Absprache außerhalb der Hauptverhandlung verletzt ist. Nach seiner Meinung ist dies schon deshalb zu verneinen, weil die Absprache als solche gerade keine Vorgänge der Hauptverhandlung (§§ 226 bis 275 StPO) zum Gegenstand habe³⁵⁵.

Nur knapp zwei Monate vor der Grundsatzentscheidung des 4. Senats entschied der 2. Senat in einem Beschluss, dass eine Verknüpfung von Rechtsmittelverzicht und Strafhöhe nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts führe³⁵⁶.

Es kann damit festgehalten werden, dass der Bundesgerichtshof bis zur Entscheidung BGHSt 43, 195 in einer Reihe von Urteilen die zentrale Frage der Zulässigkeit von Absprachen in der Hauptverhandlung offen ließ und sich darauf beschränkte, zu Einzelproblemen (z. B. Befangenheit, Vereinbarkeit mit den Grundsätzen eines fairen Verfahrens und dem Öffentlichkeitsgrundsatz) Stellung zu nehmen. Inhaltlich verfolgte der Bundesgerichtshof dabei keine einheitliche Linie; vielmehr divergierte die Rechtsprechung zwischen den einzelnen Senaten.

3.3.2.2 Überblick über die Entscheidung BGHSt 43, 195

Die Grundsatzentscheidung des 4. Senats kann insofern als Meilenstein angesehen werden, als sie die einzelnen, durch vorherige Entscheidungen geschaffenen Mosaiksteine der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einem Gesamtbild „Verfahrensordnung für Absprachen“ zusammengesetzt und damit die Entwicklung der Rechtsprechung zu einem

³⁵² BGHSt 42, 46, 48.

³⁵³ BGHSt 42, 46, 49.

³⁵⁴ BGHSt 42, 46, 50.

³⁵⁵ BGHSt 42, 46, 47.

³⁵⁶ BGH NSTZ 1997, 611.

gewissen Abschluss gebracht hat³⁵⁷. Der Senat bejahte nunmehr die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen, also auch von solchen inhaltsbezogenen Vereinbarungen, die in die Hauptverhandlung hineinwirken und das Urteil beeinflussen. Gleichzeitig formulierte der Senat jedoch präzise und begrenzende Anforderungen an Inhalt und Verfahrensweise der Absprache³⁵⁸; eigentlich eine Aufgabe des Gesetzgebers.

Der Entscheidung lag folgender Fall zugrunde:

Das Landgericht Dortmund hatte als Tatgericht die beiden Angeklagten jeweils wegen schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Das Gericht hatte die Strafhöhe mit den Angeklagten, den Verteidigern und der Staatsanwaltschaft bei gleichzeitiger vorläufiger Einstellung weiterer Anklagepunkte im Sinne einer verfahrensbeendenden Absprache in der Hauptverhandlung abgestimmt. Einer der Angeklagten hatte gegen das Urteil Revision zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Der 4. Senat nahm die – auf den Strafausspruch beschränkte - Revision zum Anlass, zur Zulässigkeit von Absprachen umfassend Stellung zu nehmen. Zunächst erklärte der Senat die grundsätzliche Zulässigkeit von Absprachen, indem er entschied, dass Verständigungen im Strafverfahren „nicht generell unzulässig“ seien. Er wies aber zugleich auf rechtliche Bedenken hin. Das Strafverfahrensrecht sei grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet. Es verbiete eine freie Verfügung des Gerichts und der Prozessbeteiligten über den staatlichen Strafanspruch, die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung³⁵⁹. Um darzulegen, dass prozesserledigende Verständigungen dem deutschen Strafverfahrensrecht „nicht völlig fremd“ sind, wies der Senat andererseits auf § 153a StPO hin. Eine Absprache sei aber in ihrer konkreten Ausgestaltung jeweils an den unverzichtbaren Prinzipien des Verfahrensrechts und des materiellen Strafrechts zu messen³⁶⁰.

Zu den grundlegenden Maßstäben zählt nach Ansicht des 4. Senats die Einhaltung eines aus Art. 20 Abs. 3 i. V. m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten fairen Verfahrens³⁶¹. Zwei Punkte hob der Bundesgerichtshof dabei besonders hervor: Da den Grundsätzen der Strafprozessordnung widersprechend, sei es zum einen unzulässig, die Absprache an die Stelle eines Urteils zu setzen. Zum anderen dürfe der Strafausspruch „den Boden schuldangemessenen Strafens“ nicht verlassen³⁶².

³⁵⁷ Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 37.

³⁵⁸ Vgl. Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 124.

³⁵⁹ BGHSt 43, 195, 203.

³⁶⁰ BGHSt a. a. O.

³⁶¹ BGHSt 43, 195, 203 f.

³⁶² BGHSt 43, 195, 208.

Im Übrigen lassen sich die Aussagen dieser Entscheidung drei Bereichen zuordnen: Das Urteil enthält zum einen Grundsätze, denen der Inhalt einer Absprache genügen muss; es stellt zweitens Verfahrensvorschriften für die Absprache auf und beschreibt drittens die Folgen der Absprache³⁶³.

3.3.2.3 Inhaltliche Anforderungen an eine Absprache

3.3.2.3.1 Absprache über den Schuldspruch?

Der Ermittlungsgrundsatz muss auch im Rahmen einer Absprache gewahrt bleiben. Eine Verständigung über einen Schuldspruch ist daher von vornherein ausgeschlossen. Grundlage des Schuldspruchs darf immer nur ein nach der Überzeugung des Gerichts tatsächlich gegebener Sachverhalt sein. Dessen strafrechtliche Bewertung und Einordnung ist einer Vereinbarung nicht zugänglich. Ferner darf das Gericht als Folge seiner Ermittlungspflicht ein im Rahmen einer Vereinbarung abgelegtes Geständnis nicht ohne weiteres dem Urteil zugrunde legen. Es muss vielmehr dessen Glaubhaftigkeit überprüfen und gegebenenfalls eine sich aufdrängende Beweiserhebung durchführen³⁶⁴.

3.3.2.3.2 Absprache über das Strafmaß?

Verbindliche Zusagen eines bestimmten Strafmaßes durch das Gericht sind wegen Verstoßes gegen §§ 260, 261 StPO unzulässig. Dagegen ist die Zusage, eine Strafobergrenze nicht zu überschreiten, möglich³⁶⁵.

Zu beachten ist jedoch, dass die Strafe den Rahmen des Schuldangemessenen einhält; der Schuldgrundsatz darf also nicht verletzt werden. In diesen Grenzen darf auch ein abgesprochenes Geständnis strafmildernd berücksichtigt werden, und zwar selbst dann, wenn es nicht aus Einsicht und Reue, sondern aus verfahrenstaktischen Gründen (z. B. als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung) zur Erlangung eines mildereren Urteils abgelegt wird³⁶⁶.

³⁶³ Die Einteilung erfolgt in Anlehnung an die von Pfister, Entwicklung und Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu verfahrensbeendenden Absprachen, S. 5, 10 vorgenommene Differenzierung.

³⁶⁴ BGHSt 43, 195, 204.

³⁶⁵ BGHSt 43, 195, 206 f.

³⁶⁶ BGHSt 43, 195, 209.

3.3.2.3 Absprache über einen Rechtsmittelverzicht des Beschuldigten?

Unzulässig ist schließlich die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten vor Urteilsverkündung. Denn die Rechtsmittelbefugnis ist von der Höhe der Strafe unabhängig und darf nicht mit ihr verknüpft werden³⁶⁷.

3.3.2.4 Verfahrensrechtliche Anforderungen an eine Absprache

3.3.2.4.1 Wahrung der Willensentschließungsfreiheit des Beschuldigten

Die freie Willensentscheidung des Angeklagten muss respektiert werden. Ein etwaiges Geständnis darf nicht durch eine psychologische Drucksituation herbeigeführt worden sein. § 136a StPO und der nemo-tenetur-Grundsatz sind zu beachten. So darf der Angeklagte nicht durch das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden. Das Inaussichtstellen einer Strafmilderung ist aber grundsätzlich zulässig³⁶⁸.

3.3.2.4.2 Öffentlichkeit des Verfahrens

Der Öffentlichkeitsgrundsatz muss eingehalten werden, d. h., Absprachen, die beispielsweise eine Einlassung des Angeklagten und die Höhe der Strafe zum Inhalt haben, müssen grundsätzlich in der Hauptverhandlung öffentlich getroffen und in das Protokoll aufgenommen werden. Allerdings sind Vorgespräche im Beratungszimmer und damit außerhalb der Hauptverhandlung möglich³⁶⁹. Daraus ergibt sich auch, dass alle Verfahrensbeteiligten an der Absprache beteiligt werden müssen.

3.3.2.5 Bindungswirkung einer Absprache

Zu den Folgen einer Absprache führt der 4. Senat aus:

„Ist auf diese Weise in öffentlicher Verhandlung unter Einbeziehung aller Beteiligten eine Verständigung zustande gekommen, so ist das Gericht daran gebunden. Das folgt aus den Grundsätzen des fairen Verfahrens, zu denen gehört, dass sich das Gericht nicht in Widerspruch zu eigenen, früheren Erklärungen, auf die ein Verfahrensbeteiligter vertraut hat, setzen darf. Ergeben sich nach der Absprache allerdings schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können, so kann das Gericht von der getroffenen Absprache abweichen. Solche Umstände können zum Beispiel sein, dass sich die Tat aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel statt wie bisher

³⁶⁷ BGHSt 43, 195, 204 f.

³⁶⁸ BGHSt 43, 195, 203.

³⁶⁹ BGHSt 43, 195, 205 f.

als Vergehen nunmehr als Verbrechen darstellt (vgl. die Regelung in § 373a Abs. 1 StPO) oder dass erhebliche Vorstrafen des Angeklagten nicht bekannt waren. In einem solchen Fall muss das Gericht aber dann wiederum in öffentlicher Hauptverhandlung unter Darlegung der Umstände auf diese Möglichkeit hinweisen (vgl. § 265 Abs. 1, 2 StPO).³⁷⁰

3.3.3 Die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 03.03.2005 (BGHSt 50, 40)

3.3.3.1 Überblick über die Entscheidung BGHSt 50, 40

Besondere Bedeutung im Rahmen strafprozessualer Absprachen hat die Frage nach der Zulässigkeit einer Vereinbarung über einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten erlangt. Nach der Grundsatzentscheidung des 4. Senats darf ein Rechtsmittelverzicht vor Urteilsverkündung nicht vereinbart werden³⁷¹. Trotzdem wollten viele Tatgerichte von dem bequemen – und vermeintlich „sicheren“ - Weg der (offenen oder heimlichen) Absprache unter Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts nicht abgehen, weil eine Absprache ohne Rechtsmittelverzicht in ihren Augen keinen rechten Sinn macht.

Fraglich ist daher, ob und inwieweit dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht Wirksamkeit zukommt. Dies war zwischen den Senaten des Bundesgerichtshofs bislang umstritten. So sollte einerseits eine „vage Übereinkunft im Sinne einer Inaussichtstellung eines Rechtsmittelverzichts“ unbedenklich³⁷², andererseits aber selbst jedes „Hinwirken“ auf den Verzicht bedenklich sein³⁷³. Während der 3. (und ihm folgend der 4. und der 5.) Senat die Auffassung vertrat, der Rechtsmittelverzicht sei unwirksam³⁷⁴, bejahten der 1. und der 2. Senat die Wirksamkeit, weil in der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts noch keine schwerwiegende Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit des Angeklagten liege³⁷⁵. Daraufhin legte der 3. Senat die Sache gem. § 132 Abs. 2 und 4 GVG dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vor. Der Vorlage des 3. Senats lagen zwei Revisionsverfahren zugrunde, in denen vorab jeweils über die Wirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzichts zu entscheiden war.

In der ersten Strafsache gegen J wegen unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln ging es um einen in der Urteilsabsprache „vereinbarten“ und nach der Urteilsverkündung allseitig erklärten

³⁷⁰ BGHSt 43, 195, 210.

³⁷¹ BGHSt 43, 195; 45, 227.

³⁷² BGH NSTZ 2002, 496.

³⁷³ BGH StV 2004, 4.

³⁷⁴ BGH NJW 2004, 2536.

³⁷⁵ BGH NSTZ 2004, 164; BGH NJW 2004, 1336.

Rechtsmittelverzicht. Fünf Monate später, nachdem sein neuer Verteidiger Akteneinsicht erhalten hatte, legte J Revision ein und beehrte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. In der zweiten Strafsache gegen H - ebenfalls wegen Betäubungsmitteldelikten - war der Rechtsmittelverzicht zwar nicht Inhalt der Urteilsabsprache, aber vom Gericht als „wünschenswert“ zum Ausdruck gebracht worden. Auf Nachfrage des Gerichts nach Urteilsverkündung erklärten H und ihr Verteidiger Rechtsmittelverzicht. Gleichwohl legte H am Tag nach der Urteilsverkündung fristgemäß Revision ein..

3.3.3.2 Zur Rechtsgrundlage einer Urteilsabsprache

Beachtlich an der Entscheidung des Großen Senats ist zunächst, dass hier zum ersten Mal die prinzipielle Zulässigkeit von Absprachen eingehend positiv begründet wird³⁷⁶. 1987 hatte das Bundesverfassungsgericht noch überhaupt keine Rechtsgrundlage angegeben. Es hatte sich auf die verfassungsrechtliche Negativprüfung beschränkt und festgestellt, dass die Grundsätze eines fairen Strafverfahrens Verständigungen über das Ergebnis des Verfahrens bei Wahrung rechtsstaatlicher Mindeststandards jedenfalls nicht verbieten³⁷⁷. Auch zehn Jahre später fiel die Rechtfertigung der Urteilsabsprachen durch den 4. Senat knapp aus: Die Vorschrift des § 153a StPO und andere Vorschriften, die eine Einwilligung des Betroffenen in eine bestimmte Rechtsfolge vorsehen, belegten - so das Gericht lapidar -, dass die Strafprozessordnung Absprachen über das Verfahrensergebnis nicht generell untersage³⁷⁸.

Demgegenüber stützt der Große Senat die Zulässigkeit von Absprachen nunmehr explizit auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege³⁷⁹: Ohne die Zulassung von Absprachen könne die Strafjustiz unter den gegebenen tatsächlichen wie rechtlichen Bedingungen ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen. Der Große Senat zitiert dabei aus dem Beschluss der Justizministerkonferenz, wonach die Strafjustiz am Rande ihrer Belastbarkeit arbeite³⁸⁰. Insoweit dienten Absprachen dem Beschleunigungsgrundsatz und der Verfahrensökonomie. Außerdem könnten Absprachen den Zeugen- und Opferschutz fördern, wenn dieser das Absehen von einer weitergehenden Sachaufklärung nahe lege³⁸¹. So gesehen ermöglichten es Absprachen, den „mitunter gegenläufigen Anforderungen“ einer ordnungsgemäßen Strafjustiz „in ihrer Gesamtheit“ Rechnung zu tragen³⁸².

³⁷⁶ Vgl. Saliger, JuS 2006, 8, 9.

³⁷⁷ BVerfG NStZ 1987, 420.

³⁷⁸ BGHSt 43, 195, 202 f.

³⁷⁹ Hiermit ist die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz gemeint; dazu unten 4.3.2 sowie 5.3.1.

³⁸⁰ BGHSt 50, 40, 54 = BGH NJW 2005, 1440, 1443.

³⁸¹ Siehe unten 5.3.3.

³⁸² BGHSt 50, 40, 54 = BGH NJW 2005, 1440, 1444.

3.3.3.3 Zur Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts des Beschuldigten

In der zentralen, der Divergenzvorlage zugrunde liegenden Frage der Wirksamkeit eines absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts, hat der Große Senat nunmehr Klarheit geschaffen: „Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken.“³⁸³ Geschieht das doch, sei der Rechtsmittelverzicht unwirksam. Da nicht immer klar (und zu beweisen) sei, ob eine Absprache derart fehlerhaft war, erstreckt der Bundesgerichtshof „die Folge der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auf alle Fälle, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache erfolgt ist“³⁸⁴. Dieses „Verdikt“ entfällt jedoch im Interesse der Rechtssicherheit, „wenn dem Rechtsmittelsberechtigten über die Freiheit, unbeschadet der Absprache Rechtsmittel einlegen zu können, eine von der eigentlichen Rechtsmittelbelehrung abgehobene, qualifizierte Belehrung erteilt worden ist“³⁸⁵. Sie sei als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren (§ 273 Abs. 1 StPO) und nehme an der Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO teil. Sei die qualifizierte Belehrung unterblieben, könne Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung einer Rechtsmittelfrist gewährt werden; die Vermutung des § 44 S. 2 StPO gelte hier nicht³⁸⁶.

3.3.3.4 Verfassungsrechtliche Grenzen einer Urteilsabsprache

Darüber hinaus sind einer Urteilsabsprache nach Ansicht des Großen Senats für Strafsachen verfassungsrechtliche Grenzen gesetzt, insbesondere nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens und dem Schuldprinzip³⁸⁷.

„Der Angeklagte hat einen Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 2 i. V. mit Art. 20 Abs. 3 GG). Die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung dürfen nicht im Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts stehen. [...] Ein zentrales Ziel des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts als der notwendigen Grundlage eines gerechten Urteils. Die Ermittlung des Sachverhalts durch den Tatrichter untersteht dem aus § 244 Abs. 2 StPO abzuleitenden und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden ‚Gebot bestmöglicher Sachaufklärung‘ [...]. Dabei ist die Feststellung des Ergebnisses der Beweisaufnahme

³⁸³ BGHSt 50, 40 = BGH NJW 2005, 1440.

³⁸⁴ BGHSt 50, 40, 60 f. = BGH NJW 2005, 1440, 1446.

³⁸⁵ BGHSt 50 40, 61 = BGH NJW 2005, 1440, 1446.

³⁸⁶ BGHSt 50 40, 61 = BGH NJW 2005, 1440, 1446.

³⁸⁷ BGHSt 50, 40, 48 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

grundsätzlich der Urteilsberatung vorbehalten, denn die für das Urteil maßgeblichen Feststellungen muss der Tatrichter nach § 261 StPO aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewinnen [...]. Die Strafe muss schuldangemessen sein. Der Grundsatz der Schuldangemessenheit des Strafens hat Verfassungsrang. Er folgt aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip. § 46 Abs. 1 S. 1 StGB ist Ausdruck dieses Prinzips [...]. Die Strafe darf sich nicht – auch nicht nach unten - von ihrer Bestimmung als gerechter Schuldausgleich lösen. Sie muss in einem angemessenen Verhältnis zum Maß der persönlichen Schuld, zum Unrechtsgehalt und zur Gefährlichkeit der Tat stehen und muss sich auch im Rahmen des für vergleichbare Fälle Üblichen halten.“³⁸⁸

3.3.3.5 Präzisierung der Anforderungen an eine Absprache aus BGHSt 43, 195

Mit Blick auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben und ihre Ausgestaltung durch die Regelungen der geltenden Strafprozessordnung ergeben sich nach Ansicht des Großen Senats für eine zulässige Urteilsabsprache die im Wesentlichen schon in der Entscheidung BGHSt 43, 195 zusammengestellten Mindestbedingungen.

3.3.3.5.1 Zur Sachaufklärungspflicht des Gerichts

Die Aufklärungspflicht des Gerichts mahnt der Große Senat mit folgenden Worten an:

„Das Gericht darf nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben [...]. Das bei einer Urteilsabsprache in der Regel abgelegte Geständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein. Dazu muss das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende Geständnis wenigstens so konkret sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein bloßes inhaltsleeres Formalgeständnis reicht hingegen nicht aus.“³⁸⁹

3.3.3.5.2 Zur Wahrung der Willensentschlussfreiheit des Beschuldigten

Das Gebot, auch bei einer Absprache die freie Willensentscheidung des Angeklagten zu wahren, konkretisiert der Große Senat dahingehend, dass die Differenz zwischen absprachegemäßer und bei streitigem Verfahren zu erwartender Sanktion (Sanktionsschere)

³⁸⁸ BGHSt 50, 40, 49 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

³⁸⁹ BGHSt 50, 40, 49 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

nicht so groß sein dürfe, dass sie strafzumessungsrechtlich unvertretbar und mit der geständnisbedingten Strafmilderung nicht mehr erklärbar sei³⁹⁰.

3.3.3.5.3 Zur Bindungswirkung einer Absprache

Nach der Entscheidung des Großen Senats darf das Gericht über BGHSt 43, 195 hinaus nicht nur wegen neuer Erkenntnisse von seiner Zusage abweichen, sondern – nach entsprechendem Hinweis – auch dann, wenn schon bei der Urteilsabsprache vorhandene relevante tatsächliche oder rechtliche Aspekte übersehen wurden³⁹¹. Denn es sei unvertretbar, das Gericht bei der Urteilsfindung entgegen § 261 StPO an einen maßgeblichen Irrtum allein aufgrund des durch die Absprache geschaffenen Vertrauenstatbestandes zu binden³⁹².

3.3.3.6 Appell an den Gesetzgeber

Der Große Senat hat in seiner Entscheidung schließlich an den Gesetzgeber appelliert, Zulässigkeit und bejahendenfalls zumindest die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln³⁹³. Dies entspricht dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG), der dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber aufgibt, die wesentlichen Fragen des Strafverfahrens selbst zu regeln³⁹⁴.

Nachdem der Große Senat eindringlich eine gesetzliche Regelung angemahnt hat, sind von verschiedenen Seiten Gesetzesvorschläge mit unterschiedlicher Schwerpunktbildung und Zielsetzung vorgelegt worden, unter ihnen der „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ des Bundesjustizministeriums vom 18.05.2006³⁹⁵. Die meisten Vorschläge knüpfen prinzipiell an die Leitlinien des Bundesgerichtshofs an und unternehmen den Versuch, die Urteilsabsprachen weitgehend ohne Eingriffe in den Bestand der geltenden Strafprozessordnung in das Strafprozessrecht zu integrieren³⁹⁶.

³⁹⁰ BGHSt 50, 40, 50 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

³⁹¹ BGHSt 50, 40, 50 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

³⁹² BGHSt 50, 40, 50 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

³⁹³ BGHSt 50, 40, 64 = BGH NJW 2005, 1440, 1447.

³⁹⁴ Vgl. Jahn/Müller, JA 2006, 681, 682.

³⁹⁵ Der Entwurf des Bundesjustizministeriums ist abrufbar unter www.bmj.bund.de; siehe ferner: den Entwurf der BRAK ZRP 2005, 235; den Entwurf des Landes Niedersachsen v. 29.3.2006, BR-Drs. 235/06; das Eckpunktepapier der Generalstaatsanwälte v. 24.11.2005, NJW 2006, Sonderdruck „Der Deal im Strafverfahren“, 9 ff.; die Stellungnahme Nr. 46/2006 des Deutschen Anwaltvereins, abrufbar unter www.anwaltverein.de

³⁹⁶ Altenhain/Hagemeier/Haimerl, NStZ 2007, 71.

Dabei geht der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) aber weit über das hinaus, was die Rechtsprechung bisher erlaubt hat³⁹⁷. Nach ihrem Vorschlag soll ein konsensuales Verfahren³⁹⁸ eingeführt werden, in dem der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger ein Initiativ- und Mitbestimmungsrecht bei der zu verhängenden Strafe eingeräumt wird (§ 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK)³⁹⁹. Zudem wird eine Strafmilderung bei der Urteilsabsprache vorgeschlagen (§ 46b StGB-E-BRAK)⁴⁰⁰. Nicht so weit gehen der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums und der Entwurf des Landes Niedersachsen: In beiden Entwürfen ist vorgesehen, dass das Gericht nicht nur eine Strafober-, sondern auch eine Strafuntergrenze festsetzen kann und soll (§ 257c Abs. 2 StPO-E des BMJ bzw. § 243a Abs. 3 StPO-E des Landes Niedersachsen).

3.3.4 Kurze Analyse der Rechtsprechung - Der „Deal“ der höchstrichterlichen Rechtsprechung mit der tatgerichtlichen Absprachepraxis

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verkennt nicht, dass die Absprachen sich ohne Anstoß durch die Rechtsprechung oder das Schrifttum allein aus der Praxis der Tatgerichte heraus entwickelt haben⁴⁰¹. Die Praxis der Absprachen ist ein so fester Bestandteil bei der Bewältigung der Strafverfahren geworden, dass diese Entwicklung unumkehrbar geworden ist⁴⁰². Dazu weist Beulke⁴⁰³ darauf hin, dass der sog. Deal heute schon als ein eigenständiges Institut des Strafverfahrensrechts eingestuft werden könne, das aus der Praxis ungeachtet der teilweise massiven Kritik aus der Wissenschaft nicht mehr wegzudenken sei. Dieses Phänomen musste die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Kenntnis nehmen.

Nachdem eine Intervention des Gesetzgebers und damit eine Normierung des Verfahrens bei der Absprache – wie etwa das „plea bargaining“ in den USA⁴⁰⁴ - nicht zu erwarten ist, hat

³⁹⁷ Meyer-Goßner, StV 2006, 485; ders., NSStZ 2007, 425, 427.

³⁹⁸ Dazu siehe unten 5.3.2.

³⁹⁹ Abgedruckt in ZRP 2005, 235; dazu Landau/Bünger, ZRP 2005, 268.

⁴⁰⁰ Dazu siehe unten 4.6.1.

⁴⁰¹ Vgl. Schmitt, GA 2001, 411.

⁴⁰² Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 133; Trüg/Kerner, FS-Böttcher, S. 191.

⁴⁰³ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 394.

⁴⁰⁴ Jedoch haben einige der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Anforderungen an eine Urteilsabsprache wohl nicht ganz zufällig eine Parallele im amerikanischen plea-bargaining-Verfahren, beispielsweise hinsichtlich der Pflicht zur öffentlichen Bekanntgabe und zur schriftlichen Fixierung der erzielten Vereinbarung (Federal Rules of Criminal Procedure – FRCP -, Rule 11e und 11g). Durch die schriftliche Fixierung soll sichergestellt werden, dass sich die Beteiligten über die Bedingungen der Absprache im Klaren sind, diese überprüft werden kann und sich die Beteiligten auf die Bindungswirkung der Absprache berufen können. Darüber hinaus sind die US-Bundesgerichte gemäß FRCP 11f verpflichtet, die Existenz einer „tatsächlichen Grundlage“ (factual basis) für den konkreten Tatvorwurf festzustellen, zu dem der Angeklagte das plea of guilty anbietet. Die Ermittlung der

der Bundesgerichtshof seit seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1997 (BGHSt 43, 195) konsequenterweise den Versuch unternommen, Rahmenbedingungen festzuschreiben, unter denen eine Urteilsabsprache zulässig ist. Dies ist seine Konzession an die „Praxis“, getragen von der Intention, die einem Wildwuchs gleichende Absprachepraxis in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken und verbindliche Grundregeln aufzustellen, die von den Verfahrensbeteiligten bei den Tatgerichten im Falle einer Urteilsabsprache einzuhalten sind⁴⁰⁵. Vor diesem Hintergrund ist auch die Entscheidung des Großen Senats aus dem Jahre 2005 zu sehen, insbesondere zur Frage der Wirksamkeit eines im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzichts bzw. einer qualifizierten Belehrung.

Andererseits offenbart die höchstrichterliche Rechtsprechung auch, wie problematisch es ist, die Absprachepraxis mit den Grundprinzipien der Strafprozessordnung in Einklang zu bringen. Die Formulierungen der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Absprachen sind so weit gefasst, dass sie den Tatgerichten weitgehenden Spielraum für die Fortsetzung des einvernehmlichen Aushandelns von Urteilen lassen. Beispielsweise wird die Grundsatzentscheidung des 4. Senats bezüglich der strafmildernden Wirkung eines Geständnisses so verstanden, dass sich der Tatrichter die Bezugnahme auf die (vermutete) Reue des Angeklagten ersparen kann. Auch die Anerkennung der Zulässigkeit der verbindlichen Zusage einer Strafobergrenze ist insoweit praxisfern und unehrlich, da jeder Verfahrensbeteiligte weiß, dass damit gleichzeitig das endgültige Ergebnis gemeint ist⁴⁰⁶.

Schließlich bedeuten die Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht unbedingt, dass diese Regeln in der Praxis auch stets und ganz strikt eingehalten werden. Sie wirken aber bis zu einem gewissen Grade steuernd und unter Umständen auch disziplinierend, da die Beteiligten wissen, dass der Bundesgerichtshof ein Urteil, das unter Missachtung der Regeln zustande gekommen ist, aufheben wird, wenn ein Beteiligter Rechtsmittel einlegt⁴⁰⁷.

Wahrheit des angeklagten Sachverhalts wird vom amerikanischen Bundesgesetzgeber als so wichtig eingestuft, dass gemäß FRCP 11g die Prüfung einer für das Schuldbekenntnis ausreichenden Tatsachengrundlage Eingang in das Wortprotokoll des plea hearing finden muss; vgl. Bickel, Das förmliche Geständnis, S. 165 f.; Schumann, Der Handel mit Gerechtigkeit, S. 160; Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 134; Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 169.

Dies bringt auch der Titel der Monographie von Trüg treffend zum Ausdruck: Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren.

⁴⁰⁵ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 133.

⁴⁰⁶ Siehe unten 4.6.3.

⁴⁰⁷ Kerner, Strafverfolgung und Sanktionierung, S. 118.

4 Die Auswirkungen eines Geständnisses auf die Strafzumessung im Rahmen der Urteilsabsprache

Vorbemerkung

Die Strafzumessung ist ein besonders sensibler Bereich, da bei ihrer Beurteilung durch die Öffentlichkeit die Gesichtspunkte der Strafgerechtigkeit und des allgemeinen Rechtsgefühls eine maßgebliche Rolle spielen. Gerade die Praxis der Absprache hat viel Kritik unter anderem hinsichtlich ihrer Wirkung auf die Strafzumessung hervorgerufen.

Da sich jedoch der Angeklagte durch eine vage und unverbindliche Ankündigung nicht zum Geständnis als „Leistungsgegenstand“ motivieren lässt, ist das Inaussichtstellen eines günstigeren Verfahrensergebnisses ein notwendiges Merkmal eines jeden Absprachensystems⁴⁰⁸. Ansonsten würde wohl kaum ein Angeklagter jemals ein Geständnis ablegen. Es dürfte zudem keinen Verteidiger geben, der seinem Mandanten zu einem Geständnis raten würde. Dementsprechend bieten die Strafverfolgungsorgane vornehmlich Strafmilderungen (häufig verbunden mit der Gewährung von Strafaussetzung zur Bewährung) an. Das bedeutet auch, dass Geständnis und Strafrabatt im Rahmen der Absprachepraxis eindeutig zur „Handelsware“ geworden sind, unabhängig davon, ob man es wahrhaben will oder nicht⁴⁰⁹.

Mit Blick auf §§ 260 Abs. 1, 261 StPO darf das Gericht hier allerdings keine „Punktstrafe“ in Aussicht stellen, sondern nur ungefähr die angedachte Strafhöhe in Gestalt einer Strafobergrenze angeben. Nach der Grundsatzentscheidung des 4. Senats des Bundesgerichtshofs⁴¹⁰ ist daher eine rechtsverbindliche Absprache zulässig, solange sie sich auf die Abgabe einer Strafobergrenze beschränkt. Dennoch kann diese Abgabe nicht mit dem erzielten Konsens als solchem gerechtfertigt werden, sondern muss auf andere „klassischere“ Wege ausweichen. Hierfür bietet sich insbesondere die strafmildernde Wirkung des Geständnisses an⁴¹¹.

Es ist zwar seit jeher Praxis der Tatgerichte, ein Geständnis mit einem Strafrabatt zu belohnen, ohne dass besondere Anstrengungen unternommen werden, die Motive des Geständigen zu erforschen. Dieser Rabatt ist aber nicht unproblematisch. Nach der in

⁴⁰⁸ Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 287.

⁴⁰⁹ Siolek, Verständigung, S. 185 f.

⁴¹⁰ BGHSt 43, 195, 207.

⁴¹¹ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 167; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 179 ff.

Rechtsprechung⁴¹² und Literatur⁴¹³ vertretenen doppelspurigen Indiztheorie kommt dem Geständnis keine eigene Bedeutung zu, sondern es hat ausschließlich Indizcharakter für die Bedeutung der eigentlichen Tat und Täterpersönlichkeit. Das Geständnis kann demnach nur dann für die Strafzumessung von Bedeutung sein, wenn es Schlussfolgerungen für eine Beurteilung des Täters zulässt. Dementsprechend wird immer betont, das Geständnis müsse Beweisanzeichen für eine „innere Umkehr“ und „ehrlich empfundene“ Reue des Täters sein.

Eine Wende ergab sich jedoch in jüngerer Zeit durch die Rechtsprechung zur Absprache im Strafverfahren. 1987 erklärte das Bundesverfassungsgericht in einem Kammerbeschluss Absprachen im Strafverfahren grundsätzlich für zulässig⁴¹⁴. Der Richter dürfe auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hinweisen, wenn dies beim Stand der Hauptverhandlung eine sachliche Grundlage finde⁴¹⁵. Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs wies in seiner Grundsatzentscheidung vom 28. 08. 1997 darauf hin, dass die allgemeinen Grundsätze der Strafzumessung auch bei Absprachen beachtet werden müssten und die Strafe „den Boden der schuldangemessenen Strafe“ nicht verlassen dürfe⁴¹⁶. Aber bedenkllicherweise erklärte er ausdrücklich, dass „das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils noch nicht darin liegt, dass das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in Aussicht stellt“⁴¹⁷. Er sah auch bei einem taktischen Geständnis die grundsätzliche Möglichkeit einer strafmildernden Wirkung⁴¹⁸. Obwohl der 4. Senat die Strafmilderung verneinte, sofern das Geständnis ersichtlich nicht aus einem echten Reue- und Schuldgefühl motiviert ist, hielt er eine Milderung bei einem im Rahmen einer Verständigung abgelegten Geständnis für möglich. Dabei lieferte der 4. Senat im Wesentlichen drei Argumente für eine strafmildernde Wirkung eines taktischen Geständnisses⁴¹⁹: An erster Stelle sei die Förderung des Rechtsfriedens als Prozessziel durch die Abgabe eines Geständnisses zu nennen. Zweitens komme der Zweifelssatz, der auch uneingeschränkt für die Strafzumessung gelte, zum Tragen, denn es sei fraglich, ob aus dem Prozessverhalten des Angeklagten überhaupt für ihn nachteilige Schlüsse über seine Einstellung zur Tat gezogen werden könnten. Es müsse daher zu seinen Gunsten entschieden werden. Drittens leiste der Angeklagte einen Beitrag zur Sachverhaltsaufklärung und damit auch zur Verfahrensverkürzung.

⁴¹² Grundlegend BGHSt 1, 105, 106; 14, 189; BGH StV 1981, 235.

⁴¹³ Statt vieler Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 231.

⁴¹⁴ BVerfG NSTZ 1987, 419.

⁴¹⁵ BVerfG NSTZ 1987, 419.

⁴¹⁶ BGHSt 43, 195.

⁴¹⁷ BGHSt 43, 195, 204; vgl. auch BGHSt 1, 387; 14, 189; 20, 268.

⁴¹⁸ BGHSt 43, 195, 209.

⁴¹⁹ BGHSt 43, 195, 209; vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 180.

Jüngst bestätigte und präzisierte der Bundesgerichtshof mit Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 03.03.2005⁴²⁰ seine Rechtsprechung zur Absprache im Strafverfahren. Dabei stellte er fest, dass die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der bei einem „streitigen Verfahren“ zu erwartenden Sanktion nicht so groß sein dürfe, dass sie mit einer angemessenen Strafmilderung aufgrund eines Geständnisses nicht mehr erklärbar sei⁴²¹.

In Bezug auf den Tatrichter wird die Grundsatzentscheidung des 4. Senats bezüglich der Strafmilderung so verstanden, dass er sich die Bezugnahme auf die (vermutete) Reue des Angeklagten sparen kann. Dem Angeklagten kann sein Geständnis ausdrücklich schon deswegen zugute gehalten werden, weil es das Verfahren vereinfacht. Diese Begründung führt dann allerdings dazu, den Strafmilderungswert eines Geständnisses außerdem noch graduell danach zu bemessen, wie groß sein „Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensverkürzung“ nach dem jeweiligen Stand der Beweisaufnahme ist. So weit ist der Bundesgerichtshof aber bislang nicht gegangen⁴²².

Wenn man der Grundsatzentscheidung des 4. Senats folgt und sie verallgemeinert, ist es im Übrigen auch sehr Streitig, ob die strafmildernde Wirkung eines taktischen Geständnisses noch mit dem Strafzumessungsrecht vereinbar ist. Außerdem ist es auch fraglich, ob der Zweifelsatz bei absprachebedingten Geständnissen zur Anwendung kommen darf. Die Beantwortung dieser Fragen bedarf zunächst eines kurzen Blickes auf die Grundlagen der Strafzumessung.

4.1 Allgemeine Grundsätze der Strafzumessung

Die zentrale Strafzumessungsvorschrift des § 46 StGB enthält für die Bemessung der Strafe zwei Arten von Regelungen: in Abs. 1 einen Hinweis auf die zu berücksichtigenden Strafzwecke und in Abs. 2 eine nicht abschließende Aufzählung von „Umständen“, die sowohl das objektive Tatunrecht als auch die innere Einstellung des Täters zur Tat und die Persönlichkeit des Täters betreffen.

Aus dem Gesetz ergibt sich, dass die Grundlage für die Strafzumessung die Schuld des Täters ist (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB), so dass die Strafe in erster Linie dem Ausgleich des vom Täter verschuldeten Unrechts dienen soll; das Maß der Strafe hat dem Maß der Schuld zu entsprechen (Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld)⁴²³. Die Strafe bemisst sich freilich nicht allein nach der Schuld, sondern es sind auch spezial- und generalpräventive Gesichtspunkte (vgl. §§ 46 Abs. 1 S. 2, 47 Abs. 1, 56 Abs. 3 StGB), d. h. die Auswirkung der

⁴²⁰ BGHSt 50, 40 = BGH NJW 2005, 1440.

⁴²¹ BGHSt 50, 40, 50 = BGH NJW 2005, 1440, 1442.

⁴²² Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 288.

⁴²³ BVerfGE 6, 389, 439; 45, 187, 256 ff.; BGHSt 20, 264, 266 f.; Jescheck/Weigend, AT, S. 877.

Strafe auf den Täter und die Allgemeinheit, zu berücksichtigen. Nach der „Spielraumtheorie“⁴²⁴ ist das zwischen den Strafzwecken bestehende Spannungsverhältnis in der Weise aufzulösen, dass zunächst über die Schuldbewertung ein Schuldrahmen zu bilden ist, innerhalb dessen sodann unter Präventionsgesichtspunkten das endgültige Strafmaß festgelegt wird. Die schuldangemessene Strafe ist nach der Spielraumtheorie keine punktförmige Größe, vielmehr verfügt der Richter bei der Bestimmung ihres Maßes über einen Beurteilungsspielraum (einen gegenüber dem gesetzlichen Strafrahmen wesentlich engeren Rahmen), der nach unten durch die „schon schuldangemessene“ und nach oben durch die „noch schuldangemessene“ Strafe begrenzt wird. Die präventiven Strafzwecke können dann grundsätzlich nur innerhalb dieser Grenzen Berücksichtigung finden.

§ 46 Abs. 2 StGB vermag zur eigentlichen Strafmaßentscheidung nur wenig beizutragen. Das Gesetz lässt zum einen offen, welche Strafzumessungsfaktoren unter welchen Umständen strafmildernd bzw. strafschärfend wirken und zum anderen werden keine Aussagen zum Abwägungsvorgang getroffen. Letztlich kann aus der Formulierung des § 46 Abs. 2 StGB geschlossen werden, dass die einzelnen Strafzumessungsumstände ambivalent sind, d. h., sie können im Einzelfall unter Schuld- und Präventionsgesichtspunkten für und gegen den Täter sprechen. So wirkt zum Beispiel eine mangelhafte Erziehung des Täters im Schuldbereich in der Regel schuld mindernd, während sie im Präventionsbereich ein verstärktes Resozialisierungsbedürfnis anzeigen kann. Die Bewertung mancher Bemessungsfaktoren ist wiederum tatbestandsabhängig. So stellt sich eine alkoholbedingte Enthemmung bei Beleidigungs- oder Körperverletzungsdelikten oft als schuld mindernd dar, wohingegen sie bei Verkehrsstraftaten als schuld erschwerend anzusehen ist.

Hat der Angeklagte im Rahmen der Absprache als „Gegenleistung“ ein Geständnis abgelegt, kommt es entscheidend darauf an, ob das Geständnis als ein strafmildernder Umstand angesehen werden kann, der die Verhängung einer gemilderten Strafe zu rechtfertigen vermag. Da das Geständnis allerdings nicht ausdrücklich als realer Strafzumessungsfaktor im Strafgesetzbuch genannt wird, muss das Gericht dogmatisch besonders sorgfältig begründen, wenn ein Geständnis Auswirkungen auf die Strafe des Täters haben soll.

Bedauerlicherweise nahm sich der 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung dieser strafzumessungsdogmatischen Fragen nicht an, obwohl er recht großzügig die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Grundsatz anerkannte⁴²⁵. Strafzumessungsdogmatisch könnte diese strafmildernde Wirkung des Geständnisses so begründet werden, dass dieses entweder als „Verhalten nach der Tat“ oder als „Auswirkung der Tat“ unter § 46 Abs. 2 StGB zu

⁴²⁴ H.M.; vgl. grundlegend BGHSt 7, 28, 32; 20, 264, 266 f.; vgl. auch LK-StGB/Theune, § 46 Rn. 39 ff.; Jescheck/Weigend, AT, S. 880 f.; Lackner/Kühl, StGB, § 46 Rn. 24; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 149.

⁴²⁵ Rieß, FS-Richter II, S. 433, 443.

subsumieren ist⁴²⁶. Diese Ansicht vertrat Schmidt-Hieber⁴²⁷ zu Recht bereits vor der Grundsatzentscheidung des 4. Senats, indem er dogmatisch das Geständnis als ein solches Nachtatverhalten einstufte und ferner durch das Geständnis die „Auswirkungen der Tat“ im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB als relativiert ansah.

4.2 Zur Rechtsgrundlage einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses – innerhalb des § 46 Abs. 2 StGB

4.2.1 Das Geständnis als „Verhalten nach der Tat“

Der Gesichtspunkt des Nachtatverhaltens, den § 46 Abs. 2 StGB erwähnt, ist nach herrschender Meinung sowohl für die Tatschuld (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) als auch für das Präventionsbedürfnis (§ 46 Abs. 1 S. 2 StGB) relevant⁴²⁸. Bei der Bewertung der Tatschuld zu berücksichtigen sind auch die Verhaltensweisen, die in engem Zusammenhang mit dem tatbestandsmäßigen Geschehen stehen, wie z. B. das Zurücklassen des verletzten Tatopfers in hilfloser Lage oder das aktive Beseitigen von Unfallspuren im Anschluss an die Verkehrsunfallflucht (§ 142 StGB); insofern ist der Unrechts- und Schuldsachverhalt für die Strafzumessung umfassender als derjenige, auf den sich die Frage der Strafbarkeit bezieht. Aber die Berücksichtigung des Nachtatverhaltens des Täters im Strafverfahren bereitet erhebliche Schwierigkeiten, auch wenn das Strafverfahren der Tat zeitlich nachfolgt und das Prozessverhalten somit vom Wortlaut der in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB genannten Strafzumessungserwägung unter das „Verhalten nach der Tat“ fällt. In der Literatur wird äußerst kontrovers diskutiert, ob das Verhalten des Täters im Strafverfahren (einschließlich seines Geständnisses) bei der Strafzumessung auch unter Schuldaspekten oder nur unter Präventionsgesichtspunkten bedeutsam ist.

4.2.1.1 Auswirkung des Geständnisses auf die Strafzumessungsschuld (Doppelspurige Indizkonstruktion)

Gemäß § 46 Abs. 1 StGB ist die Schuld des Täters die Grundlage der zu verhängenden Strafe. Ein Geständnis könnte dazu führen, diese Schuld als geringer anzusehen und damit den gesamten Spielraum zugunsten des Angeklagten zu verschieben. Hierfür bietet sich die sog. „doppelspurige Indizkonstruktion“ an, die von der Rechtsprechung ins Feld geführt wird.

⁴²⁶ Moos, Geständnis, S. 119.

⁴²⁷ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 169.

⁴²⁸ Jescheck/Weigend, AT, S. 893.

Grundlegend und richtungsweisend ist hierfür die Entscheidung BGHSt 1, 105. Der Bundesgerichtshof führt dort aus: „In dem Verhalten, das der Verbrecher während des Verfahrens, vor allem auch während der Hauptverhandlung an den Tag legt, kann sich jedoch auch offenbaren, wie er innerlich zu seiner Tat steht. Wenn auch durch dieses nach der Tat liegende Verhalten der Unrechtsgehalt der Tat selbst nicht verändert wird, so können doch unter Umständen aus ihm Schlüsse auf das Maß seiner persönlichen Schuld und auf seine Gefährlichkeit gezogen werden, die – wie in der Rechtsprechung und im Schrifttum allseitig anerkannt ist – bei der Strafzumessung nicht nur Berücksichtigung finden dürfen, sondern sogar müssen. Wenn und soweit das Leugnen oder das Geständnis des Angeklagten solche Schlüsse auf das Maß seiner persönlichen Schuld und den Grad seiner Gefährlichkeit zulässt, muss es deshalb gestattet sein, es auch bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.“⁴²⁹

Danach sind auch Umstände, die nach der Tatbestandsverwirklichung liegen, bei der Strafzumessung unter Schuldgesichtspunkten zu berücksichtigen, wenn und soweit sie „in einem inneren Zusammenhang mit dem konkreten Schuldvorwurf stehen“ und deshalb Schlüsse auf den Täter und seine Einstellung zur Tat zulassen⁴³⁰. Dem Nachtatverhalten kommt allerdings keine selbständige Bedeutung zu, sondern es hat lediglich Indizcharakter, wenn es Schlussfolgerungen auf die Tat und den Täter zulässt⁴³¹. Anknüpfungspunkt für das Geständnis als Strafzumessungsgrund ist also nicht das Geständnis als solches, sondern der eigentliche Beweggrund für das Geständnis⁴³². Bruns⁴³³ will ein Geständnis nur dann als strafmildernd berücksichtigen, wenn es günstige Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters zulässt. Es ist nach dieser Auffassung daher rechtlich fehlerhaft, den geständigen Angeklagten nur wegen seines Geständnisses milder zu bestrafen. Fragwürdig erscheint jedoch die Annahme dieser Indizkonstruktion, dass das Gericht anhand des Geständnisses erkennen kann, ob der Täter zur Tatzeit eine geringere Schuld hatte. Hierauf soll im Folgenden eingegangen werden.

4.2.1.2 Auswirkung des Geständnisses auf das Präventionsbedürfnis

Entgegen dieser „Indizkonstruktion“ vertreten einige Autoren die Ansicht⁴³⁴, dass das Verhalten des Täters im Strafverfahren keinen Einfluss auf die verschuldeten Auswirkungen der Tat habe und daher unter Schuldaspekten bedeutungslos bleibe. Bezogen auf das Geständnis führte bereits Max Ernst Mayer⁴³⁵ im Jahre 1907 aus: „Zur Zeit, in der es abgelegt

⁴²⁹ BGHSt 1, 105, 106.

⁴³⁰ Schäfer, Praxis der Strafzumessung, Rn. 356.

⁴³¹ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 221; ders., Strafzumessungsrecht, S. 596 f.

⁴³² Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 233; ders., Strafzumessungsrecht, S. 596.

⁴³³ Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 221.

⁴³⁴ Jescheck/Weigend, AT, S. 894.

⁴³⁵ Mayer, ZStW 27 (1907), 921, 922.

wird, ist der die Strafe bestimmende Faktor, ist die Schuld längst in einen unwandelbar festen Aggregatzustand übergegangen.“

Obwohl man die Strafzumessungsschuld begrifflich von der Strafbegründungsschuld unterscheiden kann, haben beide einen gemeinsamen Bezugspunkt, nämlich das Unrecht. Um die Unrechtsbezogenheit der Schuld zu kennzeichnen, wird die Strafzumessungsschuld als Tatschuld bezeichnet⁴³⁶. Daher wird die früher befürwortete Lebensführungsschuld als unbegründbar angesehen. Im Zusammenhang mit dem früheren § 20a StGB (Strafverschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher) glaubte man, dem Angeklagten nicht nur das, was er „getan“ hat, sondern auch sein „Sosein“, d. h., dass er so schlecht geworden ist, vorwerfen zu können und ihn deshalb strenger zur Verantwortung ziehen zu müssen⁴³⁷. Die herrschende Meinung⁴³⁸ verhielt sich diesem Gedanken gegenüber ohnehin ablehnend, da eine Lebensführungsschuld mit den Mitteln des Prozesses nicht festgestellt werden könne und hier die Gefährlichkeit in Schuld umgemünzt werde. Darüber hinaus beruhe diese Schuldkonzeption selbst auf kriminologisch zweifelhaften Vorstellungen über die Entstehungsgründe krimineller Verhaltensweisen. Dem Gedanken der Lebensführungsschuld wurde durch Aufhebung des § 20a StGB a. F. eine deutliche Absage erteilt. Daher widerspricht eine auf Lebensführungsschuld bezogene Strafzumessung dem geltenden Recht.

Freilich erscheint nach Ablehnung der Lebensführungsschuld die Berücksichtigung des Verhaltens nach der Tat, zum Beispiel eines Geständnisses als Verhalten im Prozess, problematisch, weil Unrecht und Schuld im allgemeinen mit Beendigung der strafbaren Handlung fixiert sind. Zur Tat gehören alle Umstände, die hinsichtlich der Tatbegehung, der Verwirklichung des Straftatbestandes, für und gegen den Täter sprechen. Das sind zunächst Momente, welche die Tat selbst kennzeichnen, und zwar vor allem subjektive, nämlich die Beweggründe und Ziele des Täters, d. h. die Gesinnung, die aus der Tat spricht⁴³⁹, sofern diese noch nicht beim Tatbestand des Delikts erfasst werden (Verbot der Doppelverwertung).

Wenn man Recht und Moral im Sinne einer Lebensführungsschuld trennen will, ist bei der Schuldbewertung eine Persönlichkeitsbetrachtung von Fakten, die sich nicht in der Tatbegehung niedergeschlagen haben, auszuschließen⁴⁴⁰. Der Täter kalkuliert in der Regel ein Geständnis nicht vor bzw. während der Begehung der Tat ein. Das Geständnis als Verhalten nach der Tat ist somit nicht mehr mit Hilfe der doppelspurigen Indizkonstruktion auf die persönliche Schuld während des Tatzeitpunkts zurückzuführen, sondern soll lediglich

⁴³⁶ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 168.

⁴³⁷ Mezger, ZStW 57 (1937), 675, 689.

⁴³⁸ BGH NJW 1954, 1416; BGH JZ 1973, 144; vgl. auch Bruns, Das Recht der Strafzumessung, S. 147; Moos, Geständnis, S. 123; Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 168.

⁴³⁹ Vgl. BGHSt 5, 124, 131.

⁴⁴⁰ Stratenwerth, Tatschuld, S. 36; Zipf, Strafzumessung, S. 38; Moos, Geständnis, S. 154.

Bedeutung für die Prävention haben⁴⁴¹. Ansonsten ist es nach Frisch⁴⁴² schlicht eine Illusion zu glauben, man könne aus dem Eindruck der Monate oder Jahre nach der Tat stattfindenden Hauptverhandlung oder sonstigen Ereignissen auf die Gesinnung des Täters schließen, welche die Tat prägte. So können gute Führung und Reue nur dafür sprechen, dass die Gefahr eines Rückfalles nicht besteht. Bei der Strafzumessung gemäß § 46 Abs. 1 S. 2 StGB ist ein Geständnis im Prozess dementsprechend zu berücksichtigen, weil ein solches Prozessverhalten Aufschlüsse über die Wirkung, welche die Strafe für das künftige Leben des Täters haben wird, gibt. In diesem Zusammenhang bedarf es dann keiner Indizkonstruktion mehr, da es nicht mehr auf die Schuld zum Tatzeitpunkt, sondern auf die zukünftige Einwirkung der Strafe auf den Täter – seine Strafempfänglichkeit – ankommt, die im Wege der Prognose aufgrund des in der Verhandlung dargestellten Persönlichkeitsbildes zu ermitteln ist. Die fragwürdige Indizkonstruktion misst dem täterbezogenen Nachtatverhalten unzutreffend Schuldrelevanz bei. Danach lässt das Verhalten des Täters nach der Tat, etwa ein Geständnis, Schlüsse auf seine innere Einstellung bei der Tat zu und ist deshalb als Indiz „für das Maß der aus der Tat sprechenden kriminellen Intensität und Gesinnung“ anzusehen⁴⁴³. Daher ist die doppelspurige Indiztheorie als Relikt einer Lebensführungsschuld anzusehen und muss schon aus diesem Grund auf Ablehnung stoßen⁴⁴⁴.

Außerdem müsste der Strafzumessungskatalog des § 46 Abs. 2 StGB fast durchweg von Schuld Faktoren ausgehen, wenn das Geständnis unter dem Gesichtspunkt der Schuld in der Strafzumessung zu bewerten sein soll. Der Strafzumessungskatalog ist aber keinesfalls nur schuldrelevant zu verstehen. Würde man dies anders sehen, wäre einerseits § 46 Abs. 1 S. 2 StGB sinnlos und andererseits § 46 Abs. 1 S. 1 StGB konturenlos. Daher muss der Schuldbegriff im Strafzumessungsrecht an der Tatschuld orientiert werden, wohingegen das Nachtatverhalten dem Präventionsbereich vorzubehalten ist. Das Geständnis ist also kein Ausdruck geringerer Schuld. Vielmehr stellt sich die Frage nach der Präventionsrelevanz des Geständnisses⁴⁴⁵.

Dogmatisch gesehen sollte nach dem oben Gesagten das Geständnis nur unter Präventionsgesichtspunkten berücksichtigt werden. Allerdings kommt es für die strafmildernde Wirkung des Geständnisses letztendlich auch - wie bei der Indizkonstruktion - auf den Beweggrund des Angeklagten bei Abgabe des Geständnisses an.

⁴⁴¹ Moos, Geständnis, S. 155; Frisch, ZStW 99 (1987), 751, 778; Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 124.

⁴⁴² Frisch, ZStW 99 (1987), 751, 780.

⁴⁴³ So formuliert bei Lackner/Kühl, StGB, § 46 Rn. 36.

⁴⁴⁴ Vgl. Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 124.

⁴⁴⁵ Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 125.

4.2.2 Das Geständnis als Minderung der „Auswirkungen der Tat“

Für eine dem Angeklagten günstige Bewertung des Geständnisses wird auch geltend gemacht, dass das Geständnis unabhängig von den Motiven des Gestehenden dann strafzumessungsrelevant sein könnte, wenn es die „Auswirkungen der Tat“ beeinflusst. Das ist der Ausgangspunkt von Schmidt-Hieber⁴⁴⁶, auf den im Folgenden eingegangen wird.

4.2.2.1 Das Geständnis als Erleichterung der Tataufklärung

Nach Schmidt-Hieber⁴⁴⁷ kann das Geständnis durch die Erleichterung der Tataufklärung zur Minderung der Auswirkungen der Tat beitragen.

Dieses von Schmidt-Hieber vertretene Argument ist überwiegend auf Ablehnung gestoßen⁴⁴⁸. So wird darin „eine merkwürdige Aussage, der offenbar die Vorstellung zugrunde liegt, das durch eine Straftat angerichtete Übel liege nicht nur in der Schädigung des Opfers, sondern auch darin, dass den Strafverfolgungsbehörden und Gerichten Mühen und Ungelegenheiten bereitet werden“⁴⁴⁹ gesehen.

Diese Kritik ist berechtigt, wenn zu den „Auswirkungen der Tat“ nur solche unmittelbaren und mittelbaren Folgen zu rechnen sind, die vom Täter verschuldet sind, also mindestens vorhersehbar waren. Das kann aber ein Geständnis nicht sein, da der Täter bei der Tatbegehung in aller Regel zunächst davon ausgeht, dass seine Tat unentdeckt bzw. zumindest unaufgeklärt bleibt. Er denkt also zu diesem Zeitpunkt noch nicht an das Ablegen eines Geständnisses in einem zeitlich nachfolgenden Strafprozess. Daher entsteht der Gedanke, die Tat zu gestehen, in der Regel erst im Strafverfahren⁴⁵⁰. Zudem sind nach der überwiegend vertretenen Ansicht nur die von der Straftat ausgehenden Sozialschäden und nicht der prozessökonomische Beitrag des Beschuldigten unter dem Begriff der „Auswirkungen der Tat“ zu verstehen⁴⁵¹.

Allerdings muss auf den prozessökonomischen Gedanken später noch eingegangen werden, da die Tatsache, dass der Begriff „Auswirkungen der Tat“ ihn nicht einschließt, nicht

⁴⁴⁶ Schmidt-Hieber, FS-Wassermann, S. 995, 997 f.; ders., Verständigung, Rn. 172; ders., StV 1986, 355, 356.

⁴⁴⁷ Schmidt-Hieber, StV 1986, 355, 366; ders., FS-Wassermann, S. 995, 998; ders., Verständigung, Rn. 172.

⁴⁴⁸ Grünwald, StV 1987, 453, 454; Schünemann, Absprachen, S. 112 f.; Rönna, Absprache, S. 102 ff.

⁴⁴⁹ Grünwald, StV 1987, 453, 454.

⁴⁵⁰ Vgl. Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 62.

⁴⁵¹ Vgl. Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 62.

bedeutet, dass dieser Gedanke in der Strafzumessung überhaupt keine Rolle spielen darf. Deswegen wird er später selbständig behandelt werden⁴⁵².

4.2.2.2 Das Geständnis als Genugtuung für den Verletzten

Abgesehen von der Erleichterung der Tataufklärung weist Schmidt-Hieber⁴⁵³ weiter darauf hin, dass das Geständnis für den Verletzten eine Genugtuung bedeuten könne. Dieser Ausgangspunkt sei deshalb von Bedeutung, weil dem Genugtuungsbedürfnis des Opfers nach allgemeiner Meinung Strafzumessungsrelevanz eingeräumt werde. Außerdem sei es als strafmildernd zu werten, wenn durch ein Geständnis eine weitergehende Belastung des Opfers verhindert werde. Zu denken sei etwa an die Vernehmung eines Kindes im Rahmen eines Sexualstrafverfahrens. Entsprechend geht Dencker⁴⁵⁴ zur Begründung von dem Gedanken des positiven Nachtatverhaltens aus. Demnach komme eine Strafmilderung nicht für jedes beliebige Verhalten nach der Tat in Frage, sondern nur für ein solches, das eine den unrechtsbegründenden Faktoren gegenläufige Tendenz habe, gewissermaßen ein rücktrittsähnliches Verhalten nach der Tat. Dieses Verhalten müsse also im Hinblick auf das durch die Tat verletzte Rechtsgut eine konträre Haltung des Täters erkennen lassen. Auf das Prozessverhalten bezogen komme eine Strafmilderung daher nur bei solchen Taten in Betracht, bei denen es der Angeklagte durch die Wahl seiner Verteidigungsmittel in der Hand habe, nochmals genau diejenigen Interessen zu verletzen, gegen die bereits die ihm vorgeworfene Tat gerichtet war. Als Beispiel nennt Dencker den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§ 176 StGB): Ersparne der schuldige Angeklagte durch ein hinreichend detailliertes und glaubhaftes Geständnis dem verletzten Kind die „streitige“ Hauptverhandlung, die vielfach zu erheblichen Beeinträchtigungen gerade der durch § 176 StGB geschützten „ungestörten geschlechtlichen Entwicklung des Kindes“ führe, so sei rein strafzumessungsrechtlich nichts dagegen einzuwenden, dies als freiwillige Leistung des Täters zugunsten des Rechtsgutes strafmildernd zu verwerten.

Richtig an der vorgetragenen Argumentation ist zunächst, dass ein Geständnis dann strafmildernd zu berücksichtigen ist, wenn der Täter versucht, den durch die Straftat verursachten Schaden aus eigener Initiative wiedergutzumachen, sei es, dass er sich bei Ehrverletzungsdelikten beim Tatopfer entschuldigt oder diesem sogar ein Geschenk gibt, oder dass er bei Vermögensdelikten versucht, den Schaden auszugleichen. In diesem Zusammenhang wird auch akzeptiert, dass § 46 Abs. 2 StGB im Ergebnis nur den geständigen Beschuldigten belohnt, der sich um einen Ausgleich mit dem Opfer bemüht.

⁴⁵² Siehe unten 4.3.2.

⁴⁵³ Schmidt-Hieber, FS-Wassermann, S. 995, 998 f.

⁴⁵⁴ Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 60 f.

Allerdings weist Weßlau⁴⁵⁵ zu Recht darauf hin, dass die deutsche Strafprozessordnung aufgrund der umfassenden Aufklärungspflicht des Gerichts (§ 244 Abs. 2 StPO) keine Vorschrift kenne, die dahin gehe, dass bei einem Geständnis des Täters automatisch eine weitere Beweisaufnahme durch Vernehmung des Opfers unterbleiben könne. Die Vermeidung von Schäden des Opfers durch seine Vernehmung sei nicht, wie beim Rücktritt bzw. der tätigen Reue, einer bestimmten Handlung des Täters zuzurechnen, sondern einer bestimmten Entscheidung des erkennenden Gerichts.

Hinzu kommt, dass im Rahmen des § 46 Abs. 2 StGB nicht das Geständnis für sich genommen strafmildernd wirkt, sondern es lediglich mittelbare Voraussetzung für darüber hinausreichende Ausgleichsbemühungen des Angeklagten ist, die sich gegebenenfalls für diesen günstig auswirken können. Ein Geständnis des Täters allein kann diese Wirkung also nicht besitzen, denn allein durch das Bekennen der Tat gleicht der Täter noch nicht das dem Opfer zugefügte Unrecht aus⁴⁵⁶. Dies gilt auch für den Fall, dass der Täter einen erneuten Schaden für das Opfer verhindert.

Außerdem ist die von Schmidt-Hieber angeführte These, dass ein Geständnis beim Opfer eine Art Genugtuung hinterlässt, spekulativ und beim Vortragen eines Zweckgeständnisses besonders zweifelhaft⁴⁵⁷. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass eine Strafmilderung für jedwedes Geständnis das Vergeltungsbedürfnis des Verletzten regelmäßig erschweren wird⁴⁵⁸.

Zusammenfassend ist eine herbeigeführte Genugtuung für den Geschädigten kein tragendes Argument für die strafmildernde Wirkung des Geständnisses.

4.3 Zur Rechtsgrundlage einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses – außerhalb des § 46 Abs. 2 StGB

Die Strafzumessungstatsachen sind im Katalog des § 46 Abs. 2 StGB nur „namentlich“, also beispielhaft, umschrieben. Daher sind weitere Gründe denkbar, die eine strafmildernde Wirkung des Geständnisses rechtfertigen können.

⁴⁵⁵ Weßlau, KJ 1993, 461, 468.

⁴⁵⁶ Vgl. Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, S. 199.

⁴⁵⁷ Rönnau, Absprache, S. 105; Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 68.

⁴⁵⁸ Rönnau, Absprache, S. 106; Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 68.

4.3.1 Die Förderung des Rechtsfriedens als Verfahrensziel

4.3.1.1 Begriff und Argumentationslinie

Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs⁴⁵⁹ zeigte in seiner Grundsatzentscheidung auf, dass der Angeklagte, der sich zu seiner Tat bekenne, hierdurch das Prozessziel des Rechtsfriedens fördere. Im Dezember 1999 stellte der 1. Senat⁴⁶⁰ in einer bemerkenswerten Entscheidung klar, dass auch einem späten Geständnis eines bislang bestreitenden Angeklagten durch seine Rechtsfrieden stiftende Wirkung strafmildernde Bedeutung zukommen könne.

Unter dem Rechtsfrieden wird überwiegend der Zustand verstanden, bei dem sich die Mitglieder in der Gemeinschaft durch das Strafverfahren über den Verdacht einer Straftat vernünftigerweise beruhigen⁴⁶¹. Der Angeklagte, der sich zu seiner Tat bekennt und damit die soziale Gültigkeit der zuvor übertretenen Norm anerkennt, so dass die Rechtsgemeinschaft diese Unterwerfung des Angeklagten unter die Geltung des Gesetzes als „richtig“ verstehen kann und billigt, fördert hierdurch das Prozessziel des Rechtsfriedens. Dies kann zu einer Strafmilderung führen, wenn es der Strafe zur Bestätigung der Normgeltung in dem „üblichen“ Maße nicht bedarf.

In der Literatur ist der Gedanke, die Geste der Unterwerfung mit Milde zu honorieren, seit längerem bekannt. Jerouschek⁴⁶² sieht im Geständnis ein Moment, welches dem „durch den Normbruch ausgelösten Delegitimierungseffekt“ entgegenwirke, also einen normbegräftigenden Eindruck hinterlasse. Das sei der Fall beim grundsätzlich rechtstreuen Gesinnungstäter, nicht hingegen bei einem „Bekennergeständnis“, das von Rechtsfeindschaft zeugt“. Gewährt werde die Strafmilderung für ein Geständnis aus Gründen der positiven Generalprävention. Demnach genüge ein schlankes und wertneutrales Geständnis für eine Strafmilderung. Auf das hinter dem Geständnis liegende Motiv der Reue komme es dagegen nicht mehr an. Entscheidend sei nur, dass der Gestehende sich der Norm und ihren Rechtsfolgen unterwerfe, weniger bedeutend hingegen sei die Frage, aus welchen Motiven heraus er das tue. Maßgebend sei dementsprechend die im Geständnis enthaltene Unterwerfungsgeste gegenüber der Normrepräsentanz.

⁴⁵⁹ BGHSt 43, 195, 209.

⁴⁶⁰ BGH NStZ 2000, 366.

⁴⁶¹ Schmidhäuser, FS-Schmid, S. 511, 516 ff.; in diese Richtung auch Rieß, FS-Schäfer, S. 155, 170 ff.; Kühl, Unschuldsvermutung, S. 74 ff.; Weigend, Deliktsoffer, S. 195 ff.; Günther, FS-Lenckner, S. 69, 79; Geppert, GS-Schlüchter, S. 43, 44; zur Frage, ob der Konsens zwischen Verfahrensbeteiligten - ohne umfassende Sachverhaltsaufklärung und Wahrheitsfindung - Rechtsfrieden schafft, siehe unten 5.3.2.2.3.

⁴⁶² Jerouschek, ZStW 102 (1990), 793, 817 ff.

Frisch⁴⁶³ spricht von einer Behebung des Geltungsschadens der Norm, der durch den Rechtsbruch und die darin liegende Störung des Rechtsfriedens verursacht worden sei. Dieser Geltungsschaden werde durch ein Geständnis reduziert, weil die jetzt vorhandene Schuldeinsicht und Reue dokumentierten, dass der Täter die Verantwortung für seine Tat übernehme. Das setze gedanklich die Anerkennung der Norm voraus.

4.3.1.2 Bewertung

Die Idee Jerouscheks von der positiven Generalprävention ist zunächst zu begrüßen. Denn die positive Generalprävention stellt auch einen wesentlichen Gesichtspunkt der Strafzumessung dar, obwohl sie nicht in der Zentralnorm des § 46 StGB genannt wird⁴⁶⁴. Dies hängt damit zusammen, dass die vom Gesetzgeber an verschiedenen Stellen verwendete Formulierung „Verteidigung der Rechtsordnung“ (§§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3, 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB) nach der von der Rechtsprechung (BGHSt 24, 44 ff.; 24, 64 ff.) entwickelten Auslegung allgemein als Hinweis auf den Strafzweck der positiven Generalprävention verstanden wird⁴⁶⁵. Daraus kann gefolgert werden, dass sich die strafmildernde Berücksichtigung des Geständnisses grundsätzlich aus dem Strafzweck der positiven Generalprävention ableiten lässt⁴⁶⁶.

Nach der Jerouschek'schen Analyse unterwirft sich der Geständige dem Gericht als dem Repräsentanten der Norm und die Rechtsgemeinschaft erblickt dann in dem Geständnis die Anerkennung der Norm und die Unterwerfungsgeste des Täters. Folglich wird der Normbruch durch das Geständnis relativiert und die Strafe muss nicht in vollem Umfang ausgesprochen, sondern kann gemildert werden. Daraus resultiert die strafmildernde Wirkung des Geständnisses⁴⁶⁷. Es ist aber durchaus möglich, dass – entgegen Jerouscheks Meinung – aus einem schlanken und wertneutralen Geständnis darauf geschlossen werden kann, dass der Angeklagte sich der Norm und ihren Rechtsfolgen nur „formal“ unterwirft und damit keinen normbegräftigenden Eindruck hinterlässt. Die Sichtweise Jerouscheks erscheint doch etwas zu wirklichkeitsfern. Das Geständnis als solches ist neutral und beinhaltet mithin keine Anerkennung der Rechtsordnung, und es hinterlässt keinen normbegräftigenden Eindruck; das Beispiel des Überzeugungstäters mag dies verdeutlichen. Er prahlt unter Umständen sogar mit der Tat und erklärt offen seine Missachtung der Rechtsordnung. Eine Einschränkung der Ansicht von Jerouschek scheint daher geboten, so dass eine Anerkennung der Normgeltung

⁴⁶³ Frisch, ZStW 99 (1987), 751, 781.

⁴⁶⁴ Tröndle/Fischer, StGB, § 46 Rn. 9 f.

⁴⁶⁵ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 23.

⁴⁶⁶ In diesem Sinne kann der Rechtsfrieden freilich nicht von dem Verhalten nach der Tat (Präventionsgesichtspunkt) als Grundlage einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses unterschieden werden.

⁴⁶⁷ Vgl. Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 129.

dem Geständnis nur dann entnommen werden kann, wenn gleichzeitig feststeht, dass der Beschuldigte damit Reue und Einsicht zum Ausdruck bringen will. Nur in diesem Fall erschüttert die Strafmilderung die Mehrheit der Bevölkerung nicht und der Rechtsfrieden wird wiederhergestellt. Insoweit hat Frisch Recht - aber er spricht von nichts anderem als von der von ihm kritisierten Indizkonstruktion -, wenn er behauptet, dass das Geständnis von den Motiven Reue und Einsicht bestimmt werden muss. Hiermit wird die Ansicht von Eser⁴⁶⁸ bestätigt, der das Prinzip der gerechten Strafzumessung sogar schon dann als verletzt ansieht, wenn das Geständnis nicht auf Reue beruht. Ebenso verlangt Streng⁴⁶⁹, dass sich für eine strafmildernde Verwertung eines Entgegenkommens des Angeklagten aus dem Geständnis eine substantielle Anerkennung der Erfordernisse geregelten Miteinanders ersehen lassen solle. Und auch Haas⁴⁷⁰ ist der Meinung, nicht das Geständnis als solches stelle ein strafmilderndes Nachtatverhalten gemäß § 46 Abs. 2 StGB dar, sondern erst das Geständnis als sinnfälliger Ausdruck der Normanerkenntnis. Dabei meine der Begriff der Normanerkenntnis: Übernahme der Tatverantwortung durch Aufsichnahme der Strafe seitens des Täters. Genau in diesem Punkt unterscheidet sich der gestehende Täter vom leugnenden Täter. Das Bestreiten möge zwar als Versuch des Täters, der kognitiven Dissonanz zu entkommen, eine implizite Anerkennung der Norm sein, ihm fehle jedoch das Moment der Übernahme der Folgenverantwortung.

Freilich bestehen die Schwierigkeiten nun darin, die Reuemotive bzw. jene eines „Entgegenkommens“ im Einzelfall zu ergründen. Dies wird im Hinblick auf Absprachen nun noch von der Tatsache ergänzt, dass der Angeklagte aufgrund eines explizit als zulässig erachteten Hinweises („Belehrung“) auf die Tatsache, dass ein Geständnis als Indiz für Reue, Einsicht und verminderte Schuld gewertet werden wird⁴⁷¹, genau weiß, dass ein Geständnis eine Strafmilderung bewirken kann⁴⁷². Deshalb ist es eher naiv, ein solches Geständnis direkt als „reumütig“ zu bezeichnen⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Eser, ZStW 104 (1992), 361, 373.

⁴⁶⁹ Streng, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 472; ders., FS-Schwind, S. 447, 449.

⁴⁷⁰ Haas, GS-Keller, S. 45, 67.

⁴⁷¹ BGHSt 1, 387, 388; 14, 189, 191; 20, 268.

⁴⁷² Jescheck/Weigend, AT, S. 895.

⁴⁷³ Grünwald, StV 1987, 453, 454: „Nicht ein reumütiges, sondern ein kalkuliertes Geständnis ist zu erwarten.“

4.3.2 Verfahrensökonomie, Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und Beschleunigungsgebot

4.3.2.1 Begriffe und Argumentationslinien

Es ist zwar richtig, dass mit den Tatauswirkungen im Sinne von § 46 Abs. 2 StGB nicht der Strafverfolgungsaufwand gemeint sein kann⁴⁷⁴. Jedoch kommt es auf diese Auslegungsfragen nicht an. Denn wenn man die Erleichterung der Tataufklärung bzw. die Beschleunigung der justiziellen Erledigung für einen legitimen Grund hielte, könnte man diese Erleichterung noch in der Strafzumessung berücksichtigen. Zudem könnte de lege ferenda jedenfalls eine dementsprechende ausdrückliche Regelung erfolgen. So könnte etwa § 46 Abs. 2 StGB ergänzt werden durch den Halbsatz: „die Dauer und der Aufwand der Strafverfolgung“⁴⁷⁵.

Schmidt-Hieber⁴⁷⁶ begründet seine Ansicht einerseits mit der Existenz der Rechtspflegedelikte (§§ 153 ff., 258 StGB), mit denen die Verhinderung der Tataufklärung bestraft wird. Folglich müsse der Umkehrschluss erlaubt sein, dass ein die Tataufklärung förderndes Verhalten des Beschuldigten die objektiv zu bestimmenden Tatfolgen minimiere. Diese Argumentation werde dadurch gestützt, dass verschiedene Bestimmungen existierten, die den Täter durch Strafmilderung oder sogar durch Strafausschließung begünstigten, wenn er zur Sachverhaltsaufklärung beitrage (vgl. §§ 158 StGB, 371 Abs. 3 AO, 31 Nr. 1 BtMG, 45, 47 JGG), ohne dass es dabei auf die dem Verhalten des Täters zugrunde liegenden Motive ankäme.

Ähnlich behaupten Praktiker, dass „schnelles Recht häufig besseres Recht“ darstelle. Alles spreche dafür, ein Geständnis strafmildernd zu berücksichtigen, und zwar unabhängig von den Beweggründen des Angeklagten, insofern der Angeklagte durch dieses Geständnis die Beweisaufnahme erheblich verkürze⁴⁷⁷. Ohne Absprachen liefe die überlastete deutsche Justiz Gefahr, auf ganzer Linie zusammenzubrechen; Massenkriminalität, organisiertes Verbrechen und die Vielzahl von Großverfahren, besonders im Wirtschaftsbereich, seien schlechterdings nicht mehr zu bewältigen⁴⁷⁸. In den USA hat man jedenfalls berechnet, dass

⁴⁷⁴ Sch-Sch/Stree, StGB, § 46 Rn. 41a.

⁴⁷⁵ Vgl. Weßlau, Konsensprinzip, S. 245; Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 198.

⁴⁷⁶ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 172.

⁴⁷⁷ Vgl. nur Cramer, FS-Rebmann, S. 145, 148; Widmaier, StV 1986, 357, 358.

⁴⁷⁸ Siehe nur Hanack, StV 1987, 500, 502; Dahs, NStZ 1988, 153, 159.

ein Rückgang des plea bargaining um 10 % die Kosten der Justiz an Personal und Mitteln etwa verdoppeln würde⁴⁷⁹.

In der Grundsatzentscheidung des 4. Senats⁴⁸⁰ wird dem Geständnis ausdrücklich sein Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung zugute gehalten. Dies bedeutet substanziell nichts anderes als das Schmidt-Hieber'sche Argument: Erleichterung der Tataufklärung zur Minderung der Auswirkungen der Tat. Zuvor waren bereits im Gerichtsalltag bei der Strafzumessung vor allem prozessökonomische Gesichtspunkte in den Vordergrund getreten, die auch dazu führten, dass ein Geständnis vor allem dann honoriert wurde, wenn es eine Arbeitsleichterung für das Gericht mit sich brachte.

Der Große Senat hat für die Zulässigkeit der Absprache eben in diese Richtung - und meines Erachtens gleichzeitig auch für die Rechtfertigung der Strafmilderung des Geständnisses - folgendermaßen argumentiert: „Der Rechtsstaat kann sich nur verwirklichen, wenn sichergestellt ist, dass der Straftäter im Rahmen der geltenden Gesetze verfolgt, abgeurteilt und einer Bestrafung zugeführt wird. Diesen Anforderungen könnten die Organe der Strafjustiz unter den gegebenen – rechtlichen wie tatsächlichen – Bedingungen der Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen durch richterrechtliche Rechtsfortbildung nicht mehr gerecht werden. Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz [...] könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen.“⁴⁸¹ Um die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz zu erhalten, hat der Große Senat sich auf den Beschleunigungsgrundsatz und den Grundsatz der Prozessökonomie berufen. Beide Grundsätze könnten den Umfang der im Einzelfall gebotenen Aufklärungsbemühungen bestimmen. Das Gewicht der Strafsache sowie die Bedeutung und der Beweiswert weiterer Beweismittel seien gegenüber den Nachteilen der Verfahrensverzögerungen abzuwägen⁴⁸².

Die „Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege“ hat seit über zwanzig Jahren den Stellenwert eines rechtsstaatlichen Grundsatzes, dem das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich Verfassungsrang zugesprochen hat. Zur Frage, ob der Gesetzgeber den Kreis der Berechtigten des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 53 Abs. 1 StPO ausweiten darf, führte das

⁴⁷⁹ Ein prominenter Vertreter dieser Auffassung ist der langjährige Präsident des US Supreme Court Burger; vgl. Dielmann GA 1981, 558, 559; Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 52; Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 151.

⁴⁸⁰ BGHSt 43, 195, 209.

⁴⁸¹ BGH NJW 2005, 1440, 1443 f. Dies erinnert an die Begründung für die 5%-Sperrklausel des § 6 Abs. 6 1.Halbs. BWahlG im Verfassungsrecht, wonach diese durch die Wahrung der Funktionsfähigkeit des Parlaments im Interesse der Bildung regierungsfähiger Mehrheiten gerechtfertigt („zwingender Grund“) ist (BVerfGE 95, 408, 418 f.); vgl. Degenhart, Staatsrecht I, Rn. 31.

⁴⁸² BGH NJW 2005, 1440, 1444.

Bundesverfassungsgericht aus: „[Einer solchen Erweiterung] zieht das Rechtsstaatsprinzip Grenzen. Soweit der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Idee der Gerechtigkeit als wesentlichen Bestandteil enthält, verlangt er auch die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann. Wiederholt hat das Bundesverfassungsgericht die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung anerkannt, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess betont und die Aufklärung schwerer Straftaten als wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet.“⁴⁸³ In diesem Sinne ist die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege im Grunde nichts anderes als eine selbstverständliche Voraussetzung für die Durchsetzung der Instruktionsmaxime bzw. des staatlichen Strafanspruchs, denn „jedes System ist letztlich nur soviel wert wie seine Fähigkeit, sich selbst funktionsfähig zu erhalten“⁴⁸⁴.

4.3.2.2 Bewertung

Eine solche prozessökonomische Argumentation ist ehrlich und direkt, da man so die Sache beim Namen nennt und aufzeigt, worum es bei Absprachen in Wirklichkeit geht. Gleichzeitig liefert sie aber den Nährboden für eine grundsätzliche und fundamentale Kritik.

Zunächst hat die Interpretation von Rechtsstaatlichkeit in Bezug auf die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege heftige Kritik in der Literatur hervorgerufen. Grünwald⁴⁸⁵ sieht in der Herleitung einer verfassungsrechtlichen Aufgabe der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege aus dem Rechtsstaatsprinzip eine „Pervertierung“ des Rechtsstaatsgedankens, der in seinem ursprünglichen Verständnis der Durchsetzung von Interessen des Staates und der Allgemeinheit gerade unüberschreitbare Grenzen setzen soll. Das Rechtsstaatsprinzip stehe im Dienste des Bürgers, der staatlicher Gewalt ausgesetzt sei und diene dabei als „Schutzwahl, an dem sich die Strafverfolgungsinteressen brechen“. Mit der Anerkennung des Erfordernisses einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und seiner Verankerung im Rechtsstaatsprinzip seien die traditionellen Grundsätze des Strafverfahrens in ihrer Geltung relativiert und der einfachen Abwägung gegenüber den Strafverfolgungsinteressen ausgesetzt. Weiterhin begründet Hassemer⁴⁸⁶ die Befürchtung der Überfrachtung des Topos mit Begriffen wie Rechtsstaatlichkeit, Gerechtigkeit, Wahrheit und Rechtsfrieden, so dass in dieser Waagschale alle zentralen Werte des Strafprozessrechts vereint seien. In eine ähnliche Richtung geht die

⁴⁸³ BVerfGE 33, 367, 383; ganz ähnlich BVerfGE 34, 238, 248 f.; 38, 105, 116; 44, 353, 374; 77, 65, 76; 80, 367, 375; 106, 28, 49; die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege war auch abwägungsrelevant in BVerfGE 47, 239, 250; 53, 152, 160 f.; 65, 171, 178; 74, 257, 262.

⁴⁸⁴ Braun, Absprache, S. 304.

⁴⁸⁵ Grünwald, JZ 1976, 767, 772 f.

⁴⁸⁶ Hassemer, StV 1982, 275, 277; ders., KritV 1990, 260, 266.

Argumentation von Niemöller/Schuppert⁴⁸⁷: Durch die Gleichsetzung der funktionstüchtigen Strafrechtspflege mit der Staatsraison müssten sich die Interessen der Verfahrensbeteiligten erst als berechtigt rechtfertigen.

Abgesehen davon, ob diese Kritik berechtigt oder überzogen ist, legen die Absprachebefürworter den Schwerpunkt der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht auf eine vollständige Ermittlung des Tatverdachts im Sinne des traditionellen Strafverfahrens, sondern auf eine schnelle konsensorientierte Verfahrenserledigung. Hierbei spielt das Beschleunigungsgebot eine große Rolle.

Nach Roxin⁴⁸⁸ tritt ein öffentlicher Befriedigungseffekt ein, „wenn die Allgemeinheit die durch die Straftat herbeigeführte soziale Störung als beseitigt empfindet“. Das Strafrecht dient nach dieser Auffassung auch der Bildung von Vertrauen in der Bevölkerung, das sich ergibt, wenn der Bürger sieht, dass das Recht sich durchsetzt⁴⁸⁹.

Diese Beseitigung muss möglichst zeitnah geschehen, um die Allgemeinheit zu beruhigen. Solange die durch den Rechtsbruch verursachte Störung wirkt, ist das Vertrauen in die Rechtsordnung gemindert. Daraus folgt für die Strafverfolgungsorgane die Verpflichtung, den Zeitraum zwischen Rechtsbruch und abschließender Entscheidung möglichst kurz zu halten, also ein Beschleunigungsgebot im Strafverfahren. Nur dann kann von einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege gesprochen werden. „Beschleunigung des Strafverfahrens“ wird mithin unter „Verfahrensabschluss in angemessener Zeit“ (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK) verstanden⁴⁹⁰. Hiermit dient der Beschleunigungsgrundsatz in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, der vor den Folgen der psychischen und physischen Belastungen einer überlangen Dauer des Strafverfahrens bewahrt werden soll und überdies noch Interesse an einer möglichst frühzeitigen Klärung der Stichhaltigkeit des gegen ihn erhobenen Vorwurfs hat⁴⁹¹. Dementsprechend handelt es sich nach herrschender Meinung bei der überlangen Verfahrensdauer um einen Umstand, der im Rahmen der Strafzumessung strafmildernd zu berücksichtigen ist⁴⁹².

⁴⁸⁷ Niemöller/Schuppert, AöR 107 (1982), 387, 399 ff.

⁴⁸⁸ Roxin, FS-Lerche, S. 301, 304.

⁴⁸⁹ Roxin, Strafrecht AT I, § 3 Rn. 27.

⁴⁹⁰ Laue, GA 2005, 648, 658.

⁴⁹¹ Vgl. SK-StPO/Rogall, Vor § 133 Rn. 119. Es liegt aber auch ganz allgemein im öffentlichen Interesse, dass durch die Beschleunigung der Trübung von Beweismitteln vorgebeugt wird und die general- und spezialpräventiven Wirkungen der Sanktionen und des Strafverfahrens gestärkt werden.

⁴⁹² BGHSt 35, 137, 141; BGH StV 2000, 206; 2002, 598; 2004, 13; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 26; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 474; im Einzelfall sogar bis hin zum Absehen von Strafe gem. § 60 StGB, vgl. BGH wistra 2004, 337.

Diese Bindung der Absprachen an die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege macht deutlich, dass es nach Ansicht des Großen Senats⁴⁹³ für die Praxis unter den gegenwärtigen Bedingungen zur Zulassung von Absprachen keine Alternative gibt. Mit anderen Worten: „Die Strafjustiz geriet in Not. Absprache ist der einzige Ausweg!“⁴⁹⁴

Das führt zu der Frage, ob der Gedanke der Funktionstüchtigkeit überhaupt zur Rechtfertigung eventueller Verfahrensverstöße bzw. einer Strafmilderung des abgesprochenen Geständnisses taugen kann. Kann die Funktionstüchtigkeit bei der Interessenabwägung als ein überwiegendes Interesse bewertet werden? Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die Durchsetzung des materiellen Rechts ein wesentliches Prozessziel ist und diese ohne eine funktionstüchtige Strafrechtspflege nicht zu gewährleisten ist. Ferner ist zu beachten, dass ein Staat, dessen Strafrecht dem Bürger keinen effektiven Schutz leistet, kein Rechtsstaat mehr ist⁴⁹⁵.

Jedoch wäre die Annahme bedenklich, dass schon die „Effizienz“ der Strafrechtspflege dem Rechtsstaat Genüge täte. Die Beschleunigung des Strafverfahrens darf nicht in den Rang eines absoluten Leitbildes des Strafprozesses erhoben werden oder gar zum Selbstzweck⁴⁹⁶ avancieren. Eine rechtsstaatliche Strafrechtspflege muss die Funktionstüchtigkeit mit voller Wahrung der Justizförmigkeit verbinden; nur wenn sie dies tut, kann sie den Rechtsfrieden wiederherstellen. Wenn die Bedürfnisse nach Effizienz, Beschuldigtenschutz und gerechter Strafe in Widerstreit geraten, gebührt keineswegs durchweg der Regelung der Vorzug, die eine Verurteilung so schnell wie möglich herbeiführt; vielmehr sind alle Gesichtspunkte gegeneinander abzuwägen und nach ihrer Bedeutung in der konkreten Prozesssituation zu gewichten⁴⁹⁷. Es darf also gerade nicht dazu kommen, dass die Beschuldigtenrechte im Interesse einer Vereinfachung und Beschleunigung des Strafverfahrens verdrängt werden. Vielmehr muss eine „betont grundrechtsfreundliche“ Abwägung von Strafverfolgungsinteresse und Freiheitsrechten erfolgen⁴⁹⁸. Daher verlangt das Beschleunigungsgebot nicht einen „kurzen Prozess“ um jeden Preis, sondern verbietet alle Verzögerungen, die nicht der sorgfältigen Rechtsfindung dienen, sondern auf schlichtem Nicht-Bearbeiten beruhen⁴⁹⁹.

⁴⁹³ BGHSt 50, 40, 54.

⁴⁹⁴ Saliger, JuS 2006, 8, 9 f. spricht hier von „Notstand“ der Strafrechtspflege als Rechtfertigung für Absprachen.

⁴⁹⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 7.

⁴⁹⁶ Lien, GA 2006, 129, 146: „Wozu ist die Aufrechterhaltung eines Systems als solche nütze, wenn es keine guten Folgen hervorbringt? Manche haben die Absprachen als ‚notwendiges Übel‘ bezeichnet. Es ist aber allgemein anerkannt, dass ein ‚notwendiges Übel‘ nur dann zu rechtfertigen ist, wenn es ein kleineres Übel als der alte Zustand mit sich bringt.“

⁴⁹⁷ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 7.

⁴⁹⁸ Wolter, GS-Meyer, S. 493, 503.

⁴⁹⁹ Vgl. Laue, GA 2005, 648, 658, 661.

Darüber hinaus wäre es widersprüchlich, wenn die gerechte Strafe der Strafverfolgungseffizienz zum Opfer fiele, denn letztere ist eigentlich nur das Mittel für erstere und kann nicht um ihrer selbst willen ein rechtfertigendes Rechtsgut sein⁵⁰⁰. Zudem ist zu bedenken, dass es bereits große Schwierigkeiten bereitet, die verfahrensökonomischen Gesichtspunkte im Randbereich der für die Strafzumessung relevanten Gesichtspunkte (Spezial-, Generalprävention) anzusiedeln⁵⁰¹.

Weiterhin überzeugt das Schmidt-Hieber'sche Argument über die Strafrechtsnormen zum Schutze der Rechtspflege (§§ 153 ff., 258 StGB) für das hier behandelte Problem nicht, denn aus dem Verbot bestimmter Störungen folgt nicht, dass umgekehrt die Förderung der Rechtspflege speziell durch den vom jeweiligen Tatvorwurf Betroffenen zu begünstigen ist⁵⁰². Außerdem wird der gezielte Strafnachlass des kooperativen Beschuldigten im Rahmen von sog. Kronzeugenregelungen (§ 31 Nr. 1 BtMG) von nicht verallgemeinerungsfähigen Gründen getragen. Der Gesetzgeber hat nämlich die Gewährung von Straffreiheit bzw. Strafmilderung stets auf die Überlegung gestützt, dass andernfalls bestimmte Delikte aufgrund der Feststellung eines Ermittlungsnotstandes überhaupt nicht verfolgbar wären. Der Notstand der Funktionstüchtigkeit der Justiz, dass nämlich für die Bewältigung der Fallmenge Zeit und Arbeitskapazität fehlen, kann nicht mit einem Ermittlungsnotstand gleichgesetzt werden⁵⁰³.

Es ist auch prozessual unstimmtig, dass das Prozessrecht einerseits freiheitssichernde Abwehrrechte gewährleistet, andererseits aber deren Nichtanwendung aus arbeitsökonomischen Gründen belohnt wird. Die Kosten, die das Strafverfahren produziert, müssen getragen werden, wenn es für die gerechte Strafe nötig ist⁵⁰⁴. Strafzumessung hängt also immer von der Schuld des Täters und von Präventions Gesichtspunkten ab und gerade nicht von fiskalischen Interessen des Staates.

Dencker/Hamm⁵⁰⁵ stellen sogar den Ausgangspunkt in Frage: Es sei durchaus fragwürdig, ob durch eine von finanziellen Interessen motivierte Strafmilderung prozessökonomische Vorteile erwirtschaftet würden. Denn manche Widerstände seitens der Verteidigung seien dadurch motiviert, das Gericht vergleichsbereit zu stimmen. Wären alle Gerichte und Staatsanwaltschaften gegen diese Versuchung gefeit, würde manche Konfliktverteidigung so nicht geführt. Strafverteidiger haben diese Achillesferse der Justiz längst erkannt und das Geständnis wie einen hohen Trumpf beim Kartenspielen⁵⁰⁶ benutzt: Rückel⁵⁰⁷ und Hanack⁵⁰⁸

⁵⁰⁰ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 170.

⁵⁰¹ Rönna, Absprache, S. 104; Haas, GS-Keller, S. 45, 67.

⁵⁰² Weßlau, Konsensprinzip, S. 245.

⁵⁰³ Weßlau, Konsensprinzip, S. 246 f.

⁵⁰⁴ Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 59.

⁵⁰⁵ Dencker/Hamm, Vergleich, S. 87; vgl. auch Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 105 ff. m. w. N.

⁵⁰⁶ Ufer/Ufer, Die „Verständigung“ im Strafverfahren, S. 45, 51.

weisen darauf hin, dass nur unter dem Druck eines langen Verfahrens eine Geständnisbereitschaft besonders honoriert werde. Es sei daher oft günstiger, wenn Geständnisse erst nach bestimmten Verfahrensabläufen abgelegt würden. So auch Widmaier⁵⁰⁹: Die im Geständnis liegende Unterwerfungsgeste sei nur dann etwas wert, wenn ein gewisser Kampf vorausgegangen sei; eine zu frühe Unterwerfung führe zu nichts. In diesem Zusammenhang wird - worauf Rönna⁵¹⁰ hinweist - insbesondere im Bereich der Absprachepraxis das abgesprochene Geständnis lediglich als „Transportmittel“ für eine Strafmilderung benötigt, ohne dass damit eine erleichterte Sachaufklärung verbunden sein muss.

Schließlich könnte diese verfahrensökonomische Argumentation maßgeblich die Aussagefreiheit des Beschuldigten verletzen, d. h., die Berücksichtigung der Mühen und Kosten des Verfahrens bei der Strafzumessung würde eine Verpflichtung des Angeklagten zur Mitwirkung bei der Sachaufklärung bewirken⁵¹¹. Im Hinblick auf den Schutz vor Selbstbeichtigung ist es höchst widersprüchlich, wenn einem Beschuldigten das Recht zu schweigen eingeräumt wird, man ihm aber die Inanspruchnahme dieses Rechts an anderer Stelle vorwirft⁵¹². Diese ökonomische Begründung verstößt daher gegen den nemo-tenetur-Grundsatz des Strafprozessrechts, der dem Angeklagten stets als „solides Bollwerk“⁵¹³ dienen soll. Erinnern wir uns an einen Appell aus der Entscheidung BGHSt 1, 105, in der das Gericht betont, dass es unzulässig sei, „den geständigen Verbrecher nur seines Geständnisses wegen [...] milder zu bestrafen, weil eine solche schematische Berücksichtigung [...] als unzulässiger Druck auf den Angeklagten wirken könnte (§ 136a StPO)“⁵¹⁴, so wird die Problematik umso offensichtlicher. Darauf wird später noch eingegangen werden⁵¹⁵.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass der Gesichtspunkt der Prozessökonomie kein tragfähiges Argument für eine Strafmilderung beim geständigen Angeklagten darstellt. Unhaltbar ist also der Standpunkt, einen Strafrabatt verdiene das Geständnis schon allein wegen seines Beitrags zur Sachverhaltsaufklärung und Verfahrensbeschleunigung⁵¹⁶.

⁵⁰⁷ Rückel, NStZ 1987, 297, 301 f.

⁵⁰⁸ Hanack, StV 1987, 500 f.

⁵⁰⁹ Widmaier, StV 1986, 357 f.

⁵¹⁰ Rönna, Absprache, S. 104 f.

⁵¹¹ Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 104; Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, S. 199.

⁵¹² Eidam, Selbstbelastungsfreiheit, S. 267.

⁵¹³ Schünemann, Absprachen, S. 98.

⁵¹⁴ BGHSt 1, 105, 106.

⁵¹⁵ Siehe unten 4.5.

⁵¹⁶ Haas, GS-Keller, S. 45, 67.

4.4 Die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses als Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes

Für die strafmildernde Berücksichtigung des Geständnisses findet man oft sowohl in der Literatur⁵¹⁷ als auch in der Grundsatzentscheidung des 4. Senats⁵¹⁸ den Grundsatz „in dubio pro reo“ als Begründung. Gleichwohl wird die Heranziehung des in-dubio-Arguments als Grundlage für die strafmildernde Wirkung des (vornehmlich ausgehandelten) Geständnisses in der Literatur häufig kritisiert⁵¹⁹. Diese Kritik liegt in den Anwendungsvoraussetzungen dieses Grundsatzes begründet.

4.4.1 Der Inhalt des Grundsatzes „in dubio pro reo“

Für den Fall, dass das Gericht nach Abschluss der Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung von der Täterschaft des Angeklagten oder von dem Bestehen unmittelbar entscheidungserheblicher Tatsachen gewonnen hat, schreibt der Grundsatz in dubio pro reo (im Zweifel für den Angeklagten) vor, dass diejenige Entscheidung zu treffen ist, die für den Angeklagten die günstigsten Rechtsfolgen enthält⁵²⁰.

Dieser Zweifelssatz hat zwei Bedeutungen: Nur der schuldige Angeklagte soll bestraft werden (Schuldgrundsatz), und ferner soll die Schuld dem Angeklagten in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren nachgewiesen werden (Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG). Der Grundsatz hat somit sowohl materiell-rechtlichen als auch prozessualen Charakter. Zwar ist dieser Zweifelssatz gesetzlich nicht ausdrücklich niedergelegt, es wird aber vielfach als Rechtsgrundlage auf die in Art. 6 Abs. 2 EMRK enthaltene Unschuldsvermutung sowie auf § 261 StPO verwiesen⁵²¹.

Die Anwendung dieses Grundsatzes setzt voraus, dass zunächst versucht wird, den Sachverhalt vollständig aufzuklären. Erst wenn das Gericht nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Beweismittel und vollständiger Beweiswürdigung zu keiner eindeutigen Sachverhaltsaufklärung gelangt, hat es von dem für den Angeklagten günstigeren Sachverhalt

⁵¹⁷ Vgl. Schmidt-Hieber, *Verständigung*, Rn. 174; ders., *FS-Wassermann*, S. 995, 1000; ders., *StV* 1986, 355, 356; Fezer, *Strafprozessrecht*, Fall 21, Rn. 12; Tschewinka, *Absprachen*, S. 161; Janke, *Verständigung und Absprachen*, S. 185 ff.; LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. H Rn. 38; SK-StPO/Schlüchter, Vor § 213 Rn. 45; Beulke/Satzger, *JuS* 1997, 1072, 1078.

⁵¹⁸ BGHSt 43, 195, 209.

⁵¹⁹ Vgl. Grünwald, *StV* 1987, 453, 454; Rönna, *wistra* 1998, 49, 53; ders., *Absprache*, S. 100 f.; Hönig, *Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses*, S. 91 ff.; Möller, *JR* 2005, 314, 319.

⁵²⁰ Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 23 Rn. 65.

⁵²¹ Beulke, *Strafprozessrecht*, Rn. 25; Kindhäuser, *Strafprozessrecht*, § 23 Rn. 66, der ergänzend das Gewohnheitsrecht als Grundlage heranzieht.

auszugehen. Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass zuvor nicht von dem für den Angeklagten günstigeren Sachverhalt ausgegangen werden darf. Der Grundsatz in dubio pro reo ist also eine Entscheidungsregel für den Fall eines (nicht mehr behebbaren) Zweifels. Ein solcher Zweifel des Gerichts muss tatsächlich vorliegen. Dass das Gericht nach den Grundsätzen über die Beweiswürdigung hätte zweifeln müssen, obwohl es nicht gezweifelt hat, eröffnet noch nicht den Anwendungsbereich des Zweifelssatzes, sondern betrifft die Beweiswürdigung nach § 261 StPO⁵²².

Es ist unbestritten, dass sich der Zweifelssatz auch auf die für die Strafzumessung relevanten Umstände uneingeschränkt bezieht⁵²³. Deshalb ist es unzulässig, eine Strafmilderung deshalb abzulehnen, weil der relevante Milderungsumstand nicht feststeht, denn wenn unter Anwendung des Zweifelssatzes von einem bestimmten Sachverhalt auszugehen ist, hat dies die gleiche Bedeutung, wie wenn er positiv festgestellt ist⁵²⁴. Demnach ist der Grundsatz in dubio pro reo anzuwenden, wenn das Gericht nach der Beweisaufnahme tatsächlich den entsprechenden Zweifel daran hat, ob der Angeklagte aus Reue oder Sühne gestanden hat.

Aber dieser Grundsatz muss auch im Rahmen des Strafzumessungsrechts richtig angewendet werden. Dies stellt gerade den Kern des Streites in Bezug auf die strafmildernde Wirkung des Geständnisses dar.

4.4.2 Das „Innenleben“ des Beschuldigten – innere Tatsachen als Gegenstand der Beweiswürdigung

Das Geständnis darf nach herrschender Meinung nur dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn es Reue und Einsicht ausdrückt⁵²⁵. Daher ist den ausschließlich prozesstaktisch motivierten Geständnissen eine strafmildernde Wirkung zu verweigern⁵²⁶. Es ist jedoch nicht völlig auszuschließen, dass auch ein prozesstaktisch anmutendes Geständnis auf weiteren Erwägungen beruhen kann und durchaus auch von Reue und Einsicht getragen sein kann.

Obwohl sich die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) auch auf alle Umstände zu erstrecken hat, die für die Strafzumessung von Bedeutung sind⁵²⁷, bestehen die

⁵²² Kindhäuser, Strafprozessrecht, § 23 Rn. 67.

⁵²³ Vgl. nur Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 25.

⁵²⁴ Schäfer, Praxis der Strafzumessung, Rn. 719.

⁵²⁵ Vgl. nur SK-StPO/Schlüchter, Vor § 213 Rn. 45.

⁵²⁶ Vgl. Tscherwinka, Absprachen, S. 160 f.; Beulke/Satzger, JuS 1997, 1072, 1077; Weigend, NStZ 1999, 57, 60; Haas, GS-Keller, S. 45, 67; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 200; Streng, Strafrechtliche Sanktionen, Rn. 456; ders., FS-Schwind, S. 447, 449.

⁵²⁷ Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 1541.

Schwierigkeiten bei der Bewertung des Geständnisses dennoch darin, die Motivation des Geständigen zu ergründen. Die Tatgerichte sind mit der Erforschung der wahren Geständnismotive regelmäßig überfordert. Darin kommt eine Schwachstelle der Indizkonstruktion zum Ausdruck, die gleichzeitig erklärt, warum die Tatgerichte gewöhnlich anders verfahren und grundsätzlich einen Strafrabatt gewähren⁵²⁸. Daher besteht Uneinigkeit darüber, ob der Grundsatz *in dubio pro reo* im Falle eines Geständnisses Anwendung findet, mit der Folge, dass das Gericht davon ausgehen darf bzw. muss, dass das Geständnis aus Einsicht und Reue erfolgt ist.

Der 4. Senat hat in seiner Grundsatzentscheidung für die Fälle des absprachegemäß abgelegten Geständnisses den Zweifelssatz als Begründung herangezogen, um auch das taktisch motivierte Geständnis mit erfassen zu können (sog. *in-dubio*-Argument).

Es wäre sicherlich naiv zu behaupten, dass aus einem Geständnis zuverlässig auf Schuldeinsicht und Reue geschlossen werden kann. In der Tat ist die Situation in der Hauptverhandlung viel zu künstlich und oberflächlich, als dass dies ernsthaft angenommen werden kann. Jedoch kann man auf der anderen Seite nicht apodiktisch behaupten, dass der Beweggrund für das im Rahmen einer Absprache abgelegte Geständnis allein der in Aussicht gestellte Strafrabatt und keinesfalls Einsicht und Reue sind⁵²⁹. Dem Geständnis liegt regelmäßig nicht nur ein Motiv zugrunde, sondern ein Motivbündel. Die Beweggründe sind oft sogar für den Angeklagten selbst kaum unterscheidbar und abwägbar⁵³⁰. Kein Angeklagter wird in der Lage sein, allein aus altruistischen oder reumütigen Gründen zu handeln; er wird regelmäßig – zumindest auch – an die eventuellen positiven Konsequenzen eines Geständnisses für seine Stellung im Verfahren denken. Auch diese – rein prozesstaktischen – Erwägungen sind daher Motive praktisch jedes Geständnisses⁵³¹.

Dabei besteht das immens große praktische Problem, dass die wahren Gründe für das Geständnis im Verfahren nur sehr schwer aufzuklären sind. Es ist also nicht möglich, die Motive des Angeklagten, die der Innenwelt angehören, zu beleuchten. Man kann zwangsläufig nur von der Außenwelt auf die Innenwelt schließen, so dass zumindest ein „qualifiziertes“ Vollgeständnis⁵³² *prima facie* für Reue und Einsicht sprechen kann⁵³³, es sei denn, dass sich der Angeklagte ausdrücklich widersprüchlich verhält, indem er sich zum

⁵²⁸ Beulke/Satzger, JuS 1997, 1072, 1078; Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 89.

⁵²⁹ Vgl. Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 90; anders Haas, GS-Keller, S. 45, 68: „[...] sich insoweit Reue und Prozesstaktik durchaus ausschließen.“

⁵³⁰ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 175; ebenso Beulke/Satzger, JuS 1997, 1072, 1078.

⁵³¹ Beulke/Satzger, JuS 1997, 1072, 1078.

⁵³² Nach dem Beschluss des Großen Senats muss das absprachegemäß abgelegte Geständnis so konkret sein, dass seine Übereinstimmung mit der Aktenlage noch geprüft werden kann, vgl. BGHSt 50, 41, 49.

⁵³³ Vgl. SK-StPO/Schlüchter, Vor § 213 Rn. 45; Cramer, FS-Rebmann, S. 145, 148.

Beispiel mit dem Geständnis offen rühmend zu seiner Tat als etwas Richtigem bekennt⁵³⁴; oder aber bei einer erdrückenden Beweislage spricht ein plötzlicher Wechsel vom Leugnen zum Gestehen dafür, dass der Angeklagte die Aussichtslosigkeit weiteren Bestreitens erkannt hat und nunmehr das Gericht wenigstens milde stimmen will – und dass dies das einzige Motiv geblieben ist⁵³⁵. Hinzu kommt, dass jedes in öffentlicher Hauptverhandlung abgelegte Geständnis eines – ggf. zuvor leugnenden oder zumindest schweigenden – Angeklagten in der Regel nicht nur die Unterwerfungserklärung unter die Geltung der laut Anklage verletzen Norm beinhaltet⁵³⁶, sondern auch einer inneren Überwindung bedarf, die durchaus positive Schlüsse auf seine Persönlichkeit zulässt, denn es ist ein anerkanntes psychologisches Phänomen, dass viele Angeklagten sich schwer tun, vor den Augen und Ohren der Verfahrensbeteiligten und der Öffentlichkeit eine Straftat einzugestehen⁵³⁷. Dementsprechend stellt das Geständnis als solches in der Regel einen Anhaltspunkt dar, der die Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes rechtfertigt⁵³⁸.

Angesichts des Gedankens der Verhältnismäßigkeit und des Beschleunigungsgebots gebietet die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht immer die vollständige Sachverhaltsaufklärung. Bei unerreichbaren Beweismitteln in Bezug auf die Motive des Geständnisses ist das Gericht daher nicht verpflichtet, die Innenwelt des Angeklagten weiter zu erforschen. Das Gericht wäre überfordert, wenn es die wahren Motive eines geständigen Angeklagten erforschen müsste.

Im Ergebnis wies der 4. Senat des Bundesgerichtshofs in seiner Grundsatzentscheidung⁵³⁹ insoweit zu Recht darauf hin, dass die subjektiven Empfindungen des Angeklagten schwer messbar seien und die strafmildernde Wirkung des Geständnisses dem Angeklagten unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes zugute komme.

4.4.3 Zur Kritik am in-dubio-Argument

4.4.3.1 Die Argumentation der Kritiker

Es ist sehr streitig, ob der Zweifelssatz wie oben dargestellt angewendet werden darf.

⁵³⁴ Vgl. Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 65 f.: „[...] es wird auch dann eher strafscharfend wirken [müssen].“

⁵³⁵ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 174.

⁵³⁶ Zum Problem der „Normanerkennung“ vgl. Dencker, ZStW 102 (1990), 51, 66.

⁵³⁷ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 175; Siolek, Verständigung, S. 184; Schäfer, Praxis der Strafzumessung, Rn. 383.

⁵³⁸ Das übersieht Sch-Sch/Stree, StGB, § 46 Rn. 41a.

⁵³⁹ BGHSt 43, 195, 209; vgl. Kintzi, JR 1998, 249, 250.

In diesem Zusammenhang wird häufig die Ansicht vertreten, der Grundsatz in dubio pro reo sei auf die hinter einem Geständnis liegende Motivationslage nicht anwendbar, da allein durch die Tatsache einer Absprache regelmäßig ausgeschlossen sei, dass das später abgelegte Geständnis auf Reue und Schuldeinsicht beruhe⁵⁴⁰.

Gegen eine Anwendung des Zweifelssatzes wird weiterhin eingewandt, dass dessen Voraussetzungen (vollständige Sachverhaltsaufklärung) bei absprachebedingten Geständnissen regelmäßig nicht gegeben seien. Der Zweifelssatz setze also voraus, dass alle Versuche, den Sachverhalt aufzuklären, gescheitert seien. Erst danach dürfe die dem Angeklagten günstigste Fallgestaltung zugrunde gelegt werden. Da bei der Absprache die Möglichkeit, dass allein die Prozesstaktik das Motiv des Geständnisses war, erhöht sei, hätte dies eine erhöhte Aufklärungspflicht zur Folge. Das Gericht kläre aber in diesem Fall den Sachverhalt – d. h. hier die gegebenenfalls strafmildernd zu bewertenden Beweggründe des Geständnisses – nicht sorgfältig auf⁵⁴¹.

In die gleiche Richtung geht das Argument, dass sich die am Verfahren Beteiligten in der Absprachepraxis auf einen bestimmten (günstigeren) Sachverhalt einigten, auf den dann der Grundsatz in dubio pro reo angewendet werde. Von umfassenden Aufklärungsbemühungen könne insoweit keine Rede mehr sein. Es erhöerte sich der Eindruck, dass dem Geständnis – wie im Zivilprozess – mehr die Rolle einer prozessualen Erklärung zukomme⁵⁴².

Von den Kritikern am in-dubio-Argument wird darüber hinaus angeführt, dass man nach dem Zweifelssatz genauso davon ausgehen müsse, dass ein Täter, der vor Gericht nicht aussagt, nur aus Angst vor einer Verurteilung oder gar Scham schweige, in seinem Innersten aber die Tat zutiefst bereue⁵⁴³.

Schließlich wird am in-dubio-Argument kritisiert, dass der Zweifelssatz aufgrund seiner großzügigen Anwendung von einer auf Restzweifel im Einzelfall zugeschnittenen Ausnahmeregelung in eine Institution für den Standardfall umgestaltet werde⁵⁴⁴.

4.4.3.2 Bewertung

Sicherlich lässt sich kaum bestreiten, dass ein Geständnis, das auf Grundlage einer Absprache abgegeben wird, in erster Linie von prozesstaktischen Überlegungen bestimmt

⁵⁴⁰ Rönnau, wistra 1998, 49, 53; vgl. Schünemann, Absprachen, S. 111; ders., FS-Rieß, S. 525, 540: „Reue kann man nur unbedingt empfinden, und nicht von einem bestimmten Verhalten anderer abhängig machen.“

⁵⁴¹ Vgl. Rönnau, Absprache, S. 100 f.; ders., wistra 1998, 49, 53; Weigend, NStZ 1999, 57, 61.

⁵⁴² Hönig, Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses, S. 92.

⁵⁴³ Grünwald, StV 1987, 453, 454; Rönnau, wistra 1998, 49, 53; Kruse, StraFo 2000, 146, 147; Möller, JR 2005, 314, 319.

⁵⁴⁴ Vgl. Rönnau, Absprache, S. 101.

wird. Jedoch bedeutet dies noch nicht, dass nicht auch ein weiteres Motiv den Ausschlag für die Geständnisbereitschaft geben kann. Erfahrungsgemäß kann ein Geständnis viele Ursachen haben. Es ist daher vor allem nicht auszuschließen, dass sich auch hinter einem als Folge einer Absprache abgelegten Geständnis tatsächlich Einsicht und Reue verbergen. Immerhin unterwirft sich der Angeklagte in der öffentlichen Hauptverhandlung der zu erwartenden Strafe und erkennt damit seine Schuld an⁵⁴⁵. Die oben genannte kritische Ansicht vereinfacht also die Motive des Angeklagten unangemessen.

Das Argument, dass eine vollständige Sachverhaltsaufklärung bei absprachebedingten Geständnissen regelmäßig nicht gegeben sei, trifft im Regelfall nicht zu. Denn die Gewichtung der Motive innerhalb des Motivbündels ist aus Sicht des Gerichts regelmäßig unaufklärbar, und es werden sich nur in Ausnahmefällen Anhaltspunkte für eine sichere Beurteilung eines Geständnisses als rein prozesstaktisch finden lassen⁵⁴⁶. Mit anderen Worten wird die richterliche Erkenntnismöglichkeit von der kritischen Meinung überschätzt, wonach vom Gericht verlangt wird, die Gründe für ein Geständnis herauszufinden⁵⁴⁷.

Evident verkennt die Gegenansicht zudem den Gegenstand der Anwendung des Zweifelssatzes. Nach ihrer Schilderung einigen sich die Verfahrensbeteiligten über den (strafrechtlich relevanten) Sachverhalt, aber nicht über die Strafzumessung (Geständnis aus Reue). Die Frage, ob das Gericht aufgrund des abgesprochenen Geständnisses den objektiven Sachverhalt – ohne die Motive des Geständnisses - sorgfältig ermittelt hat, ist aber ein anderes Thema, auf das später noch einzugehen sein wird⁵⁴⁸.

Der von den Kritikern geschilderte Fall, dass ein Täter, der vor Gericht nicht aussagt, nur aus Angst vor einer Verurteilung oder gar Scham schweige, in seinem Innersten aber die Tat zutiefst bereue, ist eher unrealistisch. Sie verkennen die Voraussetzung für die Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes, denn bei ihrem konstruierten Fall fehlt es gerade an einem konkreten Anhaltspunkt für die entsprechenden Zweifel des Gerichts, wohingegen das Gericht diese tatsächlichen Zweifel beim Geständigen in der Regel nicht verneinen kann. Derjenige, der in der Regel am besten weiß, ob der Angeklagte die Tat bereut, ist der Angeklagte selbst. Um seiner selbst willen soll er seine Reue und Einsicht dem Gericht zeigen. Dadurch wird die These bestätigt, dass das Geständnis auch unmittelbar den Zwecken der Verteidigung dienen kann⁵⁴⁹.

Schließlich geht es in diesem Zusammenhang nicht um einen Ausnahmefall oder einen Regelfall, sondern vielmehr um die richtige Interpretation des Grundsatzes in dubio pro reo.

⁵⁴⁵ Herrmann, JuS 1999, 1162, 1165; Eschelbach, JA 1999, 694, 700.

⁵⁴⁶ Beulke/Satzger, JuS 1997, 1072, 1078.

⁵⁴⁷ Siolek, Verständigung, S. 185.

⁵⁴⁸ Siehe unten 5.1.2.

Die strafmildernde Wirkung eines ausgehandelten Geständnisses kann damit allenfalls über die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo gerechtfertigt werden, wenn und soweit im Einzelfall nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch Reue, Einsicht oder andere vergleichbare Motive vorgelegen haben. Der Zweifelsatz stellt folglich ein taugliches Argument für die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses dar.

4.5 Die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses – Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz?

4.5.1 Der Inhalt des nemo-tenetur-Grundsatzes

Der Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* wird gemeinhin als die Freiheit vom Zwang zur Aussage und zur Mitwirkung im Strafverfahren umschrieben⁵⁵⁰. Es handelt sich um einen übergeordneten Rechtsgrundsatz⁵⁵¹, dem das Bundesverfassungsgericht Verfassungsrang zugesprochen und auf den Schutz der Menschenwürde zurückgeführt hat⁵⁵². Deswegen muss dieser Grundsatz auch *de lege ferenda* gelten.

Nach diesem Grundsatz wird vom Beschuldigten lediglich ein passives Dulden, niemals jedoch eine aktive Mitarbeit am Strafprozess im Sinne einer Rechtspflicht verlangt⁵⁵³, wohingegen die Strafverfolgungsorgane den Sachverhalt zu erforschen und die Beweise zu sammeln verpflichtet sind. Eine Pflicht des Beschuldigten, diese Arbeit zu erleichtern, besteht nicht und würde in der Sache auf eine unzulässige Ungehorsamsstrafe hinauslaufen⁵⁵⁴. Darüber hinaus ist auch sonst die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit des Beschuldigten im Hinblick auf sein Prozessverhalten – also nicht nur im Hinblick auf seine Aussage zur Sache – vor einer Beeinträchtigung, namentlich durch die in § 136a StPO genannten Mittel, zu schützen⁵⁵⁵.

⁵⁴⁹ Siehe oben 1.3.2.2.3.

⁵⁵⁰ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 59 ff. m. w. N.

⁵⁵¹ Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 338; zu Quellen des nemo-tenetur-Grundsatzes siehe Schläuri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 76 ff.

⁵⁵² BVerfGE 56, 37, 49: „Unzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar wäre ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafrechtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen“; dazu kritisch Möller, JR 2005, 314, 317.

⁵⁵³ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 104.

⁵⁵⁴ Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 179.

⁵⁵⁵ Weißlau, Konsensprinzip, S. 230; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 183.

Schon ein Blick in die Geschichte⁵⁵⁶ zeigt allerdings, dass die Gewährung und darüber hinaus der besondere Schutz der Aussagefreiheit keine Selbstverständlichkeit sind. Erst der moderne Strafprozess hat die Pflicht des Angeklagten zur aktiven Mitwirkung beseitigt, die im alten Inquisitionsprozess zur durch Folter und später durch Ungehorsams- und Lügenstrafen erzwungenen Aussage führte⁵⁵⁷. Die Lehre von der doppelspurigen Indizkonstruktion wurde vom Bundesgerichtshof in den 1960er Jahren aufgrund von Bedenken hinsichtlich der Aussagefreiheit und des nemo-tenetur-Grundsatzes entwickelt, um letzteren gerade nicht über Gebühr einzuschränken⁵⁵⁸. Sie wurde also ins Leben gerufen, damit durch die Strafzumessung gerade kein Geständnisdruck ausgeübt wird⁵⁵⁹. Zudem schützt § 136a StPO den Beschuldigten vor Beeinträchtigungen seines Aussageverhaltens bei Vernehmungen. Der Beschuldigte muss frei darüber entscheiden können, ob und welche Aussage er machen will, d. h. im Rahmen der Absprache vornehmlich, ob und inwieweit er seine Beteiligung an einem strafrechtlich relevanten Sachverhalt einräumt (Geständnis)⁵⁶⁰. Auch wenn man eine entsprechende Zwangslage des Beschuldigten nicht per se annehmen will, liegt ein Verfahrensverstöß doch jedenfalls dann vor, wenn das Verhalten des Gerichts gegen die Garantien des § 136a StPO verstößt⁵⁶¹, da diese Vorschrift eine spezialgesetzliche Ausformung des allgemeinen Verfahrensgrundsatzes nemo tenetur se ipsum accusare ist⁵⁶².

In seiner Grundsatzentscheidung wies der 4. Senat⁵⁶³ auch ausdrücklich darauf hin, dass sowohl § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 1 StPO („Drohung“) als auch der nemo-tenetur-Grundsatz bei Verständigungsgesprächen zu beachten seien. Der Angeklagte dürfe nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe zu einem Geständnis gedrängt werden⁵⁶⁴. Was allerdings unter einer „höheren Strafe“ zu verstehen ist, ließ der 4. Senat offen. Welche offensichtliche Differenz beim Strafmaß zwischen einem absprachegemäßen und einem streitigen Urteil bestehen kann, zeigt der dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 03.03.2000⁵⁶⁵ zugrunde liegenden Fall:

In der tatgerichtlichen Entscheidung wurde dem Verteidiger des Angeklagten bei Abspracheverhandlungen zugesagt, dass bei einem entsprechenden Geständnis des Angeklagten eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von 2 Jahren in Betracht komme. Es kam aber weder zu

⁵⁵⁶ Siehe oben 2.1.2 sowie 2.1.3.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu oben 2.1.3.

⁵⁵⁸ Diese Bedenken lassen sich BGHSt 1, 105, 106 entnehmen, wo die doppelspurige Indizkonstruktion aufgrund der Bedenken entwickelt wurde, dass eine schematische Berücksichtigung von Geständnissen einen unzulässigen Druck (§ 136a StPO) auf den Angeklagten ausübe.

⁵⁵⁹ Eidam, Selbstbelastungsfreiheit, S. 266.

⁵⁶⁰ Rönna, Absprache, S. 183.

⁵⁶¹ Fezer, Strafprozessrecht, Fall 21, Rn. 16; KK-StPO/Boujong, § 136a Rn. 7.

⁵⁶² Schünemann, Absprachen, S. 99: „[...] für einen Rückgriff auf den allgemeinen nemo-tenetur-Grundsatz weder Raum noch Bedürfnis besteht“; anders Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 201 ff.

⁵⁶³ BGHSt 43, 195, 204.

⁵⁶⁴ BGHSt 43, 195, 204.

⁵⁶⁵ BGH StV 2000, 556, 557 mit Anm. Weider, StV 2002, 397 f.

einer erfolgreichen Absprache noch zu einem Geständnis des Angeklagten. Das Tatgericht hielt – bei gleichem Schuldspruch - nunmehr eine Freiheitsstrafe von 7 Jahren für schuldangemessen. Die exorbitante Abweichung zu den Abspracheverhandlungen wurde damit begründet, dass „der ganz wesentliche Strafmilderungsgrund des von Tateinsicht und Reue geprägten Geständnisses“ fehle.

Der 2. Senat des Bundesgerichtshofs hob das Urteil auf und verwies die Sache an ein anderes Landgericht zurück. Eine Straferhöhung um 5 Jahre bei fehlendem Geständnis lasse sich strafzumessungsrechtlich nicht begründen. Dieses Urteil zeigt damit, dass der Gedanke, in einer Absprache sei ein gewisses Drohungselement enthalten, nicht nur theoretischer Natur ist.

Darüber hinaus hat die nach der Grundsatzentscheidung des 4. Senats pauschale strafmildernde Berücksichtigung von Geständnissen im Ergebnis die Anwendung der doppelspurigen Indizkonstruktion sehr verändert. Ein Geständnis ist demnach grundsätzlich ein Strafmilderungsgrund, auch wenn seine Gewichtung unterschiedlich ausfallen kann⁵⁶⁶. Wie die Kommentierung von Theune⁵⁶⁷ zeigt, ist die ehemals vom Bundesgerichtshof vertretene Ansicht, ein Geständnis sei nur beachtlich, wenn es von Schuldeinsicht und Reue getragen werde (BGHSt 1, 105), mit der ebenfalls vom Bundesgerichtshof gebilligten Praxis der Tatgerichte, bei geständigen Angeklagten Prozessabsprachen über die Höhe der Strafe zu treffen, nicht mehr vereinbar.

Wenn das Geständnis im Strafprozess also in der Regel eine strafmildernde Wirkung hat, dann ergibt sich daraus Folgendes: Wer nicht gesteht und dennoch verurteilt wird, wird in der Regel härter bestraft als jemand, der unter gleichen Umständen die Tat gesteht⁵⁶⁸. Insofern muss allerdings beachtet werden, dass sich der Täter nach der Tat auf eine durch die Regeln des Verfahrensrechts klar definierte Rechtsposition beziehen kann: Er hat ein Schweigerecht (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO), er braucht an der Aufklärung nicht mitzuwirken oder sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*), er ist nicht an die Wahrheitspflicht gebunden (§ 153 StGB bezieht sich nur auf Zeugen und Sachverständige) und zu seinen Gunsten gilt die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK). Zu dieser Rechtsposition dürfen die Strafzumessungserwägungen nicht in Widerspruch treten⁵⁶⁹. Daher dürfen Schweigen und Leugnen als legitime Prozessverhaltensweisen nicht bei der Strafzumessung – in welcher (verdeckten) Form auch immer – zu Lasten des Angeklagten gewertet werden⁵⁷⁰. Damit besteht Anlass, die Vereinbarkeit einer strafmildernden Wirkung von Geständnissen mit dem *nemo-tenetur*-Grundsatz zu überprüfen.

⁵⁶⁶ BGHSt 42, 191, 195; 43, 195, 210.

⁵⁶⁷ LK-StGB/Theune, § 46 Rn. 206.

⁵⁶⁸ Möller, JR 2005, 314.

⁵⁶⁹ Meier, Strafrechtliche Sanktionen, S. 181.

⁵⁷⁰ Dies gilt auch für ein teilweises Schweigen, etwa zur Identität von Hintermännern, vgl. BGH NStZ-RR 1996, 71.

4.5.2 Zur Situation bei einem „isolierten“ Geständnis

4.5.2.1 Die Argumentation der Kritiker

Zunächst wird in der Literatur angeführt, dass die (zulässige) strafmildernde Wirkung eines Geständnisses und die (unzulässige) strafscharfende Wirkung des Nicht-Gestehens zwei Seiten derselben Medaille seien⁵⁷¹. Die Unterscheidung zwischen diesen beiden erweise sich also nicht als tragfähig, denn „wer milder straft, weil der Täter gestanden hat, begeht genau den gleichen Fehler wie derjenige, der strenger straft, weil der Täter geleugnet hat“⁵⁷². Sowohl in den Fällen einer strafscharfenden Wertung des Leugnens als auch bei schematischer strafmildernder Berücksichtigung eines Geständnisses werde das Verteidigungsverhalten des Angeklagten maßgeblich beeinflusst und Druck auf einen sich unkooperativ verhaltenden Angeklagten ausgeübt⁵⁷³.

Des Weiteren sprächen gegen eine pauschale strafmildernde Berücksichtigung von Geständnissen auch verfassungsrechtliche Gründe, da der nemo-tenetur-Grundsatz sowie die Verteidigungsrechte dadurch ausgehöhlt würden. Das Verfahrensrecht habe möglichst sicherzustellen, dass Unschuldige nicht zu Strafen verurteilt werden. Sähe sich der Angeklagte nun einer Strafzumessungspraxis gegenüber, in der das Geständnis schematisch die Strafe mildert, müsste er mit einer härteren Strafe rechnen, wenn er kein Geständnis ablegte, und dadurch könnten Unschuldige zu einem falschen Geständnis gedrängt werden. Der unschuldige Angeklagte, gegen den einige Indizien sprächen, würde also in Kenntnis der minimalen deutschen Freispruchsquote⁵⁷⁴ aufgrund einer Kosten-Nutzen-Analyse die sichere milde Strafe für eine nicht begangene Straftat akzeptieren, um das Risiko einer harten Strafe zu vermeiden⁵⁷⁵. Aber auch der schuldige Angeklagte, der in der legitimen Hoffnung auf unzureichende Beweise einen Freispruch anstrebte, würde darin gehindert werden, weil er Gefahr liefe, für diese Abstinenz vom Gericht besonders hart bestraft zu werden. Ein deutlicher Verstoß gegen die Unschuldsvermutung! So gehöre es denn auch heute zu den üblichen Strategien der Verteidigung, zur Erhaltung des favor iudicis im Zweifel dem Mandanten zu raten, sich eher auf einen Handel mit sicherem Ergebnis als auf ein Streitiges Verfahren mit unsicherem Ausgang einzulassen⁵⁷⁶.

Darüber hinaus hängt die Intensität des faktisch ausgeübten Drucks von der quantitativen Differenz zwischen der in Aussicht gestellten milderen Strafe und der „Normalstrafe“ ab (sog.

⁵⁷¹ Möller, JR 2005, 314, 319; Kruse, StraFo 2000, 146, 148.

⁵⁷² Die Formulierung stammt von M.E. Mayer, ZStW 27 (1907), 921, 922.

⁵⁷³ Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips, S. 198.

⁵⁷⁴ Oben Fn. 229.

⁵⁷⁵ Rönnau, Absprache, S. 101; Möller, JR 2005, 314, 319.

⁵⁷⁶ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 60.

Sanktionsschere). Je weiter geöffnet die Sanktionsschere ist, desto größer der Druck. Besonders groß ist diese Gefahr zum einen an der Schnittstelle zwischen einer Bewährungsstrafe und einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung, zum anderen an der Schwelle zur Eintragung der Straftat in das Führungszeugnis bei einer Verurteilung zu mehr als 90 Tagessätzen Geldstrafe⁵⁷⁷.

Schließlich wird nach dieser kritischen Meinung zugunsten des verfassungsrechtlich verbürgten nemo-tenetur-Grundsatzes ein Geständnis als solches für materiell-rechtlich unbeachtlich gehalten und auf eine entsprechende Strafmilderung für kooperatives Nachtatverhalten verzichtet.

4.5.2.2 Bewertung

Gerade im Strafverfahren steht der Beschuldigte stets unter dem Druck einer drohenden Verurteilung und ist somit im psychologischen Sinne „unfrei“. Zu nennen sind beispielsweise die Unsicherheit bezüglich Verlauf, Dauer und Ausgang des Verfahrens, Auswirkungen auf seine Reputation und damit auf Familie und Beruf, finanzielle Belastungen sowie physischer und psychischer Druck durch mögliche Untersuchungshaft oder andere Zwangsmaßnahmen wie Beschlagnahmungen und Hausdurchsuchungen. Grundsätzlich wird man sagen können, dass diese Belastungen zu den unvermeidbaren Einflüssen gehören, die die Strafverfolgung notwendigerweise mit sich bringt; sie können in der Regel keine Berücksichtigung bei der Anwendung des § 136a StPO finden⁵⁷⁸.

Es lässt sich auch nicht bestreiten, dass die Strafmilderung bei Geständnissen die Bereitschaft, sich streitig zu verteidigen, beeinträchtigen kann. Dies bedeutet allerdings nicht, dass diese Beeinträchtigung durch einen Geständnisbonus die Aussagefreiheit des Angeklagten unzulässig verletzt. Diese Beeinträchtigung nimmt der Gesetzgeber schon mit der Regelung über die strafmildernde Berücksichtigung des Schadensausgleichs (§§ 46 Abs. 2, 46a StGB) durch den dann notwendigerweise geständigen Angeklagten in Kauf⁵⁷⁹. Gestützt wird diese Argumentation durch § 136a StPO. Danach ist unter anderem das Versprechen von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen verboten. Diese Formulierung schließt ein, dass es gesetzlich vorgesehene „Vorteile“ geben kann, die an ein bestimmtes Aussageverhalten anknüpfen⁵⁸⁰.

Außerdem wird der Anspruch des geständigen Täters auf eine „gerechte, d. h. schuldangemessene und seine spezialpräventiven Bedürfnisse berücksichtigende Bestrafung“

⁵⁷⁷ Möller, JR 2005, 314, 319 f.

⁵⁷⁸ Vgl. Weßlau, Kinsensprinzip, S. 232 ff.

⁵⁷⁹ Schäfer, Praxis der Strafzumessung, Rn. 385; Eschelbach, JA 1999, 694, 700.

⁵⁸⁰ Weßlau, KJ 1993, 461, 467.

zu Unrecht ignoriert, wenn die strafmildernde Wirkung des Geständnisses als solche aufgrund des nemo-tenetur-Grundsatzes verneint wird. Wie dargestellt, gibt es für das Geständnis unter dem Gesichtspunkt des Grundsatzes in dubio pro reo einen berechtigten Strafmilderungsgrund. Deshalb ist es in der Tat nicht einsichtig, warum der Anspruch des geständigen Täters auf gerechte Strafe nicht berücksichtigt wird, nur weil sich andere potentielle Beschuldigte dann bei ihrer Entscheidung über die Wahrnehmung des Schweigerechts beeinträchtigt fühlen könnten⁵⁸¹.

Zudem besteht die behauptete Wechselbeziehung zwischen Strafschärfung und –milderung nicht. Ein Unterlassen einer Strafmilderung bedeutet logischerweise noch keine Strafschärfung, sondern nur ein Heranziehen des Durchschnittsmaßstabes⁵⁸².

4.5.3 Zur Situation bei einem absprachebedingtem Geständnis

Nach dem oben Gesagten ist die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses als solche vereinbar mit dem nemo-tenetur-Grundsatz. Dennoch ist fraglich, ob auch jede Absprache, die eine Strafmilderung für ein Geständnis zum Gegenstand hat und die vor allem vom Gericht initiiert wird, mit dem nemo-tenetur-Grundsatz vereinbar ist oder gegen § 136a StPO („Drohung“) als spezieller Ausprägung dieses Prinzips verstößt. Dies hätte zur Folge, dass eine Absprache nicht vom Gericht initiiert werden darf⁵⁸³.

4.5.3.1 Meinungsstand

Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs hob in seiner Grundsatzentscheidung⁵⁸⁴ hervor, dass § 136a StPO auch bei Absprachen zu beachten sei und dass der Angeklagte deshalb nicht durch Drohung zu einem Geständnis gedrängt werden dürfe. Der Senat sah jedoch allein in der Unterrichtung des Angeklagten, dass er nur im Fall eines Geständnisses mit einer milden Strafe rechnen könne, keinen Verstoß gegen § 136a StPO. In der Praxis haben die Gerichte auch bekanntlich nie gezögert, Angeklagte auf die mögliche strafmildernde Wirkung eines Geständnisses hinzuweisen⁵⁸⁵. Nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁵⁸⁶ aus dem

⁵⁸¹ Vgl. Weßlau, KJ 1993, 461, 466 ff., die sich auf die Berücksichtigung von Opferschutzinteressen bezieht.

⁵⁸² SK-StPO/Schlüchter, Vor § 213 Rn. 45.

⁵⁸³ Nach Meinung von Schmitt geht die Initiative für „Vergleichsgespräche“ häufig von der Verteidigung aus, etwa in der Form, dass bereits vor der Hauptverhandlung beim Vorsitzenden ausgelotet wird, was bei einem Geständnis für den Mandanten an Strafnachlass möglich ist; vgl. Schmitt, GA 2001, 411, 414.

⁵⁸⁴ BGHSt 43, 195, 204.

⁵⁸⁵ BGHSt 1, 387; 14, 189; 20, 268; zur Zulässigkeit entsprechender Hinweise vgl. Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 690; Meyer-Goßner, StPO, § 136a Rn. 23.

⁵⁸⁶ BGHSt 14, 189, 192. Allerdings ist der latente Druck, der mit dem Absprachevorschlag des Gerichts auf den Angeklagten ausgeübt wird, nach Ansicht des Bundesgerichtshofs auch „dann nicht hinzunehmen, wenn das dem Angeklagten angemessene Verhalten vordergründig einem Zweck dient, der mit der angeklagten Tat und dem Gang der Hauptverhandlung in keinem inneren Zusammenhang steht“; könnte jedes sozial anerkanntswerte

Jahre 1960 bestehen keine Bedenken, wenn das Gericht dem Angeklagten ins Gewissen redet, indem es ihn auf die erdrückende Beweislage hinweist und ihn gleichzeitig darauf aufmerksam macht, dass bei der Prüfung der Frage, ob ihm mildernde Umstände zugebilligt werden können, ein offenes Geständnis von Bedeutung sein kann. Mit dieser Entscheidung geht die Rechtsprechung davon aus, dass das Gericht durchaus dem (noch nicht geständigen) Angeklagten die mildernde Wirkung eines Geständnisses in Aussicht stellen darf.

Entsprechend wird in der Literatur⁵⁸⁷ teilweise behauptet, dass kein Anlass bestehe, solche Hinweise im Zusammenhang mit Absprachen auszuschließen, solange der Angeklagte keinem zusätzlichen Druck ausgesetzt wird. Dem wird auch teilweise hinzugefügt, dass Absprachen in den überwiegenden Fällen in Verfahren erzielt würden, in denen Anwaltszwang herrsche, und dieses Mindestmaß an Belastung durch eine angebotene Absprache für den Angeklagten unumgänglich sei. Ansonsten stelle eine Absprache, die auf ein Geständnis gegen Strafmilderung abziele und ohne anwaltliche Beteiligung statfinde, eine Drohung und damit einen Verstoß gegen § 136a StPO dar⁵⁸⁸.

Nach dem aktuellen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren des Bundesjustizministeriums vom 18.05.2006 wird „eine Autonomie des Gerichts für die Initiative zur Verständigung gewährleistet“ und deshalb in § 257c Abs. 1 StPO-E-BMJ vorgesehen, dass das Gericht „in geeigneten Fällen“ Verständigungsgespräche führen „kann“. Wann ein Fall geeignet ist, hänge „von den konkreten Umständen“ ab⁵⁸⁹. Demgegenüber soll es nach den Vorstellungen der Bundesrechtsanwaltskammer den Gerichten verboten werden, die Initiative für eine Absprache zu ergreifen⁵⁹⁰.

4.5.3.2 Bewertung

Die von der Rechtsprechung tolerierte Handhabung in der Praxis und der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums sind abzulehnen.

Theoretisch bedeutet, wie oben dargestellt, ein Unterlassen der Strafmilderung logischerweise noch keine Strafschärfung. In Wirklichkeit befindet sich der Angeklagte aber in einer schwierigen psychologischen Situation, wenn das Gericht eine Absprache initiiert bzw. einen Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses gibt. Denn geht der Angeklagte auf die Angebote des Gerichts nicht ein, ist er im ordentlichen Strafverfahren einem erheblichen Prozessrisiko ausgesetzt. Dieses Prozessrisiko konstituiert sich

Verhalten des Angeklagten zum Gegenstand einer Absprache über die Strafzumessung gemacht werden, so würde dies zu einem unzulässigen „Handel mit Gerechtigkeit“ führen (vgl. BVerfG NJW 1987, 2663); vgl. BGHSt 49, 84, 88.

⁵⁸⁷ Herrmann, JuS 1999, 1162, 1165; Janke, Verständigung und Absprachen, S. 161.

⁵⁸⁸ Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 163; Siolek, Verständigung, S. 188.

⁵⁸⁹ Begr. RE, S. 22.

⁵⁹⁰ Vgl. BRAK-Strafrechtausschuss, ZRP 2005, 235, 237.

insbesondere durch die Unschärferelationen bei der Beweiswürdigung sowie bei der Strafzumessung des Gerichts. Sein sehr freies Ermessen nutzt das Gericht daher bei Abspracheverhandlungen (aus), um den Angeklagten in ein Machtspiel zu verwickeln, bei dem er in letzter Konsequenz in die Knie gehen muss⁵⁹¹. Es wäre folglich eher naiv zu glauben, der Angeklagte lege sein Geständnis freiwillig ab.

In diesem Zusammenhang ist für die Frage der Aussagefreiheit maßgeblich, wie der Beschuldigte als objektiver Erklärungsempfänger die Äußerungen des Gerichts verstehen konnte und verstanden hat⁵⁹². Aus der Sichtweise eines „normalen“ Angeklagten bzw. Verteidigers steht immer zu befürchten, dass sich im Falle des Nichteingehens des Angeklagten auf Angebote des Gerichts neue Strafschärfungsgründe einschleichen⁵⁹³. Denn sein „Verhandlungspartner“, das Gericht, hat sowohl die Leitung der Hauptverhandlung als auch die Festsetzung des Strafmaßes in der Hand. Somit ist wegen des generellen Subordinationsverhältnisses zwischen Angeklagtem und Gericht von einer Einschüchterung oder – je nach Einzelfall - von einer vollständigen Erschütterung der Entschließungs- und damit auch der Aussagefreiheit des Angeklagten auszugehen⁵⁹⁴. In Anbetracht der Definitionsgewalt des Gerichts und des damit verbundenen allgemeinen Prozessrisikos ist das Konzept der Freiwilligkeit eher naiv⁵⁹⁵.

Es dürfte auch weit verbreitet sein, dass die Ablehnung von Angeboten des Gerichts nachteilig für die Strafzumessung ist. Hier geht es nicht mehr nur um die Bemessung der Strafe für den konkreten Angeklagten, sondern um die Einflussnahme auf das Prozessverhalten künftiger Angeklagter. Da aufgrund des weiten Strafrahmens und des weiteren Spielraumes die Überlegungen zum Strafmaß im schriftlichen Urteil dem Angeklagten normalerweise nicht einleuchten, befürchtet dieser, dass das Fehlen an Kooperation bei ihm ausschlaggebend für das erhöhte Strafmaß ist, auch wenn die später ausgesprochene Strafe schuldangemessen und strafzumessungsdogmatisch begründet ist⁵⁹⁶.

Darüber hinaus könnte eine durch das Gericht initiierte Absprache beim Angeklagten die (berechtigte) Besorgnis der Befangenheit auslösen und den Angeklagten in eine unzulässige

⁵⁹¹ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 71.

⁵⁹² Vgl. Seier, JZ 1988, 683, 688; Rönnau, Absprache, S. 192.

⁵⁹³ Vgl. Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 177.

⁵⁹⁴ Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 165.

⁵⁹⁵ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 71.

⁵⁹⁶ Vgl. Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 177: „Dabei ist selbstverständlich, dass derartige Überlegungen zum Strafmaß sich im schriftlichen Urteil nicht wieder finden. Bei den weiten Strafrahmen und dem weiten Spielraum, den der Trichter bei der Bestimmung der konkreten Strafe hat, kann fast jede Strafe auch unter Berücksichtigung der ‚offiziellen‘ Strafzumessungsgründe dogmatisch ‚sauber‘ und den Anforderungen der Rechtsprechung genügend begründet werden.“

Drucksituation bringen, da er seine Verteidigung vor einem Gericht vorbringen muss, welches ihm schon deutlich gezeigt hat, dass es von seiner Schuld überzeugt ist⁵⁹⁷.

Im Ergebnis ist deshalb eine Drohung im Sinne von § 136a Abs. 1 S. 3 StPO anzunehmen, wenn die Absprache auf eine Strafmilderung gegen Abgabe eines Geständnisses angelegt ist und das Gericht eine Absprache initiiert⁵⁹⁸.

In Anlehnung an die Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Absprachepraxis⁵⁹⁹ könnte man auch die Ansicht vertreten, dass ein Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz nur dann vorliegen kann, wenn die Initiative zur konsensualen Beilegung des Verfahrens vom Gericht ergriffen wird, nicht aber, wenn der Angeklagte die Initiative zu einer Absprache ergreift. In einem Kammerbeschluss diente eine solche Sichtweise dem Bundesverfassungsgericht als zentrales Argument dafür, eine „rechtsstaatlich bedenkliche Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit des Angeklagten“ und einen entsprechenden Verstoß gegen § 136a StPO zu verneinen. Es war im konkreten Fall nämlich der Angeklagte selbst, der eine Einigung anstrebte, ohne von Gericht oder Staatsanwaltschaft dazu aufgefordert oder auch nur angesprochen worden zu sein. Deshalb blieb er nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts „Herr seiner Entschlüsse“, als es um die Wirkung des Ergebnisses der von ihm angeregten Verständigung auf sein Aussageverhalten ging⁶⁰⁰.

Jedoch greift diese Kernaussage des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen einer Absprache in mehrfacher Hinsicht zu kurz⁶⁰¹. Zum einen kommt trotz der Initiative durch den Beschuldigten oder seinen Verteidiger zumindest noch die Anwendung des § 136a StPO hinsichtlich der Variante „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ in Betracht⁶⁰². Hier nannte der 4. Senat in seiner Grundsatzentscheidung die Zusage des Gerichts zur Ausgestaltung des Strafvollzugs als Beispiel für einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil⁶⁰³. Zum anderen ist darauf hinzuweisen, dass trotz der Absprache-

⁵⁹⁷ Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 157; Matt/Vogel, FS-BRAK, S. 391, 393: „Vielmehr sollen Initiierung und Aushandeln der Absprache im Prinzip den ‚Hauptparteien‘ (Staatsanwaltschaft und Beschuldigten bzw. Verteidiger) überantwortet werden.“

⁵⁹⁸ Weitere Bedenken in diesem Zusammenhang liegen darin, ob der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 GG) durch die Initiative bzw. Auswahl zur Absprache vom Gericht verletzt wird. Berücksichtigt man die Rechtstatsache, wonach Absprachen häufig bei Wirtschaftskriminalität in Erscheinung treten, bei Gewaltkriminalität hingegen nur in geringerem Umfang, so folgt daraus, dass die gegenwärtige Absprachepraxis zu einer Begünstigung von „Wohlstandskriminellen“ und somit zum Verstoß gegen Art. 3 GG führt und weiterhin führen kann, vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 55; auch Altenhain/Hagemeyer/Haimerl, NSTZ 2007, 71, 72: „Verfassungsrechtlich (Art. 3 GG) ist [...] erforderlich: eine Gewährleistung des gleichen Zugangs aller Angeklagten zu einer Absprache.“

⁵⁹⁹ BVerfG NSTZ 1987, 419 = NJW 1987, 2662.

⁶⁰⁰ BVerfG NSTZ 1987, 419, 420 = NJW 1987, 2662, 2663.

⁶⁰¹ Rönna, Absprache, S. 189.

⁶⁰² Seier, JZ 1988, 683, 687; Rönna, Absprache, S. 189; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 171.

⁶⁰³ BGHSt 43, 195, 204: „Die Strafkammer verspricht dem Angeklagten ‚Freigang‘ als Gegenleistung für ein Geständnis.“

initiative durch den Beschuldigten das Gericht oder die Staatsanwaltschaft während der laufenden Gespräche noch einen erheblichen Druck auf den Beschuldigten ausüben können, etwa indem das Gericht oder die Staatsanwaltschaft das Angebot der Verteidigung als nicht ausreichend ansieht und eine zusätzliche Leistung fordert, d. h., den Beschuldigten dazu zwingt, Kompromisse einzugehen⁶⁰⁴, so dass aufgrund der entstehenden Konfliktlage die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit nicht unerheblich beeinträchtigt werden. Selbst in den Fällen, die scheinbar reibungslos abgewickelt werden, bei denen die Prozessbeteiligten sich also innerhalb kürzester Zeit auf einen für sie tragbaren Kompromiss einigen, schwebt das Risiko des Scheiterns der Verhandlungen immer über dem Beschuldigten⁶⁰⁵.

Diesem Druck kann auch nicht mit dem Argument begegnet werden, dass der Beschuldigte durch die Anregung der Absprache zumindest indirekt mit der möglicherweise entstehenden Zwangssituation einverstanden ist. Der Gedanke des *venire contra factum proprium* findet im Rahmen des § 136a StPO keine Anwendung, da § 136a Abs. 3 S. 2 StPO trotz Einwilligung des Beschuldigten mit der Durchführung verbotener Vernehmungsmethoden eine Unverwertbarkeit seiner Aussage vorsieht.

Zusammenfassend ist nicht die „Leistung“ an sich, nämlich die Strafmilderung bei einem von Reue und Schuldeinsicht getragenen Geständnis, unvereinbar mit dem § 136a Abs. 1 S. 3 Var. 1 StPO, sondern die Gesamtumstände, welche die Absprachepraxis charakterisieren. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mag letztlich im konkreten Fall zu einem zutreffenden Ergebnis gekommen sein; eine dogmatisch ausdifferenzierte Lösung für die Bewertung der Absprachepraxis allgemein unter dem Aspekt der Verletzung des § 136a StPO hat der Beschluss sicherlich nicht geliefert.

4.6 Vorschlag zur Änderung des Strafgesetzbuches: Schaffung einer neuen Strafmilderungsvorschrift („§ 46b StGB“)

Schon Franz von Liszt hat bemängelt, dass Strafzumessung bei näherer Betrachtung ein „Taschenspielerkunststück“ sei. Für die Höhe der zuerkannten Strafe seien Zufall und Willkür maßgebend, Strafzumessung sei daher ein Griff ins Dunkle⁶⁰⁶.

Zwar erhöhten die Revisionsgerichte im Rahmen der Strafzumessung in jüngerer Zeit die Anforderungen insbesondere an die nachvollziehbare Begründung von Strafmaßentscheidungen deutlich, jedoch ist nicht zu übersehen, dass dem Tatgericht aufgrund der

⁶⁰⁴ Rönna, Absprache, S. 192.

⁶⁰⁵ Rönna, Absprache, S. 186, 189.

⁶⁰⁶ Siehe Stalinski, Aussagefreiheit und Geständnisbonus, S. 96.

relativ unbestimmten und teilweise widersprüchlichen Anweisungen des Gesetzes jedenfalls in der Rechtswirklichkeit ein beachtlicher Spielraum verbleibt, innerhalb dessen die Festsetzung der Sanktion „vertretbar“ und deshalb – bei entsprechender Begründung - mit Rechtsmitteln nicht erfolgreich angreifbar ist⁶⁰⁷. Wenn dem Gericht nach wie vor die Befugnis eingeräumt wird, ein Geständnis strafmildernd zu bewerten, bekommt der Laie deshalb immer leicht den „falschen“ Eindruck, dass diese Strafmilderung eine „Gnade“ des erkennenden Gerichts sei, obwohl diese Milderung im Einzelfall nach dem Strafzumessungsrecht angemessen ist. Daraus folgt dann die weit verbreitete Ansicht in der Bevölkerung, dass der Angeklagte ein Geständnis ablegen sollte, um diese Gnade zu bekommen, da das Gericht ansonsten bei der Strafzumessung „wütend“ reagiere. Hieraus ergibt sich ein unzulässiger Geständnisdruck, auch wenn der Angeklagte selbst ein Geständnis in Aussicht stellt, ohne dass dies vom Gericht vorher gefordert worden ist.

Das von einem Angeklagten befürchtete Prozessrisiko konstituiert sich insbesondere durch die Unschärferelationen bei der Beweiswürdigung sowie bei der hier interessierenden Strafzumessung. Letztere hängt mit der unvorhersehbaren Vielfalt von Strafzumessungsmöglichkeiten, die sich aus den Strafrahmen ergeben, zusammen, so dass das Gericht immer behaupten kann, die verhängte Strafe sei schuldangemessen, gleichgültig, ob sie im Einzelfall zureichend begründet ist⁶⁰⁸. Daher wäre es sinnvoll, die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses im Strafgesetzbuch wie Versuch, Beihilfe und Täter-Opfer-Ausgleich (§§ 23, 27, 46a StGB) als Strafrahmenverschiebung zu normieren⁶⁰⁹. Damit bliebe einerseits kein Raum für die Variante „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ im Sinne von § 136a StPO, andererseits stellte die Strafmilderung weder Gnade noch „Drohung“ des Gerichts im Sinne von § 136a StPO dar, sondern eine gerechte Strafe. Dementsprechend sollte eine Begründung des Gerichts in den Urteilsgründen stets erforderlich sein, wenn diese Strafrahmenverschiebung abgelehnt wird⁶¹⁰.

Sofern diese Strafmilderung gesetzlich geregelt wird, besteht im Übrigen auch keine Gefahr, dass Befangenheitsgründe geschaffen werden oder sogar § 136a StPO verletzt wird, wenn das Gericht den Angeklagten auf diese gesetzliche Situation hinweist. Bei dem nicht oder unzureichend verteidigten Angeklagten ist ein solcher Hinweis nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten, weil das Gericht ihn aufgrund seiner Fürsorgepflicht auf die Nachteile hinweisen muss, die sein Schweigen mit sich führen kann.

⁶⁰⁷ Jescheck/Weigend, AT, S. 871.

⁶⁰⁸ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 71 f.

⁶⁰⁹ Tiedemann/Dannecker/Vogel, ZRP 1992, 107, 109: „eine Mindestsicherung [...] den ‚Strafrabatt‘ gesetzlich zu verankern (wie im neuen italienischen Strafprozessrecht).“

⁶¹⁰ Schäfer, Praxis der Strafzumessung, Rn. 796.

4.6.1 Der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer

Als zeitnahe Reaktion auf den Appell des Großen Senats⁶¹¹ hat der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer bereits im August 2005 einen Entwurf zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren vorgelegt⁶¹². Im Unterschied zu anderen Entwürfen (z. B. dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums) enthält dieser nicht nur eine strafprozessuale Regelung der Urteilsabsprache, sondern beinhaltet zusätzlich den Vorschlag, eine materiell-rechtliche Vorschrift im Strafzumessungsrecht einzufügen⁶¹³.

4.6.1.1 Obligatorische Strafmilderung (nur) im Falle einer Urteilsabsprache

Nach dem Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer kann das Gericht auf übereinstimmenden Antrag der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten diesem unter Darlegung seiner rechtlichen Bewertung der angeklagten Tat eine Strafobergrenze sowie andere Rechtsfolgen für den Fall zusagen, dass der Angeklagte vom Gericht konkret bezeichnete sachgemäße Bedingungen erfüllt. Als Bedingungen kommen insbesondere ein Geständnis, die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens, das ernsthafte Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten und ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient, in Betracht (§ 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK)⁶¹⁴.

Neben der (typischen) Strafobergrenze soll das Gericht auch „andere Rechtsfolgen“ versprechen können. Zwar heißt es in der Begründung des Entwurfs, „welche [...] Rechtsfolgen zugesagt werden können, soll der Rechtsprechung überlassen bleiben“; der Entwurf nennt aber gleichwohl Beispiele für „andere Rechtsfolgen“, so unter anderem den Inhalt einer Anrechnungsentscheidung gem. § 51 StGB, die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 StGB), die Aussetzung der Unterbringung (§ 67b StGB), die Dauer einer Sperre nach § 69a StGB, die Aussetzung eines Berufsverbots (§ 70a StGB) und die Anordnung bzw. den Umfang eines Verfalls oder einer Einziehung (insbesondere § 73c StGB)⁶¹⁵.

Nach dem Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer soll mit einer derartigen Urteilsabsprache gemäß § 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK zugleich eine Strafmilderung verbunden sein. Dafür soll im Anschluss an § 46a StGB ein neuer § 46b StGB mit folgendem Wortlaut

⁶¹¹ BGHSt 50, 40, 63.

⁶¹² BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235 ff.

⁶¹³ In der Literatur plädiert Meyer-Goßner, NSTZ 1992, 167, 168 f. für eine gesetzlich verankerte Verschiebung des Strafrahmens bereits dann, wenn der Angeklagte nach Eröffnung des Hauptverfahrens erklärt, dass er den Anklagevorwurf einräumt.

⁶¹⁴ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 237.

⁶¹⁵ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 239.

eingefügt werden: *„Im Fall einer Urteilsabsprache (§ 243a der Strafprozessordnung) ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.“*⁶¹⁶

In der Begründung zu dieser neuen Strafzumessungsvorschrift heißt es: „Die gesetzliche Regelung einer Strafmilderung führt zu einer größeren Legitimation des Abspracheverfahrens. [Sie] soll einen weiteren Anreiz für den Angeklagten bilden, sich auf eine Absprache einzulassen. [...] § 46b StGB neu ist als obligatorische Strafmilderungsvorschrift ausgestaltet. Dadurch wird zum Ausdruck gebracht, dass grundsätzlich in Verfahren, die mit einem auf einer Urteilsabsprache beruhenden Urteil enden, eine Strafmilderung zu erfolgen hat. Damit werden bewusst auch Straftaten erfasst, für die das Gesetz lebenslange Freiheitsstrafe androht [...].“⁶¹⁷

4.6.1.2 Bewertung

Technisch gesehen verbleibt der Gesetzesvorschlag bezüglich seines materiell-rechtlichen Teils im System der Strafraumenverschiebung in Fällen besonderer gesetzlicher Strafmilderungsgründe. Diese gesetzliche Strafmilderung verweist auf die Vorschrift des § 49 Abs. 1 StGB⁶¹⁸.

Es ist allerdings sehr auffällig, dass § 46b StGB als obligatorische Strafmilderungsvorschrift ausgestaltet werden soll. Dadurch würde aber der Spielraum des Gerichts bei der Strafzumessung und bei der Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls zu stark eingeeignet⁶¹⁹. Auf diese Weise würde die absolute Strafdrohung des § 211 StGB quasi durch die „Hintertür“ beseitigt und damit eine auf direktem Weg nicht verwirklichungsfähige jahrelange rechtspolitische Forderung Gesetz⁶²⁰.

Auf der anderen Seite ist es nicht einleuchtend, warum das Geständnis im Rahmen einer Urteilsabsprache wertvoller sein soll als das in anderem Zusammenhang abgelegte Geständnis, zum Beispiel zu Beginn des Ermittlungsverfahrens⁶²¹. Ein Angeklagter stünde also besser, wenn er erst in der Hauptverhandlung – nach Zusage einer Strafobergrenze sowie

⁶¹⁶ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 237, 240. Eine ähnliche Formulierung für § 46b StGB n. F. findet sich im Alternativvorschlag von Matt/Vogel, FS-BRAK, S. 391, 401: „Bei einer Urteilsabsprache (§ 412c Strafprozessordnung) ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern, wenn der Angeklagte die ihm gestellten Bedingungen erfüllt. § 50 findet keine Anwendung.“

⁶¹⁷ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 240 f.

⁶¹⁸ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 241.

⁶¹⁹ Landau/Bünger, ZRP 2005, 268, 271.

⁶²⁰ Bittmann, DRiZ 2007, 22; ebenso Meyer-Goßner, StV 2006, 485, 488: „denn Mord scheint mir nicht verhandelbar.“

⁶²¹ Nach taiwanesischem Strafrecht kann die Strafe gemildert werden, wenn jemand wegen einer noch nicht entdeckten strafbaren Handlung aufgrund einer Selbstanzeige verurteilt wird (§ 62 t.StGB).

anderer Rechtsfolgen innerhalb einer Abspracheverhandlung – gesteht, obwohl bereits ein Geständnis im Ermittlungsverfahren – sogar ganz besonders – zur Abkürzung des Verfahrens beiträgt und dieses Verhalten damit in mindestens gleicher Weise honorabel ist⁶²². Zudem wird nach dem Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer nicht das Prozessverhalten des Angeklagten belohnt, sondern allein das Zustandekommen eines abgesprochenen Urteils, das wesentlich vom Prozessverhalten der anderen Beteiligten abhängt. Kommt es am Ende nicht zu einem Urteil im Abspracheverfahren, zum Beispiel wenn die Staatsanwaltschaft der zugesagten Strafobergrenze widerspricht, dann steht der Angeklagte da, ohne etwas gewonnen zu haben; verloren hat er aber seine Unschuld⁶²³.

Darüber hinaus kann das Tatgericht nach der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung nur für den (typischen) Fall eines Geständnisses des Angeklagten als Gegenleistung eine Strafobergrenze zusagen. Demgegenüber erweitert der Entwurf der Bundesrechtsanwaltskammer die möglichen Bedingungen des Gerichts für die Zusage einer Strafobergrenze sowie anderer Rechtsfolgen. Neben dem Geständnis kommen auch die Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens, das ernsthafte Bemühen um einen Ausgleich mit dem Verletzten und ein sonstiges Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient, in Betracht. Es handelt sich als lediglich um eine – nicht abschließende - Aufzählung besonders nahe liegender Fälle (vgl. § 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK). Besonders bedenklich erscheint dabei das „sonstige Verhalten, das der Verfahrensbeschleunigung dient“. Hier schwebt den Verfassern des Entwurfs unter anderem der Fall vor, dass sich der Angeklagte den Verzicht auf die Stellung von Beweisanträgen durch eine Strafmilderung „abkaufen“ lässt. Das erscheint mit dem Strafzumessungsrecht unvereinbar. Zudem stellt dies ziemlich unverhohlen eine „zwingende Einladung“ des Beschuldigten zum Verzicht auf prozessuale Rechte dar⁶²⁴. Während sich das Geständnis, der Täter-Opfer-Ausgleich und die Schadenswiedergutmachung auf die angeklagte Straftat beziehen und so mit §§ 46, 46a StGB „kompatibel“ sind, wird hier ein rein auf das Verfahren bezogenes Verhalten mit der Strafzumessung in Verbindung gebracht. Das ist revolutionär und geht von einem gänzlich anderen – abzulehnenden – Verständnis der Strafzumessung aus⁶²⁵. Es ist nicht verständlich, warum die Urteilsabsprache per se eine legitime Rolle im Strafzumessungsrecht spielen soll. Eine Begründung nach dem Motto: „dieses Strafmaß ist gerecht, weil alle Beteiligten beschlossen haben, eine bestimmte Verfahrensweise einzuhalten“, ist als selbständige Legitimation evident ungeeignet. Eine solche Begründung würde nur auf einen von den Beteiligten Akteuren prozessual erzeugten Zustand verweisen⁶²⁶. Man denke an die Beispiele, in denen der Angeklagte auf die an sich mögliche Stellung von Beweisanträgen verzichtet

⁶²² Vgl. Weßlau, StV 2006, 357, 361; Jahn/Müller, JA 2006, 681, 684; Ignor, FS-BRAK, S. 321, 327 f.

⁶²³ Weßlau, StV 2006, 357, 361.

⁶²⁴ DAV-Strafrechtsausschuss, StraFo 2006, 89, 95.

⁶²⁵ Meyer-Goßner, StV 2006, 485, 487.

⁶²⁶ Weßlau, StV 2006, 357, 361.

oder ein Rechtsmittel zurücknimmt. In diesen Fällen einer Urteilsabsprache ist nur die Prozessökonomie, die bei der Strafzumessung gerade keine Rolle spielen darf, betroffen⁶²⁷.

Schließlich weist Meyer-Goßner⁶²⁸ zu Recht darauf hin, dass man sich – anders als der Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer – zwischen der Vereinbarung einer konkreten Strafe, der Festsetzung einer Strafobergrenze und einer gesetzlichen Strafmilderung entscheiden müsse. Denn die Kombination aus der Zusage einer Strafobergrenze und einer gesetzlichen Strafmilderung laufe auf eine doppelte Strafmilderung hinaus.

4.6.2 Eigener Vorschlag: fakultative Strafmilderung in allen Fällen eines Geständnisses

Statt einer zwingenden Strafmilderung sollte eine fakultative Strafrahmenverschiebung eingeführt werden, damit es der umfassenden Würdigung des Gerichts vorbehalten bleibt, den angemessenen Umfang der Herabsetzung der Strafe zu bestimmen.

Außerdem sollte dieser neue gesetzliche Strafmilderungsgrund nicht auf Urteilsabsprachen beschränkt werden und gleichzeitig das Motiv des Gesetzgebers für eine strafmildernde Wirkung des Geständnisses zum Ausdruck bringen.

Auf eine darüber hinausgehende spezielle strafprozessuale Regelung der Urteilsabsprache nach dem Muster des § 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK sollte dagegen verzichtet werden. Denn eine solche Regelung würde einerseits prozessrechtlich den nemo-tenetur-Grundsatz verletzen⁶²⁹, andererseits liefe sie auf die von Meyer-Goßner befürchtete doppelte Strafmilderung hinaus und wäre damit materiell-rechtlich unvereinbar mit dem Strafzumessungsrecht. Insbesondere ist die abgesprochene Strafobergrenze, die häufig am unteren Rand des Strafrahmens liegt, schädlich für das Ansehen der Strafjustiz in der Öffentlichkeit. Schuldangemessene, den Grundsätzen der Spezial- und Generalprävention verpflichtete Strafen, die von der Bevölkerung erwartet werden, sind – vor allem im Bereich der Wirtschaftskriminalität, der durch die komplexe Rechtsmaterie und den engagierten Verteidiger gekennzeichnet wird - in der Regel im Konsens nicht zu erzielen. Jede Einigung hat ihren Preis, und der lautet nur allzu oft: „Zwei Jahre mit Bewährung“⁶³⁰.

⁶²⁷ Siehe oben 4.3.2.2.

⁶²⁸ Meyer-Goßner, StV 2006, 485, 488.

⁶²⁹ Dazu oben 4.5.3; zur Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit siehe unten 5.2.

⁶³⁰ Vgl. Harms, FS-Nehm, S. 289, 294. Dies kommt auch in der Überschrift des Aufsatzes von Zierl, AnwBl 1985, 505 zum Ausdruck: „Tausche Geständnis gegen Bewährung“.

Deswegen schlägt die vorliegende Arbeit folgenden Wortlaut eines neuen § 46b StGB vor: *Im Falle eines Geständnisses kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, es sei denn, es ist erwiesen, dass das Geständnis nicht aus Einsicht und Reue abgelegt wurde (§ 46b StGB)*

4.6.3 Exkurs: Gerichtliche Zusage eines bestimmten Strafmaßes als Anreiz für die Ablegung eines Geständnisses?

Auch wenn diese strafmildernde Wirkung eines Geständnisses gesetzlich geregelt würde, reicht dies den Praktikern als Anreiz für den Angeklagten zur Ablegung eines Geständnisses noch nicht aus. Nach ihrer Ansicht muss das Gericht über konkrete „Handelsware“ verfügen, um den Angeklagten zur Abgabe eines Geständnisses zu bewegen. Denn nur auf eine exakte Strafmaßzusage lässt sich der Angeklagte erfahrungsgemäß ein.

Mit Rücksicht auf §§ 260, 261 StPO hielt es der 4. Senat des Bundesgerichtshofs in seiner Grundsatzentscheidung für unzulässig, dem Angeklagten als Gegenleistung für sein Geständnis die genaue Höhe der im Urteil zu verhängenden Strafe verbindlich zuzusagen und hob das untergerichtliche Urteil gerade deshalb im Strafausspruch auf⁶³¹. Denn diese Vorschriften verlangten, dass das Gericht im Rahmen der Urteilsberatung allein aus dem Inbegriff der Verhandlung über die Strafzumessung entscheide. Auch § 46 StGB würde nach Ansicht des Senats durch die Beschränkung der Strafzumessungsentscheidung auf den Zeitpunkt der Absprache verletzt. Jedoch hielt es der 4. Senat für unbedenklich, wenn das Gericht für den Fall der Ablegung eines glaubhaften Geständnisses im Wege der Absprache eine Strafobergrenze angebe, die es nicht überschreiten werde. Denn die Angabe einer Obergrenze stelle sicher, dass sich das Tatgericht die Freiheit erhalte, auf den Verlauf des Prozesses reagieren zu können. Daher begegne es auch keinen Bedenken, wenn das Gericht seine Prognose zunächst in Gestalt einer Strafobergrenze formuliere und später die verhängte Strafe exakt der genannten Obergrenze entspreche.

Die Leitlinie des 4. Senats wird vom Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums übernommen und ergänzt. Demnach soll das Gericht künftig „mit Zustimmung des Angeklagten eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben“ (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO-E-BMJ) dürfen, obwohl dem Entwurf eine Ergänzung des Strafzumessungsrechts entsprechend dem Vorschlag der vorliegenden Arbeit fehlt. Die Möglichkeit der Angabe einer Strafuntergrenze zielt dabei auf eine Verständigung mit der Staatsanwaltschaft ab und soll sicherstellen, dass die Vorstellungen der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Mindesthöhe der zu verhängenden Strafe gewahrt bleiben⁶³².

⁶³¹ BGHSt 43, 195, 206 f.; vgl. Herrmann, JuS 1999, 1162, 1165.

⁶³² Dazu kritisch Meyer-Goßner, NStZ 2007, 425, 427; ders., FS-Böttcher, S. 105, 111: „Dem Gericht – und niemand sonst – ist die Entscheidung über die zu verhängende Strafe zugewiesen. Die Höhe der im Urteil

Eine solche Differenzierung zwischen der Zusage einer Strafobergrenze und der Zusage des exakten Strafmaßes täuscht die Ergebnisoffenheit der weiteren Hauptverhandlung aber nur vor. Diese Unterteilung wird in der Praxis zu einem Wortspiel degradiert⁶³³. Daher übt die Literatur scharfe Kritik am „Strafobergrenzen-Gebot“. So weist Schäfer⁶³⁴ darauf hin, dass die Nennung einer Strafobergrenze das Gericht in seiner Zumessungsfreiheit gleichfalls beschränke. Das Gericht sehe sich schon zum Zeitpunkt der Übereinkunft gezwungen, die von ihm im Falle eines Geständnisses als schuldangemessen angesehene Strafe genau zu beziffern. Auch Schmitt⁶³⁵ beklagt, dass es möglich sei, den Strafvorschlag als Obergrenze zu deklarieren, den Verfahrensbeteiligten aber gleichzeitig „augenzwinkernd“ deutlich zu machen, dass es sich in Wahrheit um die genaue Strafhöhe handele, von der im Urteil nicht abgewichen werde. Nach der empirischen Studie von Altenhain, Hagemeyer und Heimerl⁶³⁶ verbirgt sich hinter der Angabe einer Strafobergrenze der Sache nach eine weitgehend konkretisierte Strafmaßzusage. Selbst wenn die Strafe hinter der Obergrenze zurückbleibe, handele es sich regelmäßig nur um eine marginale Differenz. Daraus kann man schließen: Auch wenn die Tatgerichte gemäß der Leitlinie des 4. Senats von Strafobergrenzen sprechen, weiß jeder Verfahrensbeteiligte, dass damit gleichzeitig das endgültige Ergebnis gemeint ist⁶³⁷. Diese faktische Umgehung seiner Rechtsprechung hat der 4. Senat des Bundesgerichtshofs⁶³⁸ dabei geradezu herausgefordert, indem er ausführte, dass die in Aussicht gestellte Strafobergrenze häufig mit der später tatsächlich verhängten Strafe übereinstimmen werde.

Das Inaussichtstellen eines - konkreten - Verfahrensergebnisses ist allerdings ein notwendiges Merkmal eines jeden Absprachesystems, weil sich der Angeklagte durch eine vage und unverbindliche Ankündigung nicht zu einem Geständnis motivieren lässt. Anders ausgedrückt: Verteidiger und vor allem Angeklagter haben gar kein Interesse an einer vagen Strafobergrenze, sondern sie wollen - gewissermaßen auf den Tag(-ersatz) genau - wissen, wie hoch oder besser gesagt wie niedrig die Strafe im Falle eines Geständnisses ausfallen wird. Deswegen richtet sich die dargestellte Kritik eigentlich gegen die Absprache an sich⁶³⁹. Wenn man die praktizierte Ankündigung einer Strafobergrenze verbieten wollte, bedeutete dies nichts anderes als die Abschaffung der Absprache insgesamt. Damit drängt sich freilich die Frage auf, ob Urteilsabsprachen wirklich unverzichtbar sind.

auszusprechenden Strafe vom Einverständnis der Staatsanwaltschaft abhängig zu machen, wäre in der Tat revolutionär und könnte nicht mehr als zulässige Auslegung der StPO-Vorschriften gerechtfertigt werden.“

⁶³³ Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 135.

⁶³⁴ Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 829.

⁶³⁵ Schmitt, GA 2001, 411, 423.

⁶³⁶ Altenhain/Hagemeyer/Haimerl, NStZ 2007, 71, 73.

⁶³⁷ Vgl. Siolek, FS-Rieß, S. 563, 567 ff.

⁶³⁸ BGHSt 43, 195, 208.

⁶³⁹ Vgl. Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 287; Schmitt, GA 2001, 411, 422.

Darüber hinaus sei angemerkt, dass das Gericht in der Praxis normalerweise eine deutlich hinter der zugesagten Obergrenze zurückbleibende Strafe nicht aussprechen wird, um nicht das Risiko einer Revision der Staatsanwaltschaft einzugehen. Deshalb käme der im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeit der Nennung einer Strafuntergrenze (§ 257c Abs. 2 S. 2 StPO-E-BMJ) keine große praktische Bedeutung zu⁶⁴⁰.

⁶⁴⁰ Vgl. Altenhain/Hagemeier/Haimerl, NStZ 2007, 71, 73.

5 Das absprachegemäße Geständnis im Lichte des Strengbeweisverfahrens

Vorbemerkung

Soweit in der Hauptverhandlung Tatsachen festgestellt werden (sollen), auf die es bei der Entscheidung über die Schuldfrage oder die Rechtsfolgenfrage ankommt, verlangt das Gesetz die Einhaltung strenger Förmlichkeiten bei der Beweiserhebung (Strengbeweisverfahren)⁶⁴¹. In Bezug auf das Geständnis im Rahmen einer Urteilsabsprache sind daher u. a. die Instruktionsmaxime (§ 244 Abs. 2 StPO) sowie das Öffentlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip (§ 169 GVG; § 261 StPO) zu beachten.

Im deutschen Strafverfahren ist eine Verurteilung des Angeklagten allein aufgrund eines Geständnisses zulässig, soweit das Gericht von dessen Glaubhaftigkeit ausgehen kann. Das Geständnis, das der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) unterliegt, kann also im Einzelfall ausschließliche Grundlage einer Verurteilung sein, sofern es Schuld- und Rechtsfolgenausspruch zu tragen vermag⁶⁴². Allerdings – und hier liegt das Problem – bleibt das Geständnis immer nur eine mögliche Beweisquelle und befreit den Richter daher nicht von seiner Pflicht zur sorgfältigen Würdigung eines Geständnisses und gegebenenfalls weiterer Sachverhaltsaufklärung⁶⁴³. Kriminologische Untersuchungen haben nämlich gezeigt, dass aus psychologisch komplexen Situationen heraus nicht selten falsche Geständnisse abgelegt werden⁶⁴⁴. Die allgemeiner Rationalität entsprechende Annahme, niemand werde sich selbst grundlos belasten, gilt folglich nicht ausnahmslos.

In seiner Grundsatzentscheidung zur Vereinbarkeit von Absprachen mit der Instruktionsmaxime äußerte sich der 4. Senat dahingehend, dass ein Geständnis nicht ohne weiteres dem Urteil zugrunde gelegt werden dürfe, sondern gegebenenfalls vom Gericht auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden müsse⁶⁴⁵.

Die Aufklärungspflicht des Gerichts im Hinblick auf ein abgesprochenes Geständnis mahnte der Große Senat mit folgenden Worten an: „Das bei einer Urteilsabsprache in der

⁶⁴¹ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 35; Joecks, StPO, Einl. Rn. 139 f.; HK-StPO/Julius, § 244 Rn. 5; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 180; Schellenberg, Die Hauptverhandlung im Strafverfahren, S. 58.

⁶⁴² Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 15; HK-StPO/Julius, § 261 Rn. 23.

⁶⁴³ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 166; HK-StPO/Julius, § 244 Rn. 10.

⁶⁴⁴ LR-StPO/ Kühne, 26. Aufl., Einl. H Rn. 36; Stern, StV 1990, 563. Eingehende Untersuchungen haben ergeben, dass bei Wiederaufnahmeverfahren zugunsten des Verurteilten ein Geständnis in nahezu 7 % der Fälle eine Rolle spielt; vgl. Peters, Fehlerquellen im Strafprozess II, S. 13 ff.; zu den Gründen eines falschen Geständnisses siehe Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 730 ff.

⁶⁴⁵ BGHSt 43, 195, 204.

Regel abgelegte Geständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein. Dazu muss das selbstbelastende, keinen besonderen Zweifeln im Einzelfall unterliegende Geständnis wenigstens so konkret sein, dass geprüft werden kann, ob es derart im Einklang mit der Aktenlage steht, dass sich hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt. Ein bloÙes inhaltsleeres Formalgeständnis reicht hingegen nicht aus.⁶⁴⁶

Diese Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs verdeutlichen das Spannungsverhältnis zwischen der auf einem Geständnis beruhenden Urteilsabsprache und der Instruktionsmaxime, dem Aufklärungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO). Fraglich ist deshalb, ob die Instruktionsmaxime in der deutschen Strafprozessordnung ein unverzichtbares Prinzip darstellt und damit nicht durch das sog. Konsensprinzip⁶⁴⁷ ersetzt werden kann.

Im Übrigen ergeht der endgültige Rechtskraft schaffende Ausspruch über Schuld oder Unschuld des Angeklagten erst in der Hauptverhandlung. Alle Beweise einschließlich eines Geständnisses müssen hier noch einmal nach den Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit und unter der Kontrolle der Öffentlichkeit erhoben werden. Das Urteil darf also allein aus dem „Inbegriff der Hauptverhandlung“ gewonnen werden (§ 261 StPO). Damit ist zu klären, ob das absprachegemäÙ abgelegte Geständnis mit diesen Prinzipien vereinbar ist. Sollte eine Verletzung von Verfahrensgrundsätzen bejaht werden, ist schließlich der Frage nachzugehen, wie diese möglicherweise gerechtfertigt werden kann.

5.1 Das absprachegemäÙe Geständnis im Lichte der Instruktionsmaxime

5.1.1 Allgemeine Grundlagen der Instruktionsmaxime

5.1.1.1 Verfassungsrechtliche Verankerung der Instruktionsmaxime

5.1.1.1.1 Das verfassungsrechtliche Gebot der Wahrheitsfindung

Nach nahezu einhelliger Meinung⁶⁴⁸ ist die auf (materielle) Wahrheitsfindung⁶⁴⁹ abzielende Instruktionsmaxime beherrschendes Prinzip des deutschen Strafverfahrens.

Es stellt sich zunächst allgemein die Frage, ob dem Grundgesetz eine „Verfassungsgarantie der Wahrheitserforschung“ entnommen werden kann, mit der Folge, dass bejahendenfalls das Instruktionsprinzip Verfassungsrang genieÙt.

⁶⁴⁶ BGH NJW 2005, 1440, 1442.

⁶⁴⁷ Siehe unten 5.3.2.

⁶⁴⁸ Siehe nur AK-StPO/Schöch, § 155 Rn. 2; Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn. 11.

⁶⁴⁹ Zum Begriff der Wahrheit siehe oben 3.1.2.

Willms⁶⁵⁰ leitet eine solche Garantie aus Art. 92 GG ab, indem er den Wortlaut „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut [...]“ im Sinne einer doppelten Garantie auslegt: Zunächst gebe Art. 92 GG allein den Richtern die Befugnis, Recht zu sprechen. Das Wesentliche der Garantie des Art. 92 GG sei jedoch die Eigenart der Rechtsprechung gegenüber den anderen Gewalten, also das Wesen richterlicher Entscheidung. Zum Wesen der richterlichen Entscheidung gehöre nicht nur die richtige Rechtsanwendung, sondern vielmehr auch die zutreffende Feststellung der zugrunde liegenden Tatsachen: „Der Richter muss auf die Wirklichkeit bauen, um gerecht entscheiden zu können.“ Wie Stamp⁶⁵¹ allerdings zu Recht kritisiert, kann Art. 92 GG auch so ausgelegt werden, dass sich diese Vorschrift im Kern auf die Organisation der rechtsprechenden Gewalt bezieht, also lediglich eine Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips⁶⁵² enthält, und die Betonung nicht auf der Aufgabe richterlicher Tätigkeit, der Wahrheitsfindung, liegt. Die verfassungsrechtliche Bedeutung gerade der Wahrheitsfindung durch den Richter lässt sich also aus Art. 92 GG nicht eindeutig ableiten.

Deshalb wird eine verfassungsrechtlich garantierte Wahrheitsfindung ganz überwiegend, vor allem in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, auf das Rechtsstaatsprinzip gestützt. Dieses verlangt nicht nur die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns, sondern die Rechtsordnung selbst muss bestimmten materiellen Grundanforderungen genügen. Zur Rechtsstaatlichkeit gehört also die materielle Gerechtigkeit⁶⁵³. Die Ausübung von Staatsgewalt im Strafverfahren ist nämlich wie jedes staatliche Handeln an Gesetz und Gerechtigkeit gebunden⁶⁵⁴.

Darüber hinaus ist auch das Schuldprinzip, also der Grundsatz „nulla poena sine culpa“, Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips⁶⁵⁵. Ohne die Ermittlung des wahren Sachverhalts als notwendiger Grundlage eines gerechten Urteils kann das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden, so dass sich die Wahrheitsfindung als zentrales Anliegen eines rechtsstaatlich geordneten Strafprozesses erweist⁶⁵⁶ und im Rahmen der Abwägung sogar als überwiegender Belang⁶⁵⁷ zu berücksichtigen ist.

In der für die Legalisierung der Absprachen bahnbrechenden Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung der Wahrheitsfindung erneut hervorgehoben: „Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich die Ermittlung des wahren Sachverhalts,

⁶⁵⁰ Willms, FS-Dreher, S. 137 ff.

⁶⁵¹ Stamp, Wahrheit, S. 24.

⁶⁵² Jarass/Pieroth, GG, Art. 92 Rn. 1.

⁶⁵³ BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196; 20, 323, 331; 21, 378, 388; 33, 367, 383.

⁶⁵⁴ Stamp, Wahrheit, S. 25.

⁶⁵⁵ BVerfGE 20, 323, 331; 57, 250, 275.

⁶⁵⁶ BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; vgl. Neumann, ZStW 101 (1989), 52: „Ein gerechtes Urteil ist ohne genaue Ermittlung der entscheidungsrelevanten Tatsachen nicht denkbar; Wahrheit ist Voraussetzung der Gerechtigkeit.“

⁶⁵⁷ BVerfGE 33, 367, 383; 77, 65, 77.

ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Dem Ziel, die materielle Wahrheit zu erforschen, um auf dieser Grundlage die Entscheidung über Schuld oder Nichtschuld [...] zu treffen, sind Gericht und Staatsanwaltschaft gleichermaßen verpflichtet.“⁶⁵⁸

Auf die Orientierung des Strafverfahrens an der Wahrheitsfindung kann wegen dieser verfassungsrechtlichen Verankerung nicht verzichtet werden⁶⁵⁹. Sie steht auch nicht zur Disposition der Beteiligten, da sie gerade nicht nur dem Schutz des Angeklagten dient, sondern auch dem öffentlichen Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung gerecht werden will⁶⁶⁰.

Somit kann festgehalten werden, dass die Wahrheitserforschung im Strafprozess grundsätzlich einen verfassungsrechtlichen Rang hat, der sich entweder aus dem Rechtsstaatsprinzip oder aus dessen spezieller Ausprägung, dem Schuldprinzip, ergibt, und die Instruktionsmaxime folglich Verfassungsrang genießt.

5.1.1.1.2 Die Instruktionsmaxime als verfassungsrechtlich zwingende Verfahrensausgestaltung?

Damit ist allerdings noch nicht geklärt, ob allein die – vor allem im gerichtlichen Hauptverfahren relevante - Instruktionsmaxime (§ 244 Abs. 2 StPO) den Anforderungen des Rechtsstaatsprinzips in seiner konkreten Ausprägung des Gebots der Wahrheitsfindung genügt, oder auch andere Modelle eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens denkbar sind. Zur Beantwortung dieser Frage stellt Schünemann einen historischen Zusammenhang zwischen dem Rechtsstaatsprinzip und der Instruktionsmaxime her: „Wenn die in Art. 20, 92 und 97 GG garantierte rechtsstaatliche Grundstruktur unserer Strafrechtspflege, die vor 125 Jahren auf das Modell der materiellen Wahrheitsfindung in der Hauptverhandlung gegründet wurde, durch die vordergründige Legalisierung der Absprachen allein vermöge einiger nichts sagender Vorschriften ohne auch nur den Versuch einer neuen Ausbalancierung ‚im Schweinsgalopp‘ angetastet werden sollte, bliebe freilich als letzte Hoffnung nur die im Wege der konkreten Normenkontrolle gemäß Art. 100 GG herbeizuführende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts übrig.“⁶⁶¹ Diese Äußerung erweckt den – unzutreffenden - Eindruck, als sei das eine zusammen mit dem anderen entwickelt worden. Die Instruktionsmaxime ist jedoch viel älter als die Strafprozessordnung und der Rechtsstaat. Sie

⁶⁵⁸ BVerfG NStZ 1987, 419.

⁶⁵⁹ Vgl. Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 303.

⁶⁶⁰ BVerfGE 33, 367, 383; 63, 45, 61; a. A. Ignor, FS-BRAK, S. 321, 330: „Heutzutage sollte man das Prinzip der materiellen Wahrheit weniger vom Interesse des Staats an der Bestrafung des wahren Täters her betrachten als vom Interesse des Beschuldigten am Schutz vor einem falschen Urteil. [...] Ein solches Verfahren [scil.: Abspracheverfahren] kann nur als eine Option für denjenigen Beschuldigten geschaffen werden, der nicht in der Ermittlung der materiellen Wahrheit sein Heil sieht, sondern es vorzieht, Strafe in einem bestimmten Umfang zu akzeptieren, und der insoweit bereit ist, auf den Schutz des Prinzips der materiellen Wahrheit zu verzichten.“

⁶⁶¹ Schünemann, FS-Rieß, S. 525, 546.

stellt eine Errungenschaft des schon im Mittelalter eingeführten Inquisitionsprozesses dar⁶⁶². Daher kann nicht behauptet werden, dass nur die Instruktionsmaxime mit dem Rechtsstaatsprinzip vereinbar ist. Vielmehr sind verschiedenartige Modelle eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens denkbar⁶⁶³.

Den neuzeitlichen Verfahrensordnungen aller zivilisatorischen Länder liegt das Bestreben zugrunde, eine möglichst wahre, also mit der Wirklichkeit übereinstimmende Sachverhaltsfeststellung als Entscheidungsgrundlage zu erarbeiten. Unterschiedlich sind aber (allein) die Vorstellungen darüber, auf welchem Wege und mit welchen Mitteln man dieses Ziel am besten erreicht⁶⁶⁴. Demnach kann materielle Richtigkeit auch nicht unbedingt mit der Instruktionsmaxime gleichgestellt werden. Es geht also nur um die Frage nach dem Weg der Wahrheitsfindung.

Weigend⁶⁶⁵ weist zu Recht darauf hin, dass es nicht darauf ankomme, mittels welcher Verfahrensweise man sich um die Aufklärung des Geschehens bemühe: ob dies durch eine „inquisitorische“, gerichtszentrierte Verhandlung oder durch eine von den Parteien betriebene Präsentation der Beweise geschehe. Entscheidend sei allein das allseitige redliche Streben nach Klärung des Tatverdachts.

Deshalb kann man nicht behaupten, dass das Verfassungsrecht das inquisitorische Modell dem adversatorischen Modell vorzieht. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Modellen wird also der Strafrechtspolitik überlassen⁶⁶⁶. Anders stellt sich die Situation im US-amerikanischen Recht dar: Das adversatorische Modell genießt in den USA zwar nicht explizit verfassungsrechtlichen Rang, viele in der Verfassung verankerten Prozessrechte (etwa das Recht, mit dem Belastungszeugen konfrontiert zu werden) lassen sich allerdings nur verstehen, wenn man das adversatorische Verfahrensmodell zugrunde legt. Die amerikanische Verfassung setzt deshalb – anders als das deutsche Verfassungsrecht – ein bestimmtes Verfahrensmodell, nämlich das adversatorische, zwingend voraus⁶⁶⁷.

⁶⁶² Ignor, FS-BRAK, S. 321, 330; ders., Geschichte des Strafprozesses, S. 47 ff.; vgl. auch oben 2.1.2.

⁶⁶³ Gössel, ZStW 94 (1982), 5, 19; ders., Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?, S. 8; Stamp, Wahrheit, S. 26.

⁶⁶⁴ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. H Rn. 27.

⁶⁶⁵ Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 279.

⁶⁶⁶ Vgl. auch Tiedemann/Dannecker/Vogel, ZRP 1992, 107, 108: „Das Parteimodell ist ein eher ‚liberales‘, das (reformierte) Inquisitionsmodell ein eher ‚soziales‘ Strafprozessmodell. Insofern ist die Modellwahl eine – auch – politische Entscheidung.“

⁶⁶⁷ Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 25.

5.1.1.1.3 Inquisitorisches und adversatorisches Prozessmodell

5.1.1.1.3.1 Die unterschiedliche Rolle des Gerichts

Die grundlegenden Strukturelemente eines konkreten Strafprozessrechts lassen sich unter dem Begriff des Prozessmodells zusammenfassen⁶⁶⁸. Die rechtsvergleichende Diskussion über den Strafprozess basiert schon seit langem auf den zwei in den verschiedenen Rechtsordnungen dominierenden Ansätzen. Nach dem inquisitorischen Modell ist der Strafprozess ein einheitliches Verfahren und wird durch eine staatliche Behörde gesteuert und kontrolliert. Bei diesem Modell beherrscht der Staat das gesamte Strafverfahren. Dem jeweils mit der Sache befassten Strafverfolgungsorgan obliegt die Wahrheitserforschung, wobei der Umfang von den Umständen des Einzelfalls abhängig ist. Durch eine strenge zielgerichtete Untersuchung im Rahmen eines hierarchisch kontrollierten Prozesses wird die Straftat verfolgt und somit Gerechtigkeit gefunden. Das deutsche Strafprozessrecht ist von diesem Modell geprägt. Daher sind die Strafverfolgungsbehörden verpflichtet, den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen⁶⁶⁹ und das Gericht trägt – zusammen mit den übrigen Verfahrensbeteiligten – die Verantwortung für die Vollständigkeit der Sachverhaltsermittlung. Dementsprechend ist das Gericht bei der Würdigung eines Geständnisses des Angeklagten frei und bei der Beweisaufnahme auch nicht an Beweisanträge der Beteiligten gebunden; letzterem stehen § 155 Abs. 2 StPO und vor allem § 244 Abs. 2 StPO entgegen.

Im Gegensatz hierzu beschränkt das adversatorische Modell den Staat auf eine Art Schiedsrichterrolle, bei der dieser die Gegenüberstellung bzw. Auseinandersetzung zwischen einer verfolgenden und einer sich verteidigenden Partei überwacht. Hier wird nicht versucht, die „Wahrheit“ über Straftaten durch eine zielgerichtete Untersuchung herauszufinden, sondern durch die gegenseitige Herausforderung zweier gegensätzlicher Interessen⁶⁷⁰. Das adversatorische Modell gilt im anglo-amerikanischen Strafverfahren, aber auch im deutschen Zivilprozess. Für dieses Modell charakteristisch ist das sog. Kreuzverhör, also die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen allein durch Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Etwaige Widersprüche und Unwahrheiten der Aussagen können hier regelmäßig nur durch die von der Gegenpartei durchgeführte Vernehmung aufgedeckt werden⁶⁷¹.

Das adversatorische Modell darf allerdings nicht dahingehend missverstanden werden, dass hier die Strafverfolgung kein öffentliches bzw. staatliches Interesse darstellt. Auch in

⁶⁶⁸ LR-StPO/Kühne, 26.Aufl., Einl. G Rn. 9.

⁶⁶⁹ Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 363.

⁶⁷⁰ Vgl. Harding, Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, S. 10, 11; Perron, Funktion und Zusammensetzung des Gerichts, S. 291, 295.

⁶⁷¹ Im deutschen Recht wird das Kreuzverhör zwar durch § 239 StPO ermöglicht, ist aber in der Praxis bedeutungslos; vgl. KK-StPO/Tolksdorf, § 239 Rn. 1.

modernen adversatorischen Systemen übernimmt eine Behörde des Staates die Rolle des Anklägers. Der Vergleich zwischen dem alten adversatorischen Strafprozess mit seinem „privaten“ Charakter und den mehr „öffentlichen“, „modernen“ adversatorischen Systemen offenbart somit eine Gemeinsamkeit von gegenwärtig praktizierten inquisitorischen und adversatorischen Modellen⁶⁷². Außerdem bedeutet das inquisitorische Modell in diesem rechtvergleichenden Zusammenhang nicht, dass der Richter - so wie der Inquisitionsrichter im Mittelalter - in Personalunion Ermittlungs-, Anklage- und Richterfunktion ausübt. Dieser alte inquisitorische Prozess existiert in den inquisitorisch ausgerichteten Ländern Kontinentaleuropas nicht mehr. Das (reformierte) inquisitorische Modell ist vielmehr vom Anklagegrundsatz geprägt⁶⁷³.

Die Unterschiede zwischen diesen beiden Modellen zeigen sich – soweit im vorliegenden Kontext von Interesse - schwerpunktmäßig im gerichtlichen Hauptverfahren: Der adversatorische Prozess zeichnet sich dadurch aus, dass zwei Parteien vor einem unabhängigen Dritten einen Streit austragen. Hauptaufgabe des Dritten ist es, sich diesen Disput anzuhören und gestützt darauf einen Urteilsspruch zu fällen. Die Parteien bestimmen den Prozessstoff autonom; jede Seite trägt die für ihre Position günstigen Beweise selber zusammen. Da den streitenden Parteien so viel an Aktivität überlassen wird, wird der Richter zum Moderator, der auf die Einhaltung der Regeln eines fairen Verfahrens zu achten hat. Würde er beispielsweise die Zeugen vernehmen, um die Wahrheit zu erforschen, dann würde er sich in den Streit einmischen und möglicherweise einer Seite unfair helfen; dadurch würde er es sich selbst unmöglich machen, die Entscheidung über den Ausgang des Konflikts zu treffen⁶⁷⁴. Im inquisitorischen Prozess erfolgt die Beweisaufnahme im Hauptverfahren durch das Gericht. Das Strafverfahren wird hier nicht als ein Streit begriffen. Das Ziel des Verfahrens ist festzustellen, ob eine angeklagte Straftat tatsächlich begangen wurde und ob daher die Verhängung einer Kriminalstrafe gerechtfertigt ist. Das Gericht ist allgemein dafür verantwortlich, dass der Sachverhalt umfassend aufgeklärt wird. Es befragt im Regelfall die Zeugen, und die von ihm gesteuerte Ermittlung kann nicht auf den Willen der Verfahrensbeteiligten beschränkt werden. Es verfügt über alle Beweismittel; die Aufteilung in Beweise der Anklage und Beweise der Verteidigung ist diesem System fremd⁶⁷⁵.

In diesem Zusammenhang darf allerdings nicht verkannt werden, dass die Suche nach Wahrheit und Gerechtigkeit als Intention des Strafprozesses nicht etwa eine Besonderheit des

⁶⁷² Vgl. Harding, Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, S. 10, 11.

⁶⁷³ Um Missverständnissen vorzubeugen wählt Perron, Beweisaufnahme, S. 6 und 560 deshalb in seinem rechtsvergleichenden Gutachten zur Beweisaufnahme im Hauptverfahren statt „inquisitorisch“ den Begriff „instruktorisch“.

⁶⁷⁴ Damaska, ZStW 87 (1975), 713, 715 f.; Perron, Beweisaufnahme, S. 562 f.; Schlauri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 3.

inquisitorischen Modells darstellt, sondern sie bestimmt ebenso das Strafverfahren im adversatorischen Modell⁶⁷⁶. Auch die Parteien im deutschen Zivilprozess können dem Richter nicht beliebig einen falschen Sachverhalt unterbreiten, da sie der Wahrheitspflicht des § 138 ZPO unterliegen und das Gericht mit Ausnahme des Zeugenbeweises alle Beweise auch von Amts wegen erheben kann⁶⁷⁷. Ebenso wird bei beiden Modellen versucht, in einem rechtlich genau geregelten Verfahren, das einen Ausgleich zwischen dem staatlichen Interesse an der Aufklärung der Straftat und dem Schutz des Angeklagten schafft, die Wahrheit herauszufinden.

Darüber hinaus kann die idealtypische Unterscheidung verschiedener Prozessmodelle nur eine begrenzte Rolle spielen. Auch wenn einer Rechtsordnung die Vorstellungen eines bestimmten Prozessmodells zugrunde liegen, so entwickelt der Gesetzgeber das Strafverfahrensrecht unter mehr pragmatischen Gesichtspunkten bzw. unter Anknüpfung an vorhandene Regelungen weiter und ist hierbei oft auf Kompromisse angewiesen. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um Änderungen und Ergänzungen einer alten Kodifikation handelt. Die „sortenreine“ Verwirklichung eines der beiden Prozessmodelle ist deshalb die Ausnahme; Mischsysteme sind in der Praxis die Regel⁶⁷⁸. Auf globaler Ebene stellt Kerner⁶⁷⁹ sogar die Hypothese auf, dass in modernen Staaten bei ähnlichen sozialpolitischen und sozioökonomischen Strukturen im Ergebnis vergleichbare reale Zwänge zur Verfahrenssteuerung auftreten, auch wenn die formalen Systeme im Ausgangspunkt grundlegend unterschiedlich konstruiert sind, mit der Folge, dass sich die beiden klassischen Prozessmodelle tendenziell annähern.

5.1.1.1.3.2 „Materielle“ Wahrheit vs. „formelle“ Wahrheit?

Die Unterscheidung zwischen Instruktionsmaxime und Verhandlungsmaxime bezieht sich auf die Rollenverteilung bei der Herbeischaffung des Tatsachenstoffes. Es kann allerdings keine Rede davon sein, dass ein Verfahrenstyp, bei dem primär die Parteien für die Beweisaufnahme verantwortlich sind, prinzipiell weniger zuverlässig ist bei der Erforschung des wahren Sachverhalts als ein dem Untersuchungsgrundsatz verpflichteter Verfahrenstyp. Vielmehr lässt sich die Verhandlungsmaxime, wie sie etwa im deutschen Zivilverfahren gilt, auf die Überlegung stützen, dass der Egoismus der Parteien und die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen - vor allem auch wegen der Wahrheitspflicht (§ 138 Abs. 1 ZPO) - eine bessere

⁶⁷⁵ Damaska, ZStW 87 (1975), 713, 716 f.; Perron, Beweisaufnahme, S. 560 f.; Schläuri, Das Verbot des Selbstbelastungszwangs, S. 4.

⁶⁷⁶ Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 272; Herrmann, Reform, S. 158.

⁶⁷⁷ Stamp, Wahrheit, S. 18.

⁶⁷⁸ LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. G Rn. 9.

⁶⁷⁹ Kerner, FS-Miyazawa, S. 571, 576.

Gewähr für die Aufklärung der relevanten Tatsachen bietet als richterliche Aufklärungsbemühungen⁶⁸⁰. Kurz gesagt: Die Parteien kennen ihre Verhältnisse am besten⁶⁸¹.

Daher erscheint es problematisch, wenn behauptet wird, diese beiden unterschiedlichen Verfahrensgestaltungen strebten nach verschiedenen Formen von Wahrheit, die Instruktionsmaxime nach „materieller“ Wahrheit, die Verhandlungsmaxime nach „formeller“ Wahrheit⁶⁸². Auch in Rechtsordnungen, in denen die Instruktionsmaxime gilt, ist die Suche nach Wahrheit durch vielfältige Mechanismen formalisiert und damit in gewisser Weise eine „formelle“ Wahrheit⁶⁸³. Umgekehrt erstrebt auch das Verfahren mit Verhandlungsmaxime eine materiell gerechte Entscheidung und setzt insoweit die Feststellung einer „materiellen“ Wahrheit voraus⁶⁸⁴. Auch wenn man die Verhandlungsmaxime für weniger geeignet hält, das tatsächlich Geschehene zutreffend zu rekonstruieren, so zwingt dieser „Mangel“ allein noch nicht dazu, von einer „formellen“ Wahrheit zu sprechen. Schließlich darf der Unterschied zwischen diesen beiden Prinzipien der Tatsachenbeschaffung auch nicht überbewertet werden: Auch der Zivilrichter darf erkennbar Unwahres nicht berücksichtigen; und der Strafrichter muss entscheidungserheblichen Beweismitteln, nach denen niemand verlangt, nur dann nachgehen, wenn konkret erkennbare Umstände ihn dazu drängen⁶⁸⁵.

Hinter den verschiedenen Wahrheitsbegriffen steht die gemeinsame Frage, welcher Anspruch an die Feststellung des Sachverhalts erhoben wird, nicht aber die Frage, ob die tatsächlich eingesetzten Mittel der Sachverhaltserforschung auch in jeder Hinsicht geeignet sind, diesen Anspruch zu erfüllen⁶⁸⁶. Insoweit erstrebt auch die Verhandlungsmaxime die Feststellung des wahren Sachverhalts und bedient sich dazu nur einer anderen Methode der Stoffsammlung. Inwieweit sich diese Methode der Beibringung des Tatsachenmaterials durch die streitenden Parteien besser oder schlechter zur Wahrheitsfindung eignet als die Instruktionsmaxime, ist dann eine Frage der Zweckmäßigkeit, hat aber mit dem Anspruch der Wahrheitsfindung nichts zu tun. Daher treten etwa auch Bestrebungen zur Reform des Strafprozesses, die sich für eine Zurückdrängung der gerichtlichen Inquisitionstätigkeit zugunsten eigener Aktivitäten von Staatsanwaltschaft und Verteidigung in der Haupt-

⁶⁸⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 Rn. 3.

⁶⁸¹ Schellhammer, Zivilprozess, Rn. 340.

⁶⁸² In der Literatur wird die Instruktionsmaxime (Ermittlungsgrundsatz) deshalb als Prinzip der materiellen Wahrheit bezeichnet, vgl. beispielsweise Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 3; dies wird zu Recht kritisiert von Weßlau, Konsensprinzip, S. 25.

⁶⁸³ Vgl. Volk, FS-Salger, S. 411, 412.

⁶⁸⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 77 Rn. 6; Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 11.

⁶⁸⁵ Vgl. Vogel, Juristische Methodik, S. 25 Fn. 2.

⁶⁸⁶ Weßlau, Konsensprinzip, S. 26.

verhandlung aussprechen, keineswegs für ein Prinzip der „formellen“ Wahrheit im Strafprozess ein⁶⁸⁷.

5.1.1.2 Der Inhalt der Instruktionsmaxime

Die Instruktionsmaxime – ableitbar aus den §§ 155 Abs. 2, 202, 244 Abs. 2 StPO⁶⁸⁸ - ist beherrschendes Prinzip des deutschen Strafverfahrens. Ohne sie verliert das deutsche Strafprozessrecht seinen Inquisitionscharakter. Allen anderen Verfahrensgrundsätzen kommt daneben (nur) eine unterstützende oder die Justizförmigkeit des Verfahrens sichernde Funktion zu⁶⁸⁹.

Nach der Instruktionsmaxime sind die Strafverfolgungsbehörden zur umfassenden Sachverhaltserforschung verpflichtet, und zwar sowohl zu Lasten als auch zugunsten des Angeklagten, unabhängig von Anträgen, Anregungen oder Wünschen der Beteiligten. Auch wenn der Angeklagte oder der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft einen möglichen Beweisantrag nicht stellt oder gar beide konsensual auf die Fortsetzung der Beweisaufnahme verzichten, kann dieses Verhalten das Gericht nicht von seiner Aufklärungspflicht entbinden⁶⁹⁰. Andererseits kann das Gericht einen Beweisantrag grundsätzlich nicht ablehnen, sofern es die Ablehnung nicht aus bestimmten Gründen zu rechtfertigen vermag, die es in einem Beschluss darzulegen hat (§§ 244 Abs. 3, 4, 245 Abs. 2 StPO)⁶⁹¹.

Die Verantwortung für den Umfang der Beweisaufnahme trägt also das Gericht selbst, das eine eindeutige Sachverhaltsklärung anstreben muss. Die Staatsanwaltschaft hat ebenso wenig die Aufgabe, die Schuld des Angeklagten „nachzuweisen“, wie der Angeklagte die Aufgabe, seine Unschuld zu „beweisen“⁶⁹².

Erst wenn das Gericht seiner Aufklärungspflicht nachgekommen ist, ist Raum für die Bildung der richterlichen Überzeugung, für die freie Beweiswürdigung (§ 261 StPO), die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo und die Wahlfeststellung⁶⁹³. Die Berufung auf eine bereits gewonnene Überzeugung rechtfertigt es also nicht, Beweismittel zu übergehen, von denen eine weitere Sachaufklärung zu erwarten ist und deren Ergebnis die (vorläufige) Überzeugung von einem bestimmten Sachverhalt wieder in Frage stellen kann⁶⁹⁴.

⁶⁸⁷ Herrmann, Reform, S. 393.

⁶⁸⁸ Für die Polizei und die Staatsanwaltschaft zusätzlich angedeutet in §§ 160, 163 Abs. 1, 163a Abs. 1 StPO.

⁶⁸⁹ KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 1: „Ein die Handhabung aller Verfahrensvorschriften beherrschender Grundsatz.“

⁶⁹⁰ Schäfer, Praxis des Strafverfahrens, Rn. 1137.

⁶⁹¹ KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 2 m. w. N.

⁶⁹² Fezer, Strafprozessrecht, Fall 12, Rn. 1.

⁶⁹³ LR-StPO/Gollwitzer, 25. Aufl., § 244 Rn. 45; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 406.

⁶⁹⁴ LR-StPO/Gollwitzer, a. a. O. m. w. N.

Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung kann angesichts der Unzulänglichkeit des menschlichen Erkenntnisvermögens freilich nicht lückenlos und erschöpfend geführt werden⁶⁹⁵. Die „entfernte Möglichkeit“ der durch ein weiteres Beweismittel denkbaren Veränderung der bisherigen Verfahrensergebnisse erschüttert eine bereits gebildete Überzeugung nicht⁶⁹⁶. Die Aufklärungspflicht des Gerichts besteht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nur, wenn diesem aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung noch Umstände oder Möglichkeiten bekannt oder erkennbar sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der (aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten) Überzeugung wecken müssen⁶⁹⁷. Inhalt und Umfang der Aufklärungspflicht richten sich also nach der „verständigen Würdigung der Sachlage“⁶⁹⁸, die dem „lebensefahrenen gewissenhaften Richter“⁶⁹⁹ anheim gestellt wird⁷⁰⁰.

5.1.2 Zur Kollision des absprachegemäßen Geständnisses mit der Instruktionsmaxime

Die Instruktionsmaxime stellt nach Ansicht von Schünemann die „stärkste Bastion“ gegenüber einer „Aushandlung“ des Verfahrensergebnisses dar; die Frage eines etwaigen Verstoßes gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht werde so zur „Nagelprobe“ für die Absprachepraxis⁷⁰¹. In der Literatur wird deshalb besonders betont, dass das Gericht auch im Falle einer Urteilsabsprache die Sachaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) nicht vernachlässigen darf⁷⁰². Bei näherem Hinsehen reduziert sich diese Forderung weitgehend auf das selbstverständliche Postulat, das Gericht dürfe sich nicht mit dem Geständnis des Angeklagten begnügen.

5.1.2.1 Die Problematik absprachegemäßer Geständnisse

Obwohl sich ein (Voll- oder Teil-) Geständnis als Erkenntnisquelle – ähnlich wie eine Zeugenaussage – immer nur auf die Schilderung eigener Wahrnehmungen beziehen kann⁷⁰³, ist es typischerweise ein besonders wichtiger Teil im Rahmen einer Urteilsabsprache;

⁶⁹⁵ Anders aber Schünemann, StV 1993, 657, 658.

⁶⁹⁶ Vgl. nur Meyer-Goßner, StPO, § 244 Rn. 12.

⁶⁹⁷ Vgl. BGH NStZ-RR 1996, 299 (Konstellation einer auf einer „vorschnellen“ Überzeugungsbildung beruhenden Verurteilung).

⁶⁹⁸ In diesem Sinne BGH NJW 1951, 283; BGHSt 1, 94, 96: „nach Lage der Sache“; BGH NStZ 1985, 324, 325: „sorgfältige und verständige Würdigung“.

⁶⁹⁹ BGHSt 30, 131, 142 f.; BGH NStZ 1994, 247, 248: „bei verständiger Würdigung durch den abwägenden Richter“.

⁷⁰⁰ Fezer, FS-BGH IV, S. 847, 856; Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 741.

⁷⁰¹ So Schünemann, Absprachen, S. 80.

⁷⁰² KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 29d.

⁷⁰³ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 726.

gleichzeitig aber auch in Bezug auf die Instruktionsmaxime in besonderem Maße problematisch⁷⁰⁴, wenn das Gericht – wie regelmäßig – das Geständnis seiner Entscheidung unbesehen als glaubhaft zugrunde legt. Demgegenüber ist es als unproblematisch und zweifelsfrei nicht die Aufklärungspflicht verletzend anzusehen, wenn das Gericht sich mit einem Geständnis begnügt, welches nach Schuldspruchreife zur Bestätigung der abgeschlossenen Beweisaufnahme bzw. zur Ausräumung letzter Zweifel an der Täterschaft des Angeklagten⁷⁰⁵ abgelegt wird⁷⁰⁶. Ein weiterer Aufklärungsbedarf ist nämlich in einem solchen Fall nicht erkennbar⁷⁰⁷.

In der derzeitigen Praxis taucht aber das absprachegemäÙe Geständnis meist in Form eines so genannten „schlanken“ Geständnisses auf. Darunter wird ein – häufig nur vom Verteidiger verlesenes - Geständnis verstanden, in dem lediglich das Ergebnis des Ermittlungsverfahrens in der Hauptverhandlung vom Angeklagten bestätigt wird⁷⁰⁸. Wesentliches Merkmal ist, dass das Gericht vom Angeklagten keine qualitativen Angaben zum Tatvorgang erhält. Das Gegenstück bildet das so genannte „qualifizierte“ Geständnis. Es ist durch eine vollständige, detaillierte und anschauliche Schilderung aller subsumtionsrelevanten Tatsachen gekennzeichnet⁷⁰⁹.

Problematisch im Hinblick auf die Aufklärungspflicht des Gerichts ist vor allem das ungeprüft zugrunde gelegte „schlanke“ Geständnis. Es bietet für die richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten keinerlei Basis⁷¹⁰ und führt so zu einer „Verdachtsstrafe“⁷¹¹.

Aber auch das ohne weitere Überprüfung zugrunde gelegte „qualifizierte“ Geständnis birgt Gefahren, denn auch dieses kann falsch sein, wenngleich man auf den ersten Blick annehmen könnte, dass sich niemand zu Unrecht selbst belasten wird. So besteht die Möglichkeit, dass der Unschuldige zur Vermeidung noch schlimmeren Übels ein taktisches Geständnis ablegt. Ebenso kann aber auch der Schuldige sich zu einer für ihn wesentlich günstigeren Strafe verurteilen lassen, wenn er im Rahmen eines Geständnisses „nur die halbe Wahrheit“ Preis gibt. Schließlich kann der Angeklagte durch ein absprachegemäÙ abgelegtes Geständnis auch einen anderen belasten (Geständnis „zu Lasten Dritter“)⁷¹². Ferner ist zu beachten, dass der Angeklagte nicht bei allen Delikten den Tatvorwurf erschöpfend und glaubhaft schildern kann. Beispielsweise kann der Angeklagte beim Betrug im Sinne des § 263 StGB bezüglich des beim Getäuschten erregten Irrtums oder dessen Vermögensschadens

⁷⁰⁴ Vgl. nur Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 64 f.

⁷⁰⁵ Schmidt-Hieber, FS-Wassermann, S. 995.

⁷⁰⁶ So zutreffend Schünemann, Absprachen, S. 81.

⁷⁰⁷ Janke, Verständigung und Absprachen, S. 105.

⁷⁰⁸ Rönnau, Absprache, S. 147.

⁷⁰⁹ Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 748; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 65.

⁷¹⁰ Schünemann, Absprachen, S. 24; ders., NJW 1989, 1895, 1898; Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 749 f.; Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 360; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 66.

⁷¹¹ Schünemann, Absprachen, S. 93.

⁷¹² Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 146.

keine detaillierten Angaben machen. Daher kann selbst bei einem „qualifizierten“ Geständnis eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vorliegen, sofern das Gericht dieses ungeprüft seinem Urteil zugrunde legt⁷¹³.

5.1.2.2 Tatgerichtliche Pflicht zur Verifizierung absprachegemäßer Geständnisse?

Die Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs betonen, dass das Gericht auch im Falle eines absprachegemäßen Geständnisses dem Gebot der Wahrheitsfindung verpflichtet bleibt⁷¹⁴ und dass die Ermittlung des Sachverhalts durch den Tatrichter dem aus § 244 Abs. 2 StPO abzuleitenden und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Gebot bestmöglicher Sachaufklärung untersteht⁷¹⁵. Demnach darf ein Geständnis, das aufgrund einer Absprache abgegeben wurde, nicht ohne weiteres dem Urteil zugrunde gelegt werden, sondern muss gegebenenfalls vom Gericht auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden⁷¹⁶. Dies geschieht anhand der Aktenlage sowie der Ergebnisse der bisherigen Beweisaufnahme, häufig durch gezielte Fragen an den Angeklagten nach Einzelheiten des Geschehensablaufs, nach Hintergründen und Beweggründen⁷¹⁷.

Diese wohlklingende Betonung der tatgerichtlichen Überprüfungspflicht steht aber im Widerspruch zum Bedürfnis der Absprachepraxis. Da die Vermeidung einer dem herkömmlichen Verständnis des § 244 Abs. 2 StPO entsprechenden Beweisaufnahme gerade Sinn der Absprache sein soll⁷¹⁸, will das Gericht ein Geständnis gerade nicht auch noch überprüfen. Daher hat sich der 4. Senat des Bundesgerichtshofs in seiner Grundsatzentscheidung dahingehend geäußert, dass lediglich „sich [...] aufdrängende Beweiserhebungen“ nicht unterbleiben dürfen⁷¹⁹. Nach herkömmlicher Formulierung müssen dagegen alle bei „verständiger Würdigung der Sachlage“ erforderlichen Beweiserhebungen durchgeführt werden⁷²⁰. Durch diese höchstrichterliche Rechtsprechung wird das Gebot der Wahrheitsfindung verwässert⁷²¹, und zwar aus folgendem Grund: Erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage beim zuständigen Gericht, so besteht nach ihrer Einschätzung

⁷¹³ Vgl. Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 749; Schünemann, NJW 1989, 1895, 1898; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 149.

⁷¹⁴ BGHSt 43, 195, 204.

⁷¹⁵ BGHSt 50, 40, 48.

⁷¹⁶ BGHSt 43, 195, 204.

⁷¹⁷ Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 748; Busam, Geständnis, S. 41 ff.

⁷¹⁸ Vgl. Schünemann, FS-Rieß, S. 525, 539; Fezer, FS-BGH IV, S. 847, 880; Lien, GA 2006, 129, 132 f.; Matt/Vogel, FS-BRAK, S. 391, 394.

⁷¹⁹ BGHSt 43, 195, 204; ähnlich BGHSt 50, 40, 49: „hiernach keine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt“.

⁷²⁰ Vgl. Fezer, FS-BGH IV, S. 847, 879: „[...] weicht der 4. Senat jedoch von den herkömmlichen Formeln ab [...], so dass] damit der Amtsaufklärungsgrundsatz nur noch der äußeren Form und nicht dem ihm vom BGH bisher gegebenen sachlichen Inhalt nach aufrechterhalten wird“; Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 128.

⁷²¹ Vgl. Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 126.

hinreichender Tatverdacht. Nach dem gesamten Akteninhalt muss demnach bei vorläufiger Tatbewertung die Verurteilung mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten sein (§ 170 Abs. 1 StPO)⁷²². Macht anschließend das Gericht im Zwischenverfahren von den Möglichkeiten der §§ 202, 204 StPO keinen Gebrauch, sondern beschließt nach § 203 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens, so schließt es sich der Einschätzung der Staatsanwaltschaft an und bejaht ebenfalls hinreichenden Tatverdacht⁷²³. Nach dem Bedürfnis der Praxis soll das gegen Zusage einer Strafobergrenze absprachegemäß abgelegte Geständnis in der Hauptverhandlung verfahrensabkürzend wirken und dem Gericht umfangreiche Beweiserhebungen ersparen. Die Absprache wird also sinnvollerweise regelmäßig vor der Vernehmung des Angeklagten zur Sache getroffen, jedenfalls vor der Beweisaufnahme. In diesem Verfahrensstadium lässt sich die Glaubhaftigkeit eines Geständnisses allenfalls anhand der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsakten beurteilen, nur aus ihnen können „sich hierzu aufdrängende Beweiserhebungen“ erschließen⁷²⁴. Dem Ermittlungsergebnis der Staatsanwaltschaft kommt damit im Rahmen einer Urteilsabsprache eine entscheidende Bedeutung zu. Die Staatsanwaltschaft wird so zum eigentlichen Entscheidungsträger hinsichtlich der Sanktionierung, sie ist - wie im alten Inquisitionsprozess - de facto Ankläger und Urteiler in einer Person⁷²⁵.

Faktisch sind deshalb Fälle, in denen sich dem Gericht Beweiserhebungen aufdrängen, die der Glaubhaftigkeit eines Geständnisses entgegenstehen könnten, kaum denkbar. Die Instruktionsmaxime wird so auf eine Schlüssigkeitsprüfung von Anklageschrift und Geständnis reduziert. Es liegt deshalb die Vermutung nahe, dass Absprachen auch künftig – und in Übereinstimmung mit der Grundsatzentscheidung des Bundesgerichtshofs (BGHSt 43, 195) - praktisch unter Verzicht auf Beweiserhebungen vereinbart werden können. Die auf dem abgesprochenen Geständnis beruhende Verurteilung des Angeklagten basiert damit zumindest in den – praktisch häufigsten - Fällen des „schlanken“ Geständnisses nur auf einem hinreichenden Tatverdacht⁷²⁶. Dadurch wird aber nicht nur die Instruktionsmaxime, sondern auch die in Art. 6 EMRK niedergelegte und mit Verfassungsrang ausgestattete Unschuldsvermutung verletzt, da kein „gesetzlicher Nachweis der Schuld“ im Sinne von Art. 6 Abs. 2 EMRK existiert. Notwendig für die richterliche Überzeugung ist die Feststellung einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit⁷²⁷. Der Ausspruch einer bloßen Verdachtsstrafe genügt rechtsstaatlichen Maßstäben dagegen nicht⁷²⁸.

⁷²² KK-StPO/Schmid, § 170 Rn. 3 m. w. N.

⁷²³ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 40 Rn. 3: „[...] das Gericht identifiziert sich in der Tat bis zu einem gewissen Grade mit der Anklage, wenn es die Berechtigung ihres Vorwurfs schon vor der Hauptverhandlung für wahrscheinlich erklärt.“

⁷²⁴ Kruse, StraFo 2000, 146, 147.

⁷²⁵ Vgl. Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 57.

⁷²⁶ Vgl. Trüg, Lösungskonvergenzen, S. 127.

⁷²⁷ Moos, Geständnis, S. 93 f. m. w. N.

⁷²⁸ Schlüchter, FS-Spendel, S. 737, 749.

Dass die „Anforderungen“ des 4. Senats an die Überprüfung eines absprachegemäßen Geständnisses faktisch auf eine Aushöhlung der Instruktionsmaxime hinauslaufen, macht auch eine Entscheidung des 2. Senats aus dem Jahre 1998 deutlich⁷²⁹:

Der 2. Senat hatte einen Fall zu entscheiden, in welchem der Angeklagte des sexuellen Missbrauchs seiner minderjährigen Tochter in 247 Fällen bezichtigt wurde. Das Landgericht hatte im Rahmen einer vom Verteidiger angeregten Absprache ein abgegebenes Geständnis ohne weitere Überprüfung dem Urteil zugrunde gelegt. Der Angeklagte hatte durch seinen Verteidiger vortragen lassen, dass die Anklagevorwürfe im Wesentlichen richtig seien und auf Nachfrage des Vorsitzenden angeben, dass die Vorwürfe zuträfen. Zu einer weiteren Beweisaufnahme kam es nicht⁷³⁰.

In diesem Fall hält der 2. Senat ein pauschal eingeräumtes „schlankes“ Geständnis für grundsätzlich zulässig. Die Bewertung des Geständnisses unterliege der freien richterlichen Beweiswürdigung. Wann und unter welchen Umständen das Gericht diese Überzeugung gewinnen dürfe, könne dem Gericht grundsätzlich nicht vorgeschrieben werden. Dies gelte auch dort, wo in Frage stehe, ob ein Geständnis seiner Beschaffenheit nach für den Nachweis des Anklagevorwurfs genüge oder nicht⁷³¹. Die Grenze freier richterlicher Würdigung sei dort, wo nicht der angeklagte Sachverhalt eingeräumt werde, sondern lediglich eine formale Unterwerfung zur Anklage erfolge⁷³². Zur Begründung dafür, dass ein Verstoß gegen §§ 261, 267 StPO nicht vorliege, bedient sich der 2. Senat zunächst der oben genannten Formulierung des 4. Senats, dass „sich hierzu aufdrängende Beweiserhebungen nicht unterbleiben“ dürften. Er führt aber zusätzlich aus, dass es grundsätzlich nicht notwendig sei, die Glaubhaftigkeit des absprachebedingten Geständnisses im Urteil darzulegen, sondern nur in den Fällen, in denen „Umstände vorliegen, die geeignet sind, Zweifel an der Richtigkeit des Geständnisses zu begründen“⁷³³. Im Ergebnis stellt der 2. Senat also noch geringere Anforderungen an die Überprüfung eines absprachegemäßen Geständnisses als die Grundsatzentscheidung des 4. Senats.

Dem 2. Senat ist zu Recht vorgeworfen worden, er lasse die autonome Entscheidung des Angeklagten, die in dem als glaubhaft bewerteten, aber unsubstantiierten Geständnis zum Ausdruck gekommen ist, an die Stelle der sonst üblichen, eigenständigen gerichtlichen Beweisaufnahme und Beweiswürdigung treten. Er habe das auf einer Absprache basierende Geständnis dem im anglo-amerikanischen Strafverfahren üblichen, ausgehandelten guilty plea angenähert⁷³⁴. Außerdem ist es methodisch sehr bedenklich, wenn der 2. Senat die

⁷²⁹ BGH NJW 1999, 370.

⁷³⁰ BGH NJW 1999, 370 f.

⁷³¹ BGH NJW 1999, 370, 371.

⁷³² BGH NJW a. a. O. Insoweit distanziert sich der 2. Senat von einer bloßen Unterwerfungserklärung.

⁷³³ BGH NJW a. a. O.

⁷³⁴ Herrmann, JuS 1999, 1162, 1165; vgl. auch Kruse, StraFo 2000, 146, 148: „Der 2. Senat scheint dem Geständnis aber die Bedeutung beizumessen, die es eigentlich nur im Zivilprozess hat: die einer Beweisaufnahme erübrigenden Verfahrenshandlung (vgl. § 288 ZPO).“

Instruktionsmaxime durch die freie Beweiswürdigung einschränkt. Die freie Beweiswürdigung im Sinne des § 261 StPO setzt gerade voraus, dass der Richter sich zuvor mit dem Sachverhalt erschöpfend auseinandergesetzt hat⁷³⁵. Die Instruktionsmaxime kann also nicht durch die freie Beweiswürdigung ausgehebelt werden. Sonst wäre die richterliche Überzeugungsbildung willkürlich. Das Erfordernis, dass tatsächlich eine Beweisaufnahme stattgefunden haben muss, bevor es zur freien richterlichen Beweiswürdigung kommt, ergibt sich zwingend und unverzichtbar aus der Pflicht des Gerichts zur Wahrheitsermittlung⁷³⁶.

5.1.2.3 Fazit

Die Auffassung, wonach der Aufklärungsgrundsatz auch im Falle einer Urteilsabsprache unberührt bleiben müsse, erscheint wirklichkeitsfremd und unpraktikabel⁷³⁷. Der hauptsächliche Zweck von Urteilsabsprachen liegt gerade darin, eine von den Beteiligten bei regulärem Prozessverlauf als notwendig oder jedenfalls unumgänglich angesehene Beweisaufnahme zu vermeiden, d. h., das Gericht von seiner Aufklärungspflicht (teilweise) zu entbinden⁷³⁸.

Zumindest das „schlanke“ Geständnis ist dementsprechend für die Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhalts in der Hauptverhandlung nicht mehr nur ein Erkenntnismittel neben anderen, sondern erhält eine zusätzliche Funktion - ähnlich einem „guilty plea“ – als ein die Beweisaufnahme ersetzendes Schuldbekennnis des Angeklagten⁷³⁹.

Geht man von der Prämisse aus, dass das Gericht nur den entscheidungserheblichen „Wirklichkeitsausschnitt“ zu ermitteln hat, und dass dieser erst zu einem bestimmten rechtlich relevanten Sachverhalt zusammengefügt werden muss⁷⁴⁰, so wird deutlich, dass der Prozessgegenstand von den Verfahrensbeteiligten bestimmt wird⁷⁴¹, wenn sie über den Umfang der Wahrheitserforschung durch eine Absprache entscheiden können.

⁷³⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 15 Rn. 14; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 406.

⁷³⁶ Vgl. Weigend, NStZ 1999, 57, 62; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 147.

⁷³⁷ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 236.

⁷³⁸ Weigend, JZ 1990, 774, 777; Linden, FS-BRAK, S. 381, 385.

⁷³⁹ Vgl. Rönnau, Absprache, S. 148; Rieß, FS-Richter II, S. 433, 440.

⁷⁴⁰ Dazu oben 3.1.2.1.

⁷⁴¹ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 153; dazu unten 5.3.2.2.3.

5.2 Das absprachegemäße Geständnis im Lichte von Öffentlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip

Das in der Hauptverhandlung abgelegte (absprachegemäße) Geständnis ist Teil der Aussage des Angeklagten. Zwar gehört die Vernehmung des Angeklagten formal nicht zur Beweisaufnahme (vgl. § 244 Abs. 1 StPO), gleichwohl wird die Aussage des Angeklagten wie ein Beweismittel behandelt. Da sich ein Geständnis per definitionem immer auf Tatsachen bezieht, die für die Entscheidung zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sein können, gelten für dieses deshalb auch die Regeln des Strengbeweisverfahrens, d. h., die Verfahrensgrundsätze der Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit müssen beachtet werden.

Diese drei Maximen gelten nur für die – im vorliegenden Zusammenhang relevante – Hauptverhandlung. Im Ermittlungs- und Zwischenverfahren haben sie weitgehend keine Geltung. Diese Verfahrensstadien sind vielmehr durch die „Gegenmaximen“ der Nichtöffentlichkeit, Mittelbarkeit und der Schriftlichkeit geprägt⁷⁴².

5.2.1 Der Inhalt der drei Grundsätze

5.2.1.1 Öffentlichkeitsgrundsatz

Die Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung, gesetzlich verankert in § 169 GVG (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 S. 1, 2 EMRK), ist eine grundlegende Einrichtung des Rechtsstaats⁷⁴³. Die Einhaltung dieses Grundsatzes ist durch § 338 Nr. 6 StPO prozessual abgesichert.

Das Prinzip der Öffentlichkeit besagt, dass grundsätzlich jeder ohne Ansehung seiner Zugehörigkeit zu bestimmten Gruppen der Bevölkerung und ohne Ansehung bestimmter persönlicher Eigenschaften die Möglichkeit hat, den Verhandlungen der Gerichte als Zuhörer beizuwohnen⁷⁴⁴.

Die Öffentlichkeitsmaxime dient heute ganz überwiegend dem Informationsinteresse der Allgemeinheit, während früher vor allem die öffentliche Kontrolle und der Schutz vor Willkür seitens der Staatsmacht im Vordergrund standen⁷⁴⁵.

⁷⁴² LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. I Rn. 53; Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 406.

⁷⁴³ BGHSt 22, 297, 301.

⁷⁴⁴ Vgl. BGHSt 9, 280, 281 f.; 22, 297, 301; 28, 341, 343 ff.

⁷⁴⁵ Kritisch zu dieser Entwicklung Küpper/Bode, Jura 1999, 351, 361: „Wenige Jahre nach Ende der SED-Diktatur und aufgrund der Erfahrungen mit der ‚1000jährigen-Unrechtsprechung‘ im Dritten Reich sollte mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz jedoch sensibler umgegangen werden.“

5.2.1.2 Unmittelbarkeitsgrundsatz

Der im Gesetz nicht ausdrücklich definierte Unmittelbarkeitsgrundsatz setzt sich nach überwiegender Auffassung aus einer formellen und einer materiellen Komponente zusammen⁷⁴⁶.

Die formelle Unmittelbarkeit besagt, dass das Gericht, welches das Urteil fällt, die Beweise nicht nur selbst würdigen muss, sondern auch die Beweisaufnahme in der Regel vor dem erkennenden Gericht selbst zu erfolgen hat⁷⁴⁷. Darüber hinaus darf das Gericht keinen Prozessstoff verwerten, der nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war⁷⁴⁸. Der materielle Gehalt des Unmittelbarkeitsgrundsatzes besteht darin, dass Beweismittel nicht durch Beweissurrogate ersetzt werden dürfen⁷⁴⁹, wobei dieser Aspekt im deutschen Strafprozessrecht nur im Verhältnis des Personalbeweises zum Urkundenbeweis konsequent verwirklicht ist. So müssen Personen, die als Beweismittel dienen, gemäß § 250 StPO grundsätzlich selbst vernommen werden⁷⁵⁰, die Vernehmung darf regelmäßig nicht durch die Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer schriftlichen Erklärung ersetzt werden, es sei denn, die Vernehmung in der Hauptverhandlung ist – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen – nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Bedingungen möglich⁷⁵¹.

5.2.1.3 Mündlichkeitsgrundsatz

Der Mündlichkeitsgrundsatz findet – wenngleich in der Strafprozessordnung nicht ausdrücklich niedergelegt – in den §§ 261, 264 StPO Ausdruck. Er besagt, dass nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff dem Urteil zugrunde gelegt werden darf⁷⁵². Folglich muss auch ein außerhalb der Hauptverhandlung abgelegtes (absprachegemäÙes) Geständnis in die Hauptverhandlung eingeführt werden⁷⁵³.

Urkunden und andere als Beweismittel dienende Schriftstücke müssen vom Gericht verlesen werden, um verwertbar zu sein (§ 249 Abs. 1 StPO). Deshalb ist beispielsweise in den Fällen, in denen der Angeklagte in der Hauptverhandlung eine schriftliche Erklärung (Geständnis) verliest, die er später dem Gericht als Anlage zum Protokoll übergibt, nur der entsprechende mündliche Vortrag des Angeklagten Gegenstand der Hauptverhandlung

⁷⁴⁶ Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Nr. 444 ff.; Peters, Strafprozess, S. 315, 558; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 2; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 65 f.; LR-StPO/Kühne, 26. Aufl., Einl. I Rn. 63.

⁷⁴⁷ KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 9; Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 2; Kerner, Strafverfahrensrecht, S. 73

⁷⁴⁸ KK-StPO/Pfeiffer, a. a. O.; Kerner, a. a. O.

⁷⁴⁹ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 44 Rn. 2.

⁷⁵⁰ Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 66.

⁷⁵¹ Kerner, Strafverfahrensrecht, S. 74.

⁷⁵² KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 8.

⁷⁵³ KK-StPO/Herdegen, § 244 Rn. 1.

geworden, das Schriftstück dagegen wurde – mangels Verlesung – nicht zum Gegenstand der Verhandlung gemacht, ihm kommt mithin keine eigenständige Bedeutung zu⁷⁵⁴.

Das Mündlichkeitsprinzip ist eng verbunden mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz und ist Voraussetzung für das Öffentlichkeitsprinzip, indem es sicherstellt, dass Zuhörer der Hauptverhandlung in vollem Umfang folgen können⁷⁵⁵.

Aufgrund des engen Zusammenhanges kann bei einem Verstoß gegen das Unmittelbarkeits- und Öffentlichkeitsprinzip stets auch von einem Verstoß gegen das Mündlichkeitsprinzip ausgegangen werden⁷⁵⁶.

5.2.2 Zur Kollision des absprachegemäßen Geständnisses mit dem Öffentlichkeits-, Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip

5.2.2.1 Das Verständigungsgespräch außerhalb der Hauptverhandlung

Da die strafprozessuale „Verständigung“ regelmäßig außerhalb der Hauptverhandlung stattfindet⁷⁵⁷, bestehen auch im Hinblick auf die genannten Verfahrensgrundsätze Bedenken⁷⁵⁸.

Auf den ersten Blick scheint die Verletzung dieser Hauptverhandlungsgrundsätze geradezu das Wesen des Deals zu sein, findet doch die konkrete Verständigung bewusst nicht in der mündlichen Hauptverhandlung, sondern als geheime „Mauschelei“ oder auch „Kungelei“ außerhalb der Gerichtssäle statt, und wird - wenn überhaupt - lediglich in Form des ausgehandelten Ergebnisses in die Hauptverhandlung eingeführt⁷⁵⁹.

Jedoch bedarf dies einer genaueren Betrachtung. In der Literatur⁷⁶⁰ wird teilweise angenommen, die dem Urteil zugrunde liegende Überzeugungsbildung beruhe nicht auf der Absprache an sich, sondern auf der Hauptverhandlung und dem regelmäßig dort abgelegten absprachegemäßen Geständnis. Demzufolge verstoße ein Gericht auch nicht gegen § 261 StPO, wenn es ein Geständnis würdige, ohne dabei die zuvor getroffene Vereinbarung heranzuziehen. Darüber hinaus unterliege alles, was außerhalb der Hauptverhandlung geschehe, nicht dem Öffentlichkeitsgrundsatz, so dass Absprachen auf dem Gerichtsflur, in der Kantine oder im Richterzimmer auch nicht hiergegen verstoßen könnten, zumal die Ergebnisse der Absprache in jedem Fall in der Hauptverhandlung vorgetragen würden. Und

⁷⁵⁴ BGH NSTZ 2004, 163; BGH 3 StR 38/07 v. 27.02.2007.

⁷⁵⁵ KK-StPO/Pfeiffer, Einl. Rn. 8.

⁷⁵⁶ Rönnau, Absprache, S. 170.

⁷⁵⁷ Siolek, FS-Rieß, S. 563, 579; Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 283.

⁷⁵⁸ Kerner, Strafverfahrensrecht, S. 80.

⁷⁵⁹ Vgl. Schünemann, Absprache, S. 84; Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 157.

⁷⁶⁰ Cramer, FS-Rebmann, 145, 149; Siolek, DRiZ 1989, 321, 328.

schließlich sei es unzutreffend, wenn behauptet wird, eine Verletzung der genannten Grundsätze liege bereits dann vor, wenn nur ein Teil des Gerichts bei der Absprache anwesend sei, weil der nicht anwesende Teil des Gerichts (zum Beispiel die Schöffen oder die beisitzenden Richter) seine Überzeugung nicht mehr aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpfen könnte⁷⁶¹, denn die Schöffen könnten sich gleichwohl in der (öffentlichen) Hauptverhandlung selbst ein Bild vom Angeklagten machen, insbesondere durch ihre Möglichkeit, Fragen an den Angeklagten zu stellen.

Auch die Rechtsprechung hat, soweit sie sich mit der Frage überhaupt auseinanderzusetzen hatte, eine Verletzung dieser Verfahrensgrundsätze mit dem Hinweis verneint, dass es dem Vorsitzenden nicht verwehrt sein könne, zur Förderung des seiner Leitung unterliegenden Verfahrens auch außerhalb der Hauptverhandlung mit den Prozessbeteiligten „Führung aufzunehmen“ und eine sachgerechte Antragstellung anzuregen⁷⁶². Der 5. Senat des Bundesgerichtshofs⁷⁶³ hat im Jahre 1996 klargestellt, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz durch eine Absprache zwischen den Verfahrensbeteiligten außerhalb der Hauptverhandlung nicht verletzt sei, da die Absprache gerade keinen Vorgang der Hauptverhandlung im Sinne der §§ 226 bis 275 StPO zum Gegenstand habe.

Diese Begründungen klingen aber eher formal, denn die tatsächliche Basis für den Urteilsspruch liegt in der außerhalb der Hauptverhandlung stattfindenden Absprache, während die Hauptverhandlung nur noch dem Vollzug der Absprache dient. Die Hauptverhandlung wird so zur Farce, denn der Angeklagte „rezitiert“ absprachegemäß sein Geständnis und das Gericht verkündet anschließend ein Urteil, das bereits feststand⁷⁶⁴. Eine solche Hauptverhandlung erinnert an das Verfahren des „Endlichen Rechtstages“⁷⁶⁵. Davon, dass das Gericht – dem Grundgedanken des § 261 StPO entsprechend – seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung schöpft, kann jedenfalls keine Rede mehr sein⁷⁶⁶.

5.2.2.2 Das Verständigungsgespräch innerhalb der Hauptverhandlung

Das Verständigungsgespräch innerhalb der Hauptverhandlung findet nach der Verlesung der Anklageschrift und der Belehrung des Angeklagten über sein Aussageverweigerungsrecht statt. Dieser Zeitpunkt einer Verständigung ist relativ unproblematisch, da so die erforderliche Transparenz sichergestellt ist. Alle Verfahrensbeteiligten können wegen ihrer Anwesenheit im Gerichtssaal den Verlauf und das Ergebnis des Verständigungsgesprächs verfolgen, so

⁷⁶¹ So aber Schünemann, Prozessrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozess, S. 47.

⁷⁶² BGH StV 1984, 449, 450; BGH NSTZ 1985, 36, 37; BGH StV 1988, 417, 418; BGHSt 36, 210, 214.

⁷⁶³ BGHSt 42, 46, 47.

⁷⁶⁴ Rönna, Absprache, S. 161.

⁷⁶⁵ Rönna, Absprache, S. 156; Weigend, JZ 1990, 774, 777; zum „Endlichen Rechtstag“ siehe auch oben 2.1.2.

⁷⁶⁶ Braun, Absprache, S. 56.

dass bei sachgerechter Gesprächsführung des Gerichts keine Gefahr besteht, dass die Absprache über den Kopf einzelner Verfahrensbeteiligter hinweg getroffen wird⁷⁶⁷.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums erstreckt seine inhalts- und verfahrensbezogenen Vorschläge zur gesetzlichen Regelung von Verständigungen ausdrücklich nur auf Gespräche innerhalb der Hauptverhandlung (§ 257 c Abs. 1 StPO-E-BMJ). Daraus könnte man schließen, dass den Verfahrensbeteiligten Absprachen vor bzw. außerhalb der Hauptverhandlung untersagt sein sollen. Diese Sichtweise wäre aber wirklichkeitsfremd und nicht durchsetzbar, wenn man die Absprache ernsthaft gesetzlich verankern will⁷⁶⁸. Deshalb wird der Vorschlag des Bundesjustizministeriums von der Praxis so verstanden, dass die Handhabung von Verständigungsgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung auch zukünftig ihr überlassen bleibt.

5.2.3 Heilung durch spätere Offenlegung in der Hauptverhandlung?

Wie aufgezeigt werden durch eine Absprache im Vorfeld bzw. außerhalb der Hauptverhandlung die Grundsätze der Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit und Mündlichkeit verletzt. Fraglich ist, ob der Verstoß gegen diese Grundsätze durch spätere mündliche Offenlegung der Abspracheverhandlungen in der Hauptverhandlung kompensiert werden kann.

In der Literatur besteht bereits Uneinigkeit bezüglich des erforderlichen Umfangs der Offenlegung. Zum Teil wird vertreten, nur das Ergebnis der Absprache sei mitzuteilen, da ansonsten das Gericht „aus seiner Deckung“ herauskomme⁷⁶⁹. Andere verlangen eine Wiederholung des kompletten Absprachevorgangs⁷⁷⁰. Eine vermittelnde Ansicht will auf die Verfahrensrelevanz als Abgrenzungskriterium abstellen; einer Mitteilung in der Hauptverhandlung bedürfe es nur, wenn die Absprache das Verfahrensergebnis beeinflussen könne⁷⁷¹.

In seiner Grundsatzentscheidung hat der 4. Senat des Bundesgerichtshofs⁷⁷² nunmehr klargestellt, dass der Öffentlichkeitsgrundsatz auch im Zusammenhang mit Absprachen gewahrt werden müsse. Absprachen seien also in der Hauptverhandlung zu treffen. Allerdings seien „Vorgespräche im Beraterzimmer“ möglich. Absprachen, die eine Einlassung des Angeklagten gegen Zusage einer Strafobergrenze regeln, müssten grundsätzlich in der Hauptverhandlung öffentlich getroffen und im Protokoll festgehalten werden; aber auch hier

⁷⁶⁷ Altenhain/Haimerl, GA 2005, 281, 284.

⁷⁶⁸ Altenhain/Hagemeier/Haimerl, NStZ 2007, 71, 74.

⁷⁶⁹ Widmaier, StV 1986, 357, 359.

⁷⁷⁰ Schünemann, Absprachen, S. 88 ff.

⁷⁷¹ So Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017, 1021. Diese These ist aber sofort auf Kritik gestoßen, da Absprachen gerade eine Verfahrensrelevanz immanent sei; vgl. Rönnau, Absprache, S. 168.

⁷⁷² BGHSt 43, 195, 205 f.

seien wiederum Vorgespräche auÙerhalb der Hauptverhandlung möglich, wobei dann aber der wesentliche Inhalt und das Ergebnis in der Hauptverhandlung offen gelegt werden müssten⁷⁷³.

Aus Sicht der Praxis sind Absprachen, die ohne jegliche Vorgespräche auÙerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, kaum vorstellbar. Es besteht ein nachvollziehbares Anliegen und Bedürfnis der Verfahrensbeteiligten, insbesondere des Angeklagten und seines Verteidigers, die Vorgespräche nicht in der Öffentlichkeit zu führen, da sich ein formalisierter Ablauf und die Atmosphäre einer öffentlichen Hauptverhandlung - etwa bei vollbesetztem Sitzungssaal in Anwesenheit von Pressevertretern - nicht für ein offenes Rechtsgespräch eignen. Missshelligkeiten sind vor allem dadurch zu befürchten, dass der Angeklagte gezwungen wird, auf „offenem Markt“ seine Geständnisbereitschaft zu signalisieren, was zu einem „point of no return“ führt und zu seiner Vorverurteilung in seinem sozialen Umfeld bzw. in den Medien beiträgt⁷⁷⁴. Insofern nimmt der 4. Senat eine vermittelnde Ansicht ein, die die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze und das Bedürfnis der Praxis zu kombinieren versucht.

Im Ansatz ist diese Offenlegungsstrategie des 4. Senats zu begrüÙen, da die Bedeutung und der Vorrang des Öffentlichkeitsprinzips hervorgehoben werden. Dies ermöglicht auch ein gewisses Maß an Kontrolle. Was früher mangels jeglicher Richtlinien unter absoluter Vertraulichkeit auf dem Flur erledigt wurde, soll nunmehr förmlich bis hin zur Protokollierung des Ergebnisses öffentlich geschehen⁷⁷⁵. Nach wie vor ungeklärt ist allerdings die Frage, was noch zulässiges Vorgespräch und was schon eine den Öffentlichkeitsgrundsatz verletzende und damit unzulässige Absprache auÙerhalb der Hauptverhandlung ist. Es fehlt also an einem fassbaren Abgrenzungskriterium⁷⁷⁶. Ohne dieses kann man dem Öffentlichkeits- bzw. Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz jedoch nicht gerecht werden⁷⁷⁷.

Darüber hinaus darf nicht verkannt werden, dass – wenn man den Inhalt dieser Verfahrensgrundsätze ernst nimmt – für Vorgespräche insgesamt kein Raum ist.

Nimmt man hinzu, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung lediglich absprachegemäÙ sein Geständnis „rezitiert“ und das Gericht anschließend ein Urteil verkündet, das bereits feststand⁷⁷⁸, so kann die durch die Vorgespräche erfolgte Umgehung der genannten Verfahrensgrundsätze im Wege der Offenlegung des Gesprächsinhalts in der Hauptverhandlung zwar abgemildert, nicht aber geheilt werden.

⁷⁷³ BGHSt 43, 195, 205 f. Diese These gilt nach m. E. nicht nur für den Öffentlichkeitsgrundsatz, sondern auch für den Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsgrundsatz.

⁷⁷⁴ Kintzi, JR 1998, 249, 250; Schmitt, GA 2001, 411, 412.

⁷⁷⁵ Weider, Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, S. 161.

⁷⁷⁶ Vgl. Kintzi, FS-Hanack, S. 177, 180; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 153.

⁷⁷⁷ Vgl. Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 153 ff.; Kruse, StraFo 2000, 146.

⁷⁷⁸ Rönnau, Absprache, S. 161.

5.2.4 Exkurs: Zur Bindungswirkung der Urteilsabsprache

Wenn das Gericht das Urteil nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung, also erst nach dem letzten Wort des Angeklagten, fällen soll, so darf es sich selbstverständlich nicht schon vorher entschieden haben oder an ein bestimmtes Ergebnis gebunden sein⁷⁷⁹. In engem Zusammenhang mit dieser Vorgabe des § 261 StPO steht auch der Grundsatz der Unmittelbarkeit.

Die Möglichkeit von Absprachen, die für alle Beteiligten rechtlich verbindlichen Charakter haben und deren Ergebnis damit später prozessual durchsetzbar wäre, wird von der Literatur⁷⁸⁰ deshalb einhellig abgelehnt. Diese Form der Verbindlichkeit sei bereits durch den Wortlaut des § 261 StPO ausgeschlossen, wonach der Richter seine Überzeugung und damit auch seine Urteilsgrundlage aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung zu schöpfen hat. Eine derartige rechtliche Bindungswirkung im Hinblick auf die spätere Entscheidung des Gerichts verstoße aber nicht nur gegen den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, sondern sei zudem mit der Instruktionsmaxime nicht vereinbar. Sie begründe auch regelmäßig die Besorgnis der Befangenheit des bereits derart festgelegten Richters. Außerdem lässt sich dem Prinzip der Unabhängigkeit des Richters, das in Art. 97 GG garantiert ist, entnehmen, dass eine endgültige Bindung an ein in Aussicht gestelltes Ergebnis nicht eintreten darf.

Selbst von Befürwortern einer Absprache⁷⁸¹ wird nachdrücklich darauf hingewiesen, dass das Gericht sich in den informellen Gesprächen auf keinen Fall binden wolle. Rechtlich seien Richter ohnehin nicht gebunden, die Einhaltung der Versprechen könne also nicht erzwungen werden. Bei den Absprachen im Hauptverfahren handele es sich vielmehr um auch von der Rechtsprechung anerkannte Vor- und Zwischenberatungen, in denen das Gericht zu einer bestimmten Ansicht über die Sach- und Rechtslage gelange. Diese im Gespräch geäußerte Ansicht stehe immer unter dem Vorbehalt des weiteren Verlaufs der Hauptverhandlung. Dabei sei es auch zulässig, ein künftiges prozessuales Ergebnis mit in die Beratungen einzubeziehen. Letztlich wird auf diese Weise versucht, dem informellen Gespräch den Charakter eines unverbindlichen Rechtsgesprächs zu geben, um so den Widerspruch der Absprachen mit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz zu vermeiden.

Die Rechtswirklichkeit sieht allerdings anders aus: So bestätigt der erfahrene Praktiker Dahs⁷⁸² aus seiner Strafverteidigerpraxis, er habe noch niemals erlebt, dass sich eine Justizbehörde an eine eindeutige Vereinbarung über Verfahrensgang und Verfahrensergebnis nicht gehalten habe. Auch für Schünemann⁷⁸³ ist nicht daran zu zweifeln, dass die labile

⁷⁷⁹ Meyer-Goßner, StPO, § 261 Rn. 5; LR-StPO/Gollwitzer, 25. Aufl., § 261 Rn. 37.

⁷⁸⁰ Vgl. Baumann, NStZ 1987, 157, 159; Dencker/Hamm, Vergleich, S. 32; Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 239; Rönna, Absprache, S. 157; Satzger, Absprachen, S. 1376; Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 74.

⁷⁸¹ Vgl. vor allem Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 165 ff.; ders., FS-Wassermann, S. 995, 1001.

⁷⁸² Dahs, NJW 1987, 1318; ders., NStZ 1988, 153, 157.

⁷⁸³ Schünemann, Absprachen, S. 76 ff.

Absichtserklärung eine seltene Ausnahme sei, während die stabile Absichtserklärung den Regelfall bilde. Weigend⁷⁸⁴ vertritt die Auffassung, dass der de facto bindende Charakter solcher Zusagen nicht bezweifelt werden könne. Das in der Praxis wohl übliche semantische Versteckspiel dürfe in der wissenschaftlichen Debatte nicht fortgesetzt werden. Wie Moldenhauer⁷⁸⁵ feststellt, hat sich die Diskussion über eine faktische Bindungswirkung der Absprache vom „Ob“ in Richtung des „Wie“ verlagert, also der Frage, welche Intensität und Qualität die Bindungswirkung haben solle und dürfe. So sei der grundsätzlichen Frage des Bestehens einer Bindungswirkung teilweise keine große Bedeutung beigemessen worden, denn es komme aufgrund der einzelnen Sanktionsmechanismen der Absprachepraxis⁷⁸⁶ zwangsläufig zumindest zu einer faktischen Bindung. Es widerspräche auch der Intention aller Beteiligten, wenn nicht einmal ein gewisses Maß an Selbstbindungswillen bestünde; andernfalls müsste man auf Seiten des Gerichts sogar über eine Täuschung im Sinne von § 136a StPO nachdenken.

Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs hat in seiner Grundsatzentscheidung die grundsätzliche Bindung des Gerichts an das Ergebnis einer Absprache des Inhalts, dass im Gegenzug gegen ein angekündigtes Geständnis eine konkrete Strafobergrenze zugesichert wird, bejaht. Er übergang kurzherhand die Entscheidungen anderer Senate, die entweder die Frage einer Bindungswirkung offen gelassen oder mit der Begründung verneint hatten, dass schon der Anschein einer Bindung dazu führe, dass das Gericht als befangen anzusehen sei⁷⁸⁷. Mit Rücksicht auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und die durch die Absprache geschaffene Vertrauenslage hat der 4. Senat behauptet, dass das erkennende Gericht regelmäßig an eine (zulässige) Verständigung gebunden sei, es sei denn, es ergäben sich „schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluss auf das Urteil haben können“⁷⁸⁸. In der Entscheidung wurden als solche Umstände erhebliche Vorstrafen des Angeklagten und neue Tatsachen oder Beweismittel genannt, aufgrund derer sich der Verbrechenscharakter der bislang als Vergehen eingestuften Tat herausstellt⁷⁸⁹. Damit betrat der Bundesgerichtshof insoweit Neuland, als das an der Absprache beteiligte Gericht selbst dann an seine Zusage gebunden ist, wenn sich im weiteren Verlauf des Prozesses eine veränderte Sachlage herausstellt, diese aber nicht auf schwerwiegenden neuen Umständen beruht; so zum Beispiel, wenn sich das vermeintlich leichte Vergehen „nur“ als schweres Vergehen, nicht aber als Verbrechen entpuppt. Im Ergebnis kann die Entscheidung

⁷⁸⁴ Weigend, JZ 1990, 774, 778.

⁷⁸⁵ Moldenhauer, Verfahrensordnung, S. 141.

⁷⁸⁶ Etwa „Schwarze Listen“, in denen Richter (Verteidiger, Staatsanwälte) benannt werden, mit denen eine Absprache unmöglich ist, weil sie sich nicht an die stillen Regeln des Geschäfts halten, vgl. Dencker/Hamm, Vergleich, S. 35; Rönnau, Absprache, S. 194.

⁷⁸⁷ BGHSt 36, 210; 37, 298, 303.

⁷⁸⁸ BGHSt 43, 195, 210.

⁷⁸⁹ BGHSt 43, 195, 210.

des Bundesgerichtshofs nur als eine rechtliche Bindungswirkung unter Vorbehalt des Eintritts schwerwiegender neuer Umstände verstanden werden⁷⁹⁰.

Später bestätigte der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs⁷⁹¹ im Grundsatz die Bindungswirkung, lockerte diese aber dahingehend, dass das Gericht nicht nur bei neuen Erkenntnissen von seiner Zusage abweichen dürfe, sondern auch, wenn tatsächliche oder rechtliche Aspekte, die zum Zeitpunkt der Urteilsabsprache schon vorhanden waren, übersehen worden seien.

5.3 Mögliche Rechtfertigung der Verstöße gegen Prozessmaximen

Wie festgestellt ist das (ungeprüft dem Urteil zugrunde gelegte) Geständnis als wesentlicher Bestandteil einer Urteilsabsprache mit den hier erörterten Prozessmaximen, insbesondere der Instruktionsmaxime, nicht vereinbar. In Literatur und Praxis wurde deshalb der Versuch unternommen, diese Verletzung durch übergeordnete Prinzipien zu rechtfertigen. Es bedarf einer näheren Analyse, ob das Interesse an einer funktionstüchtigen Rechtspflege, das sog. Konsensprinzip und der Opferschutz tragfähige Rechtfertigungsgründe sind⁷⁹².

5.3.1 Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege als Rechtfertigungsgrund?

Setzt man die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ mit „Prozessökonomie“ gleich, so kann dieser rechtsstaatliche Grundsatz nicht als Rechtfertigungsgrund für eine Einschränkung der Instruktionsmaxime herangezogen werden, ebensowenig, wie er als Rechtsgrundlage für die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses geeignet ist.

Eine andere Sichtweise könnte sich allerdings aus der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs ergeben. Dort heißt es, die Zulassung von Urteilsabsprachen sei unverzichtbar, damit „der staatliche Strafanspruch *insgesamt* [Herv. d. Verf.] – mit Blick auf alle einzuleitenden Strafverfahren – so gut wie möglich durchgesetzt werden kann. [...] Vor allem mit Blick auf die knappen Ressourcen der Justiz [...] könnte die Funktionstüchtigkeit der Strafjustiz nicht gewährleistet werden, wenn es den Gerichten generell untersagt wäre, sich über den Inhalt des zu verkündenden Urteils mit den Beteiligten abzusprechen.“⁷⁹³

Ziel des Strafprozesses ist (zumindest auch) die Durchsetzung des materiellen Strafrechts; das Strafverfahren hat der Gerechtigkeitsidee des materiellen Rechts zu dienen. Auf den

⁷⁹⁰ Satzger, Absprachen, S. 1377.

⁷⁹¹ BGHSt 50, 40, 50.

⁷⁹² Im Hinblick auf die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes bejahend Braun, Absprache, S. 66.

⁷⁹³ BGHSt 50, 40, 54 = BGH NJW 2005, 1440, 1443 f.

ersten Blick scheint es deshalb sehr plausibel zu sein, wenn die Gerichte bei Bagatellsachen durch Absprachen bzw. ein das Verfahren verkürzendes Geständnis Zeit und Energie sparen können, um sich auf die (umfangreicheren) Fälle der Schwerekriminalität zu konzentrieren und insoweit den staatlichen Strafanspruch besser durchsetzen zu können.

Aber dieser Gedanke würde dem herkömmlichen Verständnis bezüglich der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs durch die Strafjustiz nicht entsprechen. Gerechtigkeit wird im herkömmlichen Sinne durch die gesetzmäßige Behandlung des jeweiligen Einzelfalles angestrebt. In der Entscheidung des GroÙen Senats wird dieses Gerechtigkeitsideal durch ein anderes, auf kriminalpolitische Steuerung ausgerichtetes Ideal ersetzt, dessen Bezugspunkt die Gesamtheit aller Strafverfahren ist⁷⁹⁴. Der Sache nach handelt es sich dabei um die Selektivität bzw. Opportunität der Strafverfolgung, die schon in den §§ 153 bis 154e StPO vom Gesetzgeber geregelt wurde und der ein weiter gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum eingeräumt werden soll.

Die Argumentation des GroÙen Senats vermischt also die Aufgabe der Justiz mit der Aufgabe der Gesetzgebung. Daher verwundert es auch nicht, dass der GroÙe Senat an den Gesetzgeber appelliert, die grundsätzlichen Fragen, namentlich die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen im Zusammenhang mit der Absprache, müssten gesetzlich geregelt werden⁷⁹⁵. Dieser Appell ist dabei nicht so zu verstehen, dass der GroÙe Senat nur dazu aufrufen will, gesetzgeberisch nachzuvollziehen, was bereits an Regeln durch die Rechtsprechung aufgestellt wurde.

In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass im Falle einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache deren Einführung für Verbrechen und schwere Vergehen nicht empfohlen werden kann⁷⁹⁶. So sind beispielsweise in der taiwanesischen Strafprozessordnung Verbrechen, die mit Freiheitsstrafe von mindestens 3 Jahren, lebenslanger Freiheitsstrafe oder Todesstrafe bedroht sind, als Gegenstand einer Urteilsabsprache ausgenommen (§ 451a t.StPO). Dies würde auch den Anforderungen der Prozessökonomie genügen: Kleine Delikte erfordern ein einfaches, eventuell auch spezielles Verfahren – gravierende Delikte erfordern ein aufwendiges Verfahren⁷⁹⁷. Ob ein solcher Kompromiss zum Gelingen der angemessenen Aufteilung der Justizressourcen beitragen kann, und ob die schon praeter legem bestehende Absprachepraxis dadurch rechtlich besser kontrolliert werden kann, sei dahingestellt.

⁷⁹⁴ Weßlau, StraFo 2007, 1, 3; kritisch zu dieser Umorientierung auch SK-StPO/Weßlau, § 152 Rn. 50.

⁷⁹⁵ BGHSt 50, 40, 64 = BGH NJW 2005, 1440, 1447.

⁷⁹⁶ Tiedemann/Dannecker/Vogel, ZRP 1992, 107, 109; vgl. Schöch, Neues Strafrecht und Struktur der Hauptverhandlung, S. 101, der als Kriterium für die Eignung des kooperativen Verfahrenstyps neben der Geständnisbereitschaft auch die Deliktsschwere heranziehen will. Auch Wolter, GA 1985, 49, 51 schließt die Möglichkeit kooperativer Verfahren im Bereich schwerer Kriminalität aus.

⁷⁹⁷ Vgl. Sinner, Vertragsgedanke, S. 123.

5.3.2 Das Konsensprinzip als Rechtfertigungsgrund?

5.3.2.1 Die Argumentation der Befürworter einer Absprache

Es ist unbestritten, dass die Urteilsabsprache insbesondere mit der Instruktionsmaxime nicht (vorsichtiger formuliert: nicht ganz) vereinbar ist. So kann man in der Begründung, die der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer seinem Regelungsvorschlag vorangestellt hat, folgendes lesen: „Die Auffassung, wonach der Aufklärungsgrundsatz von einer Urteilsabsprache unberührt bleiben müsse, erscheint wirklichkeitsfremd und unpraktikabel. Die teilweise Preisgabe der genannten Prinzipien [scil.: gemeint ist vor allem die Instruktionsmaxime] durch die Urteilsabsprache bedarf einer spezifischen Legitimation im Hinblick auf die anerkannten Zwecke des Strafverfahrens. Dazu gehören nicht zuletzt der Rechtsfrieden und die Gerechtigkeit. Ein solches legitimierendes Prinzip ist das Konsensprinzip: der Gedanke, dass in einem gesetzlich eröffneten Rahmen die Rechtsgestaltung durch den übereinstimmenden Willen der daran Beteiligten erfolgen kann.“⁷⁹⁸ In der Begründung heißt es weiter, das Konsensprinzip erscheine dann nicht als grundsätzlich strukturfremd, wenn man das Strafverfahren als Prozessverhältnis zwischen den Beteiligten begreife, das deren Disposition unterliege⁷⁹⁹.

An dieser Aussage kann man leicht ablesen, dass die Absprachebefürworter einerseits versuchen, die Übereinstimmung zwischen den Beteiligten mit dem Ziel des Strafverfahrens, dem Rechtsfrieden, zu verbinden, um so u. a. die Instruktionsmaxime zurückzudrängen. Andererseits wird der Gegenstand des Strafverfahrens – parallel zum Zivilprozess – als Rechtsstreit begriffen und unterliegt damit der Disposition der Beteiligten.

Eine ähnliche Aussage enthält auch die Begründung des Referentenentwurfs des Bundesjustizministeriums: „[E]ine – sachgerecht in die Grundsätze des Strafprozesses integrierte – Verständigung [ist] als abgesichertes Handlungsmodell in Ansehung der *Interessen der am Strafverfahren Beteiligten* [Herv. d. Verf.] [sachlich gerechtfertigt].“⁸⁰⁰ Gleichwohl wird das Konsensprinzip „erstaunlicherweise“ von diesem sich ausdrücklich zum Amtsaufklärungsgrundsatz bekennenden Entwurf abgelehnt⁸⁰¹. Diese Ablehnung erscheint indes nicht folgerichtig. Besonders deutlich zeigt sich dies an der vorgeschlagenen Einschränkung der Revisionsgründe (§ 337 Abs. 3 StPO-E-BMJ)⁸⁰², die sich vor allem auf

⁷⁹⁸ BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 236.

⁷⁹⁹ BRAK-Strafrechtsausschuss, a. a. O.

⁸⁰⁰ BMJ-RE, S. 12.

⁸⁰¹ BMJ-RE, S. 12.

⁸⁰² Diese Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis in § 337 Abs. 3 StPO-E-BMJ trage dem Umstand Rechnung, dass „es nicht sachgerecht wäre, den Verfahrensbeteiligten, die an einer Verständigung einvernehmlich mitgewirkt haben, im Revisionsverfahren in vollem Umfang eine Rüge bezüglich der Verfahrensvorschriften einzuräumen, auf die sie im Rahmen ihrer Beteiligung an der Verständigung gegebenenfalls verzichtet haben“; BMJ-RE, S. 27.

die Aufklärungsrüge auswirken würde. Durch diesen Änderungsvorschlag wird also zumindest mittelbar anerkannt, dass der Umfang der gerichtlichen Aufklärung für den Angeklagten bzw. den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Beweisaufnahme im Ausgangspunkt disponibel ist⁸⁰³.

Deutlicher und in sich schlüssiger ist da die Argumentation Weichbrodts: „Der Zweck [...] des Strafverfahrens ist in diesem Sinne Interessenausgleich⁸⁰⁴. [...] In einer kooperativen Kommunikation ist die Verpflichtung auf die Wahrheit zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens nicht unbedingt erforderlich, weil schon der Konsens zu einem Ausgleich der Interessen führen kann⁸⁰⁵.“ Dieser gedanklichen Konstruktion liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Problem der Wahrheitsfindung und Beweisführung mit der Frage nach einer Befugnis der Parteien, über den Prozessgegenstand zu verfügen, identisch ist: „Die formelle Wahrheit ist Grundsatz des Zivilprozesses, der auf der Dispositionsmaxime basiert. Zur Disposition steht hier der Verfahrensgegenstand selber, der nicht wie im Strafprozess durch den zugrunde liegenden Lebenssachverhalt gestellt wird, sondern vielmehr erst durch die von den Parteien vorgetragenen Tatsachen entsteht. Der Verfahrensgegenstand kann von den Parteien geändert, ergänzt oder der gerichtlichen Erkenntnis auch ganz entzogen werden. Die Parteien verfügen über den Verfahrensgegenstand. Sie legen die Tatsachen fest, auf die sich die prozessuale Wahrheit zu gründen hat. Wahrheit wird nur insoweit hergestellt, als die Definition des Gegenstandes reicht. Wahrheit kann es nur relativ zur Stoffsammlung geben. [...] Mag man auch [...] die Differenz zwischen den Wahrheitsbegriffen des Zivil- und Strafprozesses für geringer erachten, als es zunächst scheint, so bleibt es doch bei dem entscheidenden Unterschied, dass die Parteien im Zivilverfahren über den Verfahrensgegenstand frei verfügen. In dem Gegensatz zwischen Dispositionsmaxime und Instruktionsprinzip manifestiert sich [...] die Differenz zwischen formellem und materiellem Wahrheitsbegriff.“⁸⁰⁶ Schließlich sei „Konsensorientierung [...] nicht immer und nicht notwendig auf materielle Wahrheit gerichtet; dies gilt es unmissverständlich einzugestehen. Konsensorientierung beinhaltet die Befugnis der Parteien, über den Prozessgegenstand zu verfügen“⁸⁰⁷.

5.3.2.2 Stellungnahme

5.3.2.2.1 Konsens vs. Konzession

Obwohl das deutsche Strafverfahrensrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet ist, zeigt gerade § 153a StPO, dass eine konsensuale Erledigung zwischen den

⁸⁰³ Dazu kritisch Jahn, ZStW 118 (2006), 427, 435 f.; Jahn/Müller, JA 2006, 681, 685.

⁸⁰⁴ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 40.

⁸⁰⁵ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 45.

⁸⁰⁶ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 85.

⁸⁰⁷ Weichbrodt, Konsensprinzip, S. 187.

Verfahrensbeteiligten dem deutschen Strafprozess nicht völlig fremd ist⁸⁰⁸. Nicht jeder Kontakt zwischen Gericht bzw. Staatsanwaltschaft und Angeklagtem außerhalb der Hauptverhandlung ist kraft Gesetzes untersagt. So wird beispielsweise in Fällen mit klarer Beweislage der Beschuldigte kein vernünftiges Interesse an der Durchführung einer öffentlichen Hauptverhandlung haben und deshalb selbst eine Kooperation anbieten, um das Verfahren rasch hinter sich zu bringen und Klarheit über dessen Ausgang zu haben. Es gibt zudem eine Fülle von Verfahrenssituationen, die einen Konsens der Prozessbeteiligten voraussetzen⁸⁰⁹.

Es ist deshalb zunächst zu klären, ob in diesen Fällen konsensualer Erledigung die Instruktionsmaxime durch das Konsensprinzip ersetzt wird. Dabei ist zu beachten, dass die Wahrheitserforschung prinzipiell einen unendlichen Vorgang darstellen kann und daher einer Begrenzung des Beweisstoffs bedarf. Deshalb müssen bei der prozessrechtlichen Konzeption eines Stoffsammlungs- und Beweisverfahrens Regelungen darüber getroffen werden, unter welchen Voraussetzungen diese Stoffsammlungs- und Beweisführungsphase beendet werden darf und wer darüber zu entscheiden hat. Nach deutschem Strafprozessrecht ist für die Vollständigkeit des Beweisstoffs das erkennende Gericht verantwortlich (§ 244 Abs. 2 StPO). Das bedeutet aber noch nicht unbedingt, dass die Wahrheitserforschung allein der Festlegung des Gerichts überlassen bleibt. Die Wahrheit ist nicht als Ergebnis eines „autoritativen Wahrspruchs“ des Gerichts zu verstehen⁸¹⁰.

Nach der von Weßlau konzipierten Anschauung des Konsensprinzips als zweite Legitimationsstufe⁸¹¹ ist das Gericht grundsätzlich nicht befugt, autoritativ festzulegen, wann der Wahrheitserforschung Genüge getan ist, d. h., wann die Beweisaufnahme abubrechen ist. Zwar könne das Gericht an einen Punkt kommen, an dem aus seiner Sicht die Beweisaufnahme zu schließen ist. Die Prozessbeteiligten könnten diese Entscheidung des Gerichts dann hinnehmen, aber auch durch weitere Befragung der gehörten Zeugen oder durch Stellung von Beweisanträgen den Abbruch der Beweisaufnahme verhindern. Die Beweisaufnahme werde nämlich erst dann geschlossen, wenn die Prozessbeteiligten hinsichtlich der Prognose, dass die Einführung weiterer Beweisquellen oder Beweisthemen das entstandene Bild von den entscheidungserheblichen Tatsachen nicht verändern werde, einen Konsens erzielt hätten.

Wenn das Konsensprinzip so verstanden wird, handelt es sich dabei nicht um die Ablösung der Instruktionsmaxime, geschweige denn um den Verzicht auf Wahrheitserforschung, sondern lediglich – wie Weßlau meint – um eine graduelle Verschiebung⁸¹². Das Konsensprinzip ändert also nichts an der Instruktionsmaxime und damit

⁸⁰⁸ BGHSt 43, 195, 203.

⁸⁰⁹ Vgl. Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 7 f.

⁸¹⁰ Weßlau, Konsensprinzip, S. 186 f.

⁸¹¹ Weßlau, StraFo 2007, 1, 4; dies., Konsensprinzip, S. 197 ff.

⁸¹² Weßlau, StraFo 2007, 1, 3.

an der Aufklärungspflicht des Gerichts, den Umfang der Beweisaufnahme zunächst unabhängig von den Vorstellungen der anderen Prozessbeteiligten zu bestimmen⁸¹³. Derartige konsensuale Elemente können demnach unproblematisch in den (reformierten) Inquisitionsprozess eingefügt werden. Sie sind Möglichkeiten, das Strafurteil oder eine andere verfahrenserhebliche Entscheidung auf den Konsens der Beteiligten, insbesondere auf das Einverständnis des Angeklagten, zu stützen. Solche Elemente fördern grundsätzlich die Transparenz des Strafverfahrens und gewährleisten einen hohen Schutz der Menschenrechte, da sie ein Mehr an Individualisierung bedeuten⁸¹⁴. Es geht also um eine Kombination aus Instruktionsmaxime und Verhandlungsmaxime. Die neue taiwanische Strafprozessordnung stellt eine solche Mischform dar. Sie übernimmt zwar die Verhandlungsmaxime, aber unter Beibehaltung der subsidiären Kompetenzen des Richters zur Beweisermittlung (§ 163 t.StPO). Außerdem ist das Konsensprinzip ein Prinzip des Beweisrechts, d. h., es betrifft die Beschaffung von Tatsachen und Beweisen und hat nichts mit einer Disposition über den Verfahrensgegenstand zu tun. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass solche konsensualen Elemente im adversatorischen Prozessmodell von vornherein angelegt sind, wohingegen sie im Inquisitionsprozess erst durch eine begründungsbedürftige Stärkung des Konsensprinzips eingeführt werden müssen⁸¹⁵.

Festzuhalten bleibt, dass die Instruktionsmaxime durch das Konsensprinzip nicht verdrängt wird und letzteres schon von daher nicht als Rechtfertigungsgrund einer Absprache in Frage kommt. Hinzu kommt, dass die bislang erörterten konsensualen Elemente und die „Absprache im Strafverfahren“ unterschiedlich sind. Zu einer „Absprache“ kommt es nur dann, wenn der Beschuldigte infolge eines Entgegenkommens des Gerichts beim Strafmaß oder der Gewährung sonstiger Vorteile zum Verzicht auf eine „streitige“ Beweisaufnahme bereit ist. Die Absprache ist also ein „Tauschgeschäft“⁸¹⁶. Sie wird deshalb teilweise in der

⁸¹³ A. A. Jahn, ZStW 118 (2006), 427 ff. Seine These lautet zunächst, dass § 244 Abs. 2 StPO nur ein Ziel enthält, aber nicht eine bestimmte Handlung zu seiner Erreichung vorschreibt (S. 441). Der Umfang der gerichtlichen Aufklärungspflicht „hängt auch davon ab, was die an der Beweisaufnahme unmittelbar beteiligten Prozesssubjekte Staatsanwalt und Angeklagter für bedeutsam halten (S. 442).“ Nach seiner Auslegung sieht § 244 Abs. 2 StPO „nur eine exklusive gerichtliche Zuständigkeit für die weitere Durchführung der Beweisaufnahme, wenn und soweit bereits geklärt ist, ob eine Tatsache oder ein Beweismittel für das Ergebnis belangreich ist“, vor (S. 444).

Jedoch würde sich diese Auslegung der Aufklärungspflicht *de lege lata* mit der Möglichkeit der Aufklärungsrüge nicht vertragen. Außerdem wäre § 245 Abs. 1 StPO, der den Verzicht der Prozessbeteiligten auf die Ausschöpfung von Beweismöglichkeiten *expressis verbis* auf die präsenten Beweismittel beschränkt, völlig überflüssig, wenn die Prozessbeteiligten über den Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts entscheiden könnten; vgl. Weßlau, StraFo 2007, 1, 4.

⁸¹⁴ Vgl. Tiedemann/Dannecker/Vogel, ZRP 1992, 107, 108 f.

⁸¹⁵ Weßlau, StraFo 2007, 1, 7.

⁸¹⁶ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 152.

Literatur zutreffend als „Deal“ bezeichnet und zumindest als rechtlich problematisch eingestuft, sofern sie nicht direkt für unzulässig gehalten wird⁸¹⁷.

Wie bei konsensualen Elementen setzt zwar auch die Absprache das Einverständnis des Beschuldigten (vor allem in Form eines Geständnisses) voraus; wesentliches Merkmal einer Absprache ist aber das Prinzip des *do ut des*, des gegenseitigen Nachgebens, d. h., das Einverständnis beruht also hier nicht auf der Überlegung, dass weiterer prozessualer Aufklärungsaufwand nichts Neues bringen wird, sondern auf einer „Verführung“ durch die Strafverfolgungsorgane. Bei einer Absprache geht es somit um die Disposition über den Verfahrensgegenstand⁸¹⁸. Eine Absprache beruht folglich nicht auf Konsens, sondern auf Konzession⁸¹⁹.

5.3.2.2.2 Beibringungsmaxime vs. Dispositionsmaxime

Von den oben zitierten Befürwortern einer Absprache (Entwurf der BRAK, Weichbrodt) wird der Verfahrensgegenstand mit dem Beweisstoff gleichgesetzt. Ihrer Meinung nach erstreckt sich das Konsensprinzip (auch) auf die Disposition über den Verfahrensgegenstand.

Dieser Meinung kann nicht gefolgt werden. Sie verwechselt die Begriffe ‚Verfahrensgegenstand‘ und ‚Beweisstoff‘. Die Verhandlungsmaxime (Beibringungsgrundsatz) bezieht sich nur auf die Stoffsammlung und hat mit der Disposition der Parteien über den Verfahrensgegenstand nichts zu tun⁸²⁰. Jede materiell gerechte Entscheidung setzt voraus, dass das Gericht die tatsächliche Wahrheit erkennt, gleichgültig, ob es sich um einen Strafprozess oder einen Zivilprozess handelt⁸²¹. Bei letzterem entscheidet das Gericht zwar grundsätzlich nur über den von den Parteien vorgetragenen Streitstoff. Aber diese Beibringungsmaxime gilt selbst im Zivilprozess nicht unbegrenzt: Die Parteien können über den Tatsachenstoff insofern nicht frei verfügen, als sie zu wahren und vollständigem Vortrag (§ 138 Abs. 1 ZPO) verpflichtet sind⁸²². Zielvorstellung innerhalb eines Prozesses ist daher nicht der formale Verfahrensablauf bis zur Verfahrensbeendigung, sondern die Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit auf der Grundlage der Wahrheitsfindung. Zwar können die Parteien als Folge der Privatautonomie durch Verzicht (§ 306 ZPO), Anerkenntnis (§ 307 ZPO) und Vergleich (§§ 278 Abs. 6, 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO), also durch unmittelbar rechtsgestaltende Willenserklärungen, über den Verfahrensgegenstand verfügen. Sie können aber – entgegen der Meinung Weichbrodts – nicht die Tatsachen nach Belieben festlegen.

Darüber hinaus bildet die Verhandlungsmaxime, nicht aber die Dispositionsmaxime, das Gegenstück zur Instruktionsmaxime. Dies wird durch einen Blick in die Verwaltungsgerichtsordnung bestätigt. Der Verwaltungsprozess kombiniert den Instruktions-

⁸¹⁷ Vgl. Rönnau, Absprache, S. 25 ff.

⁸¹⁸ Weßlau, ZStW 116 (2004), 150, 152.

⁸¹⁹ Trüg/Kerner, FS-Böttcher, S. 191, 210.

⁸²⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 76 Rn. 2.

⁸²¹ Vgl. Schilken, Zivilprozessrecht, Rn. 11.

⁸²² Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 76 Rn. 2.

bzw. Untersuchungsgrundsatz (§ 86 Abs. 1 VwGO) mit der Dispositionsmaxime, dem Verfügungsgrundsatz (§ 106 VwGO): Die Parteien können zwar über den Verfahrensgegenstand verfügen, nicht aber über den Tatsachenstoff⁸²³. Die Dispositionsmaxime hat nämlich mit der (sich anschließenden) Frage, wie im Verfahren Wahrheit „gefunden“ oder „hergestellt“ wird, nichts zu tun. Diese Maxime erfüllt eine völlig andere Funktion; sie betrifft den Verfahrensgegenstand, nicht den Beweisstoff, und hängt mit der Vorstellung zusammen, dass der Rechtsstreit sich auf dispositives Recht bezieht (so ausdrücklich § 106 VwGO)⁸²⁴.

Im Übrigen ist Gegenstand des Strafverfahrens nicht ein Rechtsstreit⁸²⁵. Die Interessen der am Strafverfahren Beteiligten bestimmen nicht Gegenstand und Ziel des Strafverfahrens. Es geht nicht um die Erledigung eines Streits zwischen zwei Parteien, bei dem es für die Rechtsgemeinschaft nur darauf ankommt, dass der private Konflikt in befriedigender Weise gelöst wird. Auch wenn im Interesse der Strafverfolgung durch mögliche und notwendige strafprozessuale Zwangsmaßnahmen in die Interessen des Beschuldigten - und zwar vor allem des Unschuldigen - im Strafverfahren eingegriffen wird, ist der eigentliche Zweck des Strafverfahrens nicht in der Auflösung dieses Konflikts zu sehen. Der Zweck des Verfahrens liegt hierin ebenso wenig wie etwa das Ziel eines Fußballspiels in der Unterbindung von unfairem Spiel und regelwidriger Beeinflussung des Ergebnisses gesehen werden kann⁸²⁶. Daher muss eine Parallelisierung mit dem Zivilprozess – wie Roxin⁸²⁷ zutreffend hervorhebt - daran scheitern, dass der „Strafanspruch“⁸²⁸ des Staates nicht mit dem Anspruch des Klägers im Zivilprozess verglichen werden kann, sondern nur eine begriffliche Umschreibung der staatlichen Eingriffsbefugnis darstellt. Gegenstand des Strafverfahrens ist vielmehr der Verdacht einer Tat, die für die Allgemeinheit eine erhebliche Störung des sozialen Friedens bedeutet. Hieraus erwächst dem Strafprozess seine spezifische Aufgabe, diese Störung zu

⁸²³ Parallel kann die strafprozessuale Privatklage - anders als die öffentliche Klage - in jeder Lage des Verfahrens zurückgenommen werden (§ 391 Abs. 1 StPO), nach Vernehmung des Angeklagten zur Sache allerdings nur noch mit dessen Zustimmung. Eine solche spätere Rücknahme erfolgt häufig aufgrund eines Vergleichs, der im Gesetz zwar nicht geregelt, wegen der den „Parteien“ in § 391 Abs. 1 StPO eingeräumten Verfügungsbefugnis aber anzuerkennen ist; vgl. Meyer-Goßner, StPO, Vor § 374 Rn. 9 ff. Daher kann der Privatkläger im Einvernehmen mit dem Angeklagten über den Prozessgegenstand durch Klagerücknahme und Vergleich verfügen (Dispositionsmaxime). Jedoch gilt auch hier die Instruktions- und nicht die Verhandlungsmaxime.

⁸²⁴ Weßlau, StraFo 2007, 1, 5.

⁸²⁵ So richtig Weßlau, StraFo 2007, 1, 2.

⁸²⁶ Weigend, Deliktsoffer, S. 176 f.

⁸²⁷ Roxin, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 11.

⁸²⁸ Diese Terminologie wird oft kritisiert; vgl. Weigend, Deliktsoffer, S. 192; DAV-Strafrechtsausschuss, StraFo 2006, 89, 90: „[Diese Terminologie] insinuiert ein Verständnis von der Funktion des Strafrechts und der Rolle der Strafjustiz, als ob sie mit der schuldrechtlichen Position des Klägers im Zivilprozess vergleichbar wäre, der selbstverständlich frei ist, durch Einigung mit dem Beklagten auf Sachverhaltsaufklärung ebenso wie auf Durchsetzung seines Anspruchs teilweise oder ganz zu verzichten.“

beseitigen⁸²⁹. Auf diese Funktion der Verdachtsklärung ist das Strafverfahren auch in besonderer Weise zugeschnitten. Nicht zufällig beginnt der Prozess daher mit dem „Verdacht einer Straftat“ (§ 160 StPO) und endet im Urteil mit der Feststellung der „für erwiesen erachteten Tatsachen“ (§ 267 Abs. 1 StPO)⁸³⁰. Im Strafverfahren geht es also nicht um Interessenausgleich, sondern um Verhaltenssteuerung durch zwangsweise Durchsetzung der Strafnormen gegenüber denen, die sie schuldhaft missachten⁸³¹.

Ebenso ist das Verständnis der Bundesrechtsanwaltskammer⁸³² vom Strafverfahren als „Prozessverhältnis zwischen den Beteiligten“⁸³³ nicht zutreffend. Eb. Schmidt hat dazu folgerichtig ausgeführt⁸³⁴: „Ist schon in der Zivilprozessrechtswissenschaft streitig, zwischen welchen Figuren das Prozessrechtsverhältnis denn eigentlich besteht, so ist die Verwendung dieses ‚Begriffs‘ im Strafprozess um so misslicher, als hier – anders als in dem mit Klageerhebung beginnenden und damit sofort Gericht und Parteien in Beziehung zueinander bringenden Zivilprozess – die ‚Prozesssubjekte‘ erst sukzessive in das Verfahren eintreten. Der Staatsanwalt kann mitunter lange ‚prozedieren‘ bis es ihm möglich ist, das Verfahren (den ‚Prozess‘) gegen eine bestimmte Person als Beschuldigten zu richten. Dann aber sind in der Regel wieder eine Fülle von ‚Prozesshandlungen‘ erforderlich, bis die Sache mit Klageerhebung an das Gericht gebracht werden kann. Der Strafprozess aber beginnt mit den ersten Verfolgungsmaßnahmen der Staatsanwaltschaft, ja der für sie handelnden Polizei. Die für den Zivilprozess verwendeten Bilder des zweiseitigen oder dreiseitigen Prozessrechtsverhältnisses passen daher für den Strafprozess als Ganzes nicht.“

5.3.2.2.3 Konsens schafft Rechtsfrieden?

In der Literatur werden oft die materielle Richtigkeit, die Gewährung eines rechtsstaatlichen Verfahrens und der Rechtsfrieden als gleichrangige Ziele des Strafverfahrens genannt⁸³⁵. Mangels Rangfolge können diese Ziele – wie Beulke meint – im Einzelfall sogar miteinander unvereinbar sein, mit der Folge, dass sie gegeneinander abzuwägen sind und dann eine Funktion zugunsten der anderen zurückzutreten hat⁸³⁶.

Diese Beschreibung erscheint auf den ersten Blick plausibel, ist aber problematisch. Es fehlt vor allem eine Orientierung für den Abwägungsvorgang⁸³⁷. Wie Volk⁸³⁸ ausführt,

⁸²⁹ Krauß, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, S. 171; Weigend, Deliktsoffer, S. 185.

⁸³⁰ Weigend, Deliktsoffer, S. 187.

⁸³¹ Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 50.

⁸³² BRAK-Strafrechtsausschuss, ZRP 2005, 235, 236.

⁸³³ Vgl. Bennecke/Beling, Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, S. 7 ff.

⁸³⁴ Eb. Schmidt, Lehrkommentar I, Rn. 45; ihm folgend DAV-Strafrechtsausschuss, StraFo 2006, 89, 92 (unter Bezug auf die Kritik am gesetzlichen Vorschlag des BRAK-Strafrechtsausschusses, ZRP 2005, 235, 236).

⁸³⁵ Vgl. zum Beispiel Roxin, Strafverfahrensrecht, § 1 Rn. 2; Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 3; Volk, Strafprozessrecht, § 3 Rn. 1.

⁸³⁶ Beulke, Strafprozessrecht, Rn. 3.

⁸³⁷ Vgl. Ranft, Strafprozessrecht, Rn. 3 f.

⁸³⁸ Volk, Strafprozessrecht, § 3 Rn. 1.

besteht zwischen diesen Zielen bestenfalls ein labiles Gleichgewicht. Diese labile Schwäche sollte man seiner Meinung nach dennoch hinnehmen, da anscheinend keine bessere Methode existiert.

Jedoch könnte diese geschilderte Parallelität der Ziele des Strafverfahrens insbesondere bei der Diskussion über die Einführung eines konsensualen Verfahrens zu dem großen Missverständnis führen, dass Rechtsfrieden und Wahrheitserforschung selbständig nebeneinander stehen. Angesichts dieses Missverständnisses benutzen die Absprachebefürworter den Begriff des Rechtsfriedens als Begründung für die Möglichkeit, die Instruktionsmaxime als Mittel der Wahrheitserforschung durch eine „Abwägung“ zurückzudrängen.

Schon im Jahre 1990 hat die große Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes (DRB) in ihrem Gutachten zum Thema Verständigung im Strafverfahren⁸³⁹ in Anlehnung an Schmidhäuser⁸⁴⁰ erörtert, ob eine veränderte Einstellung in Staat und Gesellschaft zum Ziel des Strafverfahrens den Verständigungsgedanken beeinflusst hat⁸⁴¹. Schmidhäuser sieht im Rechtsfrieden nämlich das ideale Prozessziel und definiert ihn als Zustand, „bei dem von der Gemeinschaft vernünftigerweise erwartet werden kann, dass sie sich über den Verdacht einer Straftat beruhige“⁸⁴².

Zur Erreichung dieses Zwecks müssen verschiedene Bedingungen erfüllt werden. Diese können in vier Voraussetzungen unterteilt werden: (1) Die Gewährung umfassender Sachverhaltsaufklärung und Wahrheitsfindung, (2) Verfahrensökonomie und zügige Durchführung des Verfahrens, (3) Schutz des Beschuldigten und anderer Verfahrensbeteiligter durch Einräumung gesicherter und effektiver Einwirkungsmöglichkeiten und Begrenzung staatlicher Machtmittel, (4) ausreichende Effizienz des Systems zur Durchsetzung des materiellen Strafrechts⁸⁴³. Rechtsfrieden lässt sich nur in einem ausgewogenen Verfahren erzielen, in dem die verschiedenen Prinzipien, die in einem nicht vollkommen auflösbaren Spannungsverhältnis zueinander stehen, in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden⁸⁴⁴.

Es ist unbestritten, dass das Strafverfahren zu einer rechtskräftigen Entscheidung führen soll, die Rechtsfrieden schafft. Deshalb kann der Rechtsfrieden in der Form der Rechtskraft dem Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit eine Grenze ziehen⁸⁴⁵. Die Wahrheit darf also nicht ohne zeitliche Begrenzung erforscht werden. Dementsprechend kann Rechtsfrieden

⁸³⁹ Kintzi, JR 1990, 309, 313.

⁸⁴⁰ Schmidhäuser, FS-Schmidt, S. 511, 516.

⁸⁴¹ Siehe Siolek, Verständigung, S. 65.

⁸⁴² Schmidhäuser, FS-Schmidt, S. 511, 521 f.

⁸⁴³ Rieß, FS-Schäfer, S. 155, 173.

⁸⁴⁴ Rieß, FS-Schäfer, S. 155, 172 f.

⁸⁴⁵ Zur Vermeidung grob ungerechter Ergebnisse sind Durchbrechungen der Rechtskraft zuzulassen. Dem dienen die Vorschriften über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens (§§ 359-373a StPO, § 79 Abs. 1 BVerfGG) sowie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44-47 StPO); vgl. Krey, Strafverfahrensrecht I, Rn. 21 ff.

auch durch ein (objektives) Fehlurteil geschaffen werden. Der Weg zum Rechtsfrieden führt jedoch immer über das zuvor „gewissenhafte Streben nach Gerechtigkeit“⁸⁴⁶. Die Beunruhigung der Gesellschaft über den Verdacht einer Straftat lässt sich nur durch einen Prozess beseitigen, der ersichtlich auf die faktische Bestätigung oder Widerlegung des Verdachts, also auf die Erforschung der Wahrheit hinsichtlich der strittigen Punkte gerichtet ist⁸⁴⁷. Insoweit dient der Strafprozess der Herbeiführung des Rechtsfriedens zunächst durch die Realisierung materieller Gerechtigkeit, dann auch durch den formalen Abschluss des Verfahrens. Auch wenn man der Wahrheitserforschung die Qualität als letztendliches Ziel des Verfahrens abspricht⁸⁴⁸, stellt sie doch ein unverzichtbares Mittel (Zwischenziel) zur Erreichung des Endziels des Verfahrens dar⁸⁴⁹.

Daraus folgt, dass der Rechtsfrieden kein taugliches Argument für die Absprachebefürworter, die die Wahrheitserforschung durch Konsens ersetzen wollen, darstellt; zumal nach der Berichterstattung in den Medien ein Misstrauen der Gesellschaft gegenüber der Absprachepraxis zu beobachten ist. Die Absprache gefährdet den Rechtsfrieden, anstatt ihn zu fördern. Rechtsfrieden kann nur auf dem Weg des ernsthaften Strebens nach Wahrheit und Gerechtigkeit erreicht werden⁸⁵⁰.

5.3.3 Der Opferschutz als Rechtfertigungsgrund?

Das Opfer einer Straftat ist nicht selten durch das Strafverfahren Belastungen ausgesetzt. Es ist zur Teilnahme am Verfahren verpflichtet, regelmäßig als Zeuge oder aber auch als „Augenscheinsobjekt“ (vgl. § 81c StPO). Gerade Opfer von Sexualdelikten - aber nicht nur sie - müssen den am Strafverfahren Beteiligten und sogar der Öffentlichkeit Einblick in ihre Privat- und Intimsphäre gewähren. Nicht selten führen die wiederholten Vernehmungen dazu, dass das Opfer (besonders der kindliche Opferzeuge) die Tat immer wieder durchleben muss und es die Belastungen des Strafverfahrens als ähnlich schwerwiegend wie die Tat selbst empfindet⁸⁵¹. Während der traditionelle Strafprozess das Opfer zum Objekt machte⁸⁵², weist der moderne Strafprozess dem Opfer eine Subjektrolle zu. Das Strafprozessrecht soll ihm also möglichst klar definierte und gegen Widerstand von anderen Prozessbeteiligten durchsetzbare, eigene Rechte verschaffen⁸⁵³. Damit wird Rechtsfrieden geschaffen⁸⁵⁴.

⁸⁴⁶ Schmidhäuser, FS-Schmidt, S. 511, 523.

⁸⁴⁷ Schmidhäuser, FS-Schmidt, S. 511, 523; DAV-Strafrechtsausschuss, StraFo 2006, 89, 92.

⁸⁴⁸ Siehe oben 3.1.2.1.

⁸⁴⁹ Weigend, Deliktsoffer, S. 183.

⁸⁵⁰ Weigend, ZStW 113 (2001), 271, 304.

⁸⁵¹ Hellmann, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 11.

⁸⁵² Dieses Verständnis geht zurück auf die geschichtliche Entwicklung, in der mit der Herausbildung des staatlichen Gewaltmonopols (Offizialprinzip) auch die Rolle des Opfers als Prozesssubjekt schrittweise beseitigt wurde; siehe oben 2.1.

⁸⁵³ Kerner, Straverfolgung und Sanktionierung, S. 120; Schroth, Die Rechte des Opfers im Strafprozess, S. 3.

⁸⁵⁴ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 180; Eser, ZStW 104 (1992), 361, 381 f.

Ein Geständnis soll verfahrensabkürzend wirken und vor allem dem Opfer der Straftat die Zeugenaussage in der Hauptverhandlung ersparen. Außerdem kann ein Geständnis die Akzeptanz des Urteils beim Opfer erhöhen. Häufig kann auch eine Schadenswiedergutmachung und damit ein Opferausgleich entweder überhaupt, zumindest aber besser und schneller, erst durch eine Verständigung erreicht werden⁸⁵⁵. In diesem Sinne ist der Opferschutzgedanke ein Argument zur Rechtfertigung der Urteilsabsprache.

Auch der Große Senat des Bundesgerichtshofs hat für die Legitimierung der Urteilsabsprache den Opferschutz als Argument herangezogen: Aufgabe eines sozialen Rechtsstaats sei nicht nur, darauf zu achten, dass die Straftat aufgeklärt und Schuld oder Unschuld des Beschuldigten in einem rechtsstaatlichen Verfahren festgestellt werde, sondern auch, dass die Belange des Opfers gewahrt würden. Der Zeugen- und Opferschutz könne deshalb Anlass sein, von einer weitergehenden – den Schuldumfang möglicherweise erhöhenden – Sachaufklärung abzusehen⁸⁵⁶.

Allerdings können und sollen die im Interesse des Opfers geschaffenen strafprozessualen Instrumente nur Anwendung finden, wenn sich dies mit der Erfüllung der eigentlichen Aufgaben des Strafverfahrens vereinbaren lässt⁸⁵⁷. Obwohl das Geständnis normalerweise die Ermittlung fördert, ersetzt es – vor allem wenn es nur eine schlichte Bezugnahme auf den Anklagesatz beinhaltet – nicht den Nachweis der Tat. Insbesondere bei Gewalt- und Nötigungsdelikten ist die Vernehmung des Opfers oftmals erforderlich, um festzustellen, ob eine Nötigung (mit einem qualifizierten Nötigungsmittel) vorliegt. Der Angeklagte kann nicht gestehen, was allein Gegenstand fremder Wahrnehmung gewesen ist, etwa die Tatsache, das Opfer habe das aufgezwungene Verhalten nicht gewollt und sich bedroht gefühlt. Vor allem zu den für die Strafzumessung relevanten Auswirkungen der Tat wird eine Vernehmung des Opfers regelmäßig erforderlich sein⁸⁵⁸. Darüber hinaus mag es auch Fälle geben, in denen das Opfer eine richterliche Vernehmung in der Hauptverhandlung wünscht, um die Tat bewältigen zu können.

Daher ist es äußerst zweifelhaft, ob sich die Urteilsabsprache durch den Opferschutz legitimieren lassen kann. Es ist vielmehr Aufgabe des Gesetzgebers zu definieren, welche Grundrechtseingriffe einem Zeugen zugemutet werden können und Vorkehrungen zu seinem

⁸⁵⁵ Schmidt-Hieber, Verständigung, Rn. 181.

⁸⁵⁶ BGHSt 50, 40, 55 = BGH NJW 2005, 1440, 1444.

⁸⁵⁷ Hellmann, Strafprozessrecht, § 1 Rn. 13.

⁸⁵⁸ Kruse, StraFo 2000, 146, 149.

Schutz zu treffen⁸⁵⁹, wie beispielsweise durch das Zeugenschutzgesetz geschehen. Dies hat aber nichts mit der Urteilsabsprache zu tun.

⁸⁵⁹ Kruse, StraFo 2000, 146, 150.

6 Schlussbetrachtung

Der Strafprozess wandelt sich in seinen Rechtsformen und Rechtseinrichtungen mit der Gesellschaft, mit deren Grundüberzeugungen, Werten und mit deren Menschenbild⁸⁶⁰. Der Beschuldigte ist als wesentliche Errungenschaft des reformierten Strafprozesses nicht mehr Objekt des Verfahrens, sondern Prozesssubjekt. Diese Stellung zeigt sich unter anderem daran, dass er frei darüber entscheiden kann, ob und wenn ja, was er aussagen will (nemo-tenetur-Prinzip). Das schließt die Möglichkeit eines Geständnisses mit ein. Ein Prozess, bei dem das Gericht den Beschuldigten durch Androhung höherer Bestrafung dazu bringt, sich durch ein Geständnis dem Spruch des Gerichts zu unterwerfen und damit auf den vollständigen Nachweis seiner Schuld zu verzichten, unterscheidet sich nur noch hinsichtlich der verwendeten Zwangsmethoden von der Folter des alten Inquisitionsprozesses⁸⁶¹.

Das Wesen der Absprache ist nicht nur ein „do ut des“, sondern ihr Ablauf ist durch „gegenseitige Drohung und Verlockung“ gekennzeichnet: Der Angeklagte/Verteidiger macht sich den Zeitdruck der Strafverfolgungsorgane bei der Erledigung einer immer größer werdenden Zahl an Fällen zu Nutze. Demgegenüber nutzen die Strafverfolgungsorgane das Unsicherheitsgefühl des Angeklagten (aus), das darauf zurückzuführen ist, dass allein den Strafverfolgungsorganen die Interpretation vieler vager Rechtsbegriffe und die nur schwer zu kontrollierende Beweiswürdigung und Strafzumessung obliegen. Diese „Befugnisse“ der Strafverfolgungsorgane werden bei Abspracheverhandlungen vor allem dazu genutzt bzw. missbraucht, den Angeklagten in ein Machtspiel zu verwickeln, bei dem er in letzter Konsequenz in die Knie gehen muss, unabhängig davon, wer die Absprache initiiert hat⁸⁶². Während eine Drohung des Angeklagten/Verteidigers im Strafprozessrecht nicht verboten ist, ist eine Drohung von Seiten der Strafverfolgungsorgane nach § 136a StPO absolut verboten. Daher sind Abspracheverhandlungen nicht zu erlauben. Gerade wegen des Verfassungsrangs des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Urteilsabsprache de lege ferenda auch nicht zulässig. Jeder Kompromiss, etwa in der Form, dass nur der Angeklagte/Verteidiger und die Staatsanwaltschaft die Absprache initiieren dürfen (vgl. § 243a Abs. 1 StPO-E-BRAK), kann damit nur den Grad dieser Verfassungswidrigkeit lindern, sie aber nicht beseitigen.

Darüber hinaus ist die Urteilsabsprache nicht nur mit der Instruktionsmaxime unvereinbar, sondern auch mit der Verhandlungsmaxime, da sich die Absprache nicht an der Wahrheitserforschung orientiert, die aber die gemeinsame Grundlage der beiden sich gegenüberstehenden Maximen darstellt⁸⁶³. Die Grundlage der Urteilsabsprache ist dagegen die Dispositionsmaxime⁸⁶⁴, die im Strafprozessrecht gerade keine Anwendung findet. Die

⁸⁶⁰ Harms, FS-Nehm, S. 289.

⁸⁶¹ Weigend, JZ 1990, 774, 778.

⁸⁶² Vgl. oben 4.5.3.2.

⁸⁶³ Vgl. oben 5.1.1.1.3.

⁸⁶⁴ Vgl. oben 5.3.2.1.

Intention des Strafprozesses, Wahrheit und Gerechtigkeit zu schaffen, muss sowohl im inquisitorischen Modell als auch im adversatorischen Modell gewahrt werden. Sie genießt Verfassungsrang und ist daher unverzichtbar⁸⁶⁵, wenn der Strafprozess seine Legitimation nicht verlieren soll⁸⁶⁶. Der Unterschied zwischen den beiden Prozessmodellen liegt nur in ihrer Methode, nicht aber in ihrer Zielsetzung. Zudem ist die Urteilsabsprache außerhalb der Hauptverhandlung im Lichte des Mündlichkeits-, Unmittelbarkeits- und des Öffentlichkeitsprinzips (§ 261 StPO; § 169 GVG) sehr bedenklich. Die spätere mündliche Offenlegung könnte die Bedenken zwar abmildern, ihnen aber nicht den Boden entziehen⁸⁶⁷.

Weiterhin verstößt es gegen das Rechtsstaatsprinzip und führt zu einem Verlust des Vertrauens in gerechte Entscheidungen (den der Bundesgerichtshof durch die Zulassung von Absprachen eigentlich gerade verhindern will), wenn nur wegen knapper Justizressourcen auf eine an der Wahrheitsfindung und einem justizförmigen Prozess orientierte Sachverhaltsermittlung verzichtet wird⁸⁶⁸. Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege bietet also keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für die Verletzung von Verfahrensgrundsätzen⁸⁶⁹. Wenn es für ein gerechtes Urteil nötig ist, lassen sich die Kosten, die das Strafverfahren verursacht, nicht vermeiden. Ebenso beruht die Urteilsabsprache nicht auf Konsens, sondern auf Konzession⁸⁷⁰; auch das Konsensprinzip kann die festgestellten Verstöße gegen Grundsätze des Strafverfahrens daher nicht rechtfertigen. Gleiches gilt für den Gedanken des Opferschutzes⁸⁷¹.

Dementsprechend sollten Urteilsabsprachen, vor allem in der Form „Geständnis im Austausch gegen Strafmilderung“, generell verboten werden. Gesetzestechnisch könnte dies dadurch geschehen, dass in § 136a StPO als weitere verbotene Vernehmungsmethode „die Absprache“ eingefügt wird, um Klarheit für die Praxis zu schaffen. Das abgesprochene Geständnis wäre dann nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut unverwertbar, gleichgültig, ob

⁸⁶⁵ Vgl. oben 5.1.1.1.1.

⁸⁶⁶ Trüg/Kerner, FS-Böttcher, S. 191, 207: „Das US-amerikanische System selbst weist mithin gravierende Legitimationsdefizite auf“; vgl. auch Damaska, StV 1988, 398, 400: „Tatsächlich ist es so, dass diese [plea-bargaining] Praxis einer der kontroversesten Gegenstände der Justiz im gegenwärtigen Amerika ist. Selbst diejenigen, die das plea-bargaining verteidigen, behandeln es eher als ein notwendiges Übel als eine Errungenschaft: Sie sind sich der negativen Auswirkungen sehr wohl bewusst“; Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 49: „Jedenfalls aus Sicht des amerikanischen Verfahrensverständnisses liegt die Hauptschwierigkeit des plea bargaining in seiner radikalen Abweichung vom Prinzip der ‚adversariness‘, also vom Ideal des Parteiverfahrens, bei dem Wahrheit und Gerechtigkeit als Ergebnis eines Wettstreits zwischen Ankläger und Angeklagtem um den Wahrspruch des Gerichts erscheinen“; zum Problem des plea bargaining siehe ders., a. a. O., S. 55 ff.

⁸⁶⁷ Vgl. oben 5.2.3.

⁸⁶⁸ Vgl. Gössel, FS-Böttcher, S. 79, 92.

⁸⁶⁹ Vgl. oben 5.3.1.

⁸⁷⁰ Vgl. oben 5.3.2.2.1.

⁸⁷¹ Vgl. oben 5.3.3.

die Absprache erfolgreich oder gescheitert⁸⁷² ist. Am Rande sei erwähnt, dass im Vergleich zur US-amerikanischen Hauptverhandlung bereits die reguläre deutsche Hauptverhandlung eine Vereinfachung darstellt. Zudem darf der zeitliche Aufwand, den das Hin und Her der Abspracheverhandlungen für die Beteiligten mit sich bringt, nicht unterschätzt werden. Daher plädiert man in der amerikanischen Literatur teilweise für eine Vereinfachung der Hauptverhandlung nach deutschem Muster, um so das plea bargaining überflüssig zu machen⁸⁷³. Dies macht - so Weigend⁸⁷⁴ - deutlich, dass jedenfalls aus amerikanischer Sicht im deutschen System mit seinem relativ zügigen, durch das Gericht beherrschten Verfahren kein Bedarf für eine Absprache besteht.

Wahrscheinlich wird die hier vertretene Auffassung abwertend als eine „radikale Lösung“, die eine „reine Utopie“ darstellt und mit der Realität nichts zu tun hat, bezeichnet werden⁸⁷⁵. Die Befürworter einer Absprache müssen sich allerdings fragen lassen, was mit dieser Erkenntnis, mit der „abgesprochenen“ Aussage über die Wirklichkeit, eigentlich gewonnen ist. Es geht also vielmehr um eine normative Analyse, ob die Urteilsabsprache einen Platz in der Gesamtidée des Strafprozessrechts hat⁸⁷⁶. Auch die Strafjustiz ist nicht Selbstzweck. Sie dient vielmehr der Wahrheit und der Gerechtigkeit, die ohne Berücksichtigung der Verfahrensmaximen nicht erreicht werden können. Jedenfalls sind Prozessökonomie und Arbeitslastung keine Rechtfertigung für objektive Verstöße gegen essentielle Prozessprinzipien⁸⁷⁷. Zutreffend fordert daher die Generalbundesanwältin Harms, dass man sich auf die Grundlagen des Verfahrensrechts besinnen sollte, „bevor in einem von vielen Seiten geforderten Gesetz die Grundsätze konsensualer, in der Lebens- und Rechtswirklichkeit nicht wirksam kontrollierbarer Verfahren festgeschrieben werden“⁸⁷⁸. Es sollte „der Versuch unternommen werden, die Grundlagen des herkömmlichen Strafprozessrechts unter Wahrung der strengeren Formen und der Kontrollen zu erhalten und zu

⁸⁷² Daher konnte die gesonderte Erörterung der „Verwertbarkeit des Geständnisses bei einer gescheiterten Absprache“ in der vorliegenden Arbeit ausgeklammert werden; zu diesem Thema siehe Kuckein, FS-Meyer-Goßner, S. 63 ff.

⁸⁷³ Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, S. 53; Damaska, StV 1988, 398, 401: „Zunächst ist festzuhalten, dass das amerikanische Strafverfahren in seiner hochentwickelten Form (auf das der Beschuldigte einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat) um vieles komplizierter und kostenträchtiger ist als ein durchverhandeltes deutsches Verfahren; so gehen viele amerikanische Anwälte davon aus, dass der Zwang zum plea-bargaining verschwinden würde, wenn nur alle Beschuldigten sich auf Verfahren ohne Jury einlassen würden, d. h. für eine Verfahrensform, die dem deutschen Verfahren gleicht. Man muss weiterhin beachten, dass es in West-Deutschland viel mehr Richter gibt als in den Vereinigten Staaten. Und man glaubt weithin, dass das Verbrechen in Amerika viel weiter um sich greift und dass die Barrieren für eine Beweisführung, die für die Verurteilung erforderlich ist, in Amerika um einiges höher sind als in Europa.“

⁸⁷⁴ Weigend, a. a. O.; in diesem Sinne wohl auch Damaska, StV 1988, 398, 401.

⁸⁷⁵ Vgl. Meyer-Goßner, NStZ 2007, 425, 429.

⁸⁷⁶ Weßlau, StraFo 2007, 1, 6.

⁸⁷⁷ Günter, DRiZ 1989, 151, 152.

⁸⁷⁸ Harms, FS-Nehm, S. 289, 296; vgl. auch Günter, a. a. O.

bewahren“⁸⁷⁹. Die Frage, ob sich die schlechte Gewohnheit der Absprache beseitigen lässt oder als „notwendiges Übel“ anzuerkennen bzw. sogar zu legalisieren ist, sei dahingestellt, da der vorliegenden Arbeit eine empirische Forschung hierzu nicht möglich ist. Ein geeignetes Mittel zur Beseitigung der – angeblichen - Überlastung der Justiz, die als Hauptursache für die Entwicklung der Absprachepraxis genannt wird, ist in erster Linie die Entkriminalisierung⁸⁸⁰. Im Übrigen darf man das wünschenswerte Ziel einer erhöhten Transparenz der Verfahrensabläufe nicht mit der Frage nach der Zulassung von Urteilsabsprachen vermischen⁸⁸¹. Die Urteilsabsprache ist nicht *conditio sine qua non* für eine erhöhte Transparenz der Verfahrensabläufe.

Allerdings schließt das Verbot eines Deals die Möglichkeit einer Erörterung der Sach- und Rechtslage zwischen den Verfahrensbeteiligten und das Inaussichtstellen einer strafmildernden Wirkung eines Geständnisses nicht aus. Den Unterschied zwischen diesem Hinweis und der strafmildernden Wirkung der dem amerikanischen „plea bargaining“ nachgebildeten Absprache kann man vergleichen mit dem Unterschied zwischen einem Laden, der einseitig festgelegte Preisnachlässe anbietet, und einem orientalischen Basar, wo geschicktes Feilschen zur Tugend wird⁸⁸². Da einem Geständnis strafzumessungsrechtlich eine strafmildernde Wirkung zukommen kann, ist auch das Inaussichtstellen einer strafmildernden Wirkung des Geständnisses zulässig. Der Grundsatz „in dubio pro reo“ kann dabei das einzige, wirklich taugliche und tragfähige Argument für die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses darstellen: Das Geständnis als solches, vor allem das sog. „qualifizierte“ Vollgeständnis, kann (zumindest in der Regel) als ein Anhaltspunkt für Einsicht und Reue angesehen werden, es sei denn, der Angeklagte äußert bzw. verhält sich widersprüchlich, so beispielsweise, wenn er sich mit dem Geständnis offen rühmend zu seiner Tat als etwas „Richtigem“ oder „Heldenhaftem“ bekennt⁸⁸³. Während sich also in der Regel bei Anwendung des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes nicht ausschließen lässt, dass für die Ablegung des Geständnisses außer „taktischen“ Überlegungen eben auch eine gewisse Sühnebereitschaft ausschlaggebend war⁸⁸⁴, weckt ein ausgehandeltes Geständnis gerade die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründeten Zweifel an der Richtigkeit der (aufgrund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten) Überzeugung. Wohl deshalb betont Schünemann⁸⁸⁵ die Untauglichkeit eines ausgehandelten Geständnisses als primärer oder alleiniger Grundlage des in der Hauptverhandlung zu führenden Tatnachweises, weil ein derartiges Geständnis keinerlei Beweiswert besitze, da die Absprache den Beweiswert des

⁸⁷⁹ Harms, FS-Nehm, S. 289, 297.

⁸⁸⁰ Diese These ist der erzielte Konsens der Arbeitsgruppe beim Strafverteidigertag am 25.03.2006; siehe Hamm, *Ist die Entformalisierung des Strafrechts und des Strafprozessrechts unaufhaltsam?*, S. 521, 543.

⁸⁸¹ DAV-Strafrechtsausschuss, StraFo 2006, 89, 90; Hamm, a. a. O., S. 521, 540.

⁸⁸² Vgl. Damaska, StV 1988, 398, 401.

⁸⁸³ Vgl. oben 4.4.2.

⁸⁸⁴ Vgl. Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017, 1021.

⁸⁸⁵ Schünemann, JZ 1989, 984, 985; ders., Absprachen, S. 82 f.

Geständnisses von vorneherein ruiniert habe. Trotzdem hat nach dem dieser Arbeit zugrunde liegenden Verständnis auch das abgesprochene Geständnis eine strafmildernde Wirkung, sofern es nicht der genannten Ausnahme unterliegt.

Um den Konflikt mit dem nemo-tenetur-Grundsatz zu lösen, schlägt die vorliegende Arbeit vor, die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses im Strafrecht als Strafrahmenschiebung auszugestalten, so wie dies bei der Sanktionierung von Versuch, Beihilfe und Täter-Opfer-Ausgleich (vgl. §§ 23, 27, 46a StGB) bereits geschehen ist. Deswegen sollte folgende neue gesetzliche Regelung geschaffen werden: *„Im Falle eines Geständnisses kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, es sei denn, es ist erwiesen, dass das Geständnis nicht aus Einsicht und Reue abgelegt wurde (§ 46b StGB)“*⁸⁸⁶.

Sofern eine solche Strafmilderung gesetzlich verankert wird, besteht im Übrigen auch keine Gefahr, dass Befangenheitsgründe geschaffen werden oder sogar § 136a StPO verletzt wird, wenn das Gericht den Angeklagten auf diese gesetzliche Situation hinweist. Bei dem nicht oder unzureichend verteidigten Angeklagten ist ein derartiger Hinweis nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten, weil das Gericht den Angeklagten aufgrund seiner Fürsorgepflicht auf die Nachteile hinweisen soll, die sein Schweigen mit sich führen kann. Die Frage, ob dieser Hinweis (genügend) zur Beschleunigung des Verfahrens beitragen kann, sei dahingestellt.

Daher ist das abgesprochene Geständnis zwar wegen Verletzung des § 136a StPO für die Schuldfeststellung unverwertbar, kann aber gleichwohl in der Strafzumessung strafmildernd berücksichtigt werden. Möglicherweise wird man dieses Ergebnis als widersprüchlich betrachten und entgegenen, dass die Absprache nicht einerseits verboten und das abgesprochene Geständnis damit unverwertbar sein kann, andererseits dasselbe Geständnis aber strafmildernd berücksichtigt werden kann. Auf diesen möglichen Einwand wird erwidert, dass das Verbot der Absprache für eine strafmildernde Beachtung eines absprachegemäßen Geständnisses im Rahmen der Strafzumessung kein Hindernis bedeutet: Der Beschuldigte wird in seinen Rechten stärker geschmälert, wenn man ein zu seinen Gunsten sprechendes Beweismittel deshalb zurückweist, weil es unter Verletzung von Rechten eben dieses Beschuldigten erlangt worden ist⁸⁸⁷.

⁸⁸⁶ Vgl. oben 4.6.2.

⁸⁸⁷ Walder, Vernehmung, S. 197; Wesemann/Müller, StraFo 1998, 113, 114 f.; a. A. Meyer-Goßner, StPO, § 136a Rn. 27; SK-StPO/Rogall, § 136a Rn. 87 f.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus: Rechtswissenschaft und Wahrheitsbegriff, in: JuS 1972, S. 628 ff.

Albrecht, Peter-Alexis: Kriminologie, Eine Grundlegung zum Strafrecht, 3. Aufl., München 2005 (zitiert: Kriminologie)

Alexy, Robert: Theorie der juristischen Argumentation, Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt am Main 1978 (zitiert: Theorie der juristischen Argumentation)

Altenhain, Karsten/ Haimerl, Michael: Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens (unter Berücksichtigung des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen vom 3.3.2005), in: GA 2005, S. 281 ff.

Altenhain, Karsten/ Hagemeyer, Ina/ Haimerl, Michael: Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, in: NStZ 2007, S. 71 ff.

Aselmann, Maik: Die Selbstbelastungs- und Verteidigungsfreiheit, Frankfurt am Main 2004

Baumann, Jürgen: Von der Grauzone zur rechtsstaatlichen Regelung, in: NStZ 1987, S. 157 ff.

Bender, Rolf/Nack, Armin/Treuer, Wolf-Dieter: Tatsachenfeststellung vor Gericht, Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, Vernehmungslehre, 3. Aufl., München 2007 (zitiert: Tatsachenfeststellung)

Bennecke, Hans/Beling, Ernst: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts, Breslau 1900 (zitiert: Lehrbuch des Deutschen Reichs-Strafprozessrechts)

Boulke, Werner: Strafprozessrecht, 9. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: Strafprozessrecht)

Boulke, Werner/Satzger, Helmut: Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen – BGHSt 42, 191, in: JuS 1997, S. 1072 ff.

Bickel, Johannes: Das förmliche Geständnis im US-amerikanischen Strafprozess als Beispiel der Verfahrenserledigung, Berlin 2001 (zitiert: Das förmliche Geständnis)

Bittmann, Folker: Gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren, in: DRiZ 2007, S. 22 ff.

Bosch, Nikolaus: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Berlin 1998(zitiert: Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips)

Böttcher, Reinhard/Dahs, Hans/Widmaier, Gunter: Verständigung im Strafverfahren – eine Zwischenbilanz, in: NStZ 1993, S. 375 ff.

Braun, Stefan: Die Absprache im deutschen Strafverfahren, Aachen 1998 (zitiert: Absprache)

Bruns, Hans-Jürgen: Strafzumessungsrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1974

Bruns, Hans-Jürgen: Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1985

Bundesministerium der Justiz: Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren - Stand: 18.05.2006 (abrufbar unter www.bmj.bund.de, aufgerufen am 20. September 2007) (zitiert: BMJ-RE)

Bundesregierung: Eckpunkte einer Reform des Strafverfahrens, Beschluß der Bundesregierung – Stand: 6.4.2001 - , in: StV 2001, S. 314 ff.

Busam, Gerhard: Das Geständnis im Strafverfahren, Lübeck 1983 (zitiert: Geständnis)

Cramer, Peter: Absprachen im Strafprozess, in: Eyrich, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 145 ff. (zitiert: FS-Rebmann)

Dahs, Hans: Rezension zu: Verständigung im Strafverfahren, 1986, von Werner Schmidt-Hieber, in: NJW 1987, S. 1318 ff.

Dahs, Hans: Absprachen im Strafprozess – Chancen und Risiken-, in: NStZ 1988, S. 153 ff.

Damaska, Mirjan: Strukturmodelle der Staatsgewalt und ihre Bedeutung für das Strafverfahren, in: ZStW 87 (1975), S. 713 ff.

Damaska, Mirjan: Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, in: StV 1988, S. 398 ff.

Degenhart, Christoph: Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 20. Aufl., Heidelberg 2004 (zitiert: Staatsrecht I)

Dencker, Friedrich: Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht, in: ZStW 102 (1990), S. 51 ff.

Dencker, Friedrich/Hamm, Rainer: Der Vergleich im Strafprozess, Frankfurt am Main 1988 (zitiert: Vergleich)

Dielmann, Heinz J.: „Guilty Plea“ und „Plea Bargaining“ im amerikanischen Strafverfahren – Möglichkeiten für den deutschen Strafprozess? , in: GA 1981, S. 558 ff.

Duttge, Gunnar: Möglichkeiten eines Konsensualprozesses, in: ZStW 115 (2003), S. 539 ff.

Eidam, Lutz: Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, Frankfurt am Main u. a. 2007 (zitiert: Selbstbelastungsfreiheit)

Eisenberg, Ulrich: Beweisrecht der StPO, 5. Aufl., München 2006 (zitiert: Beweisrecht)

Engelhard, Herbert: Die Vernehmung des Angeklagten und die damit zusammenhängenden Probleme, in: ZStW 58 (1939), S. 335 ff.

Eschelbach, Ralf: Absprachen in der strafrechtlichen Hauptverhandlung, in: JA 1999, S. 694 ff.

Eser, Albin: Funktionswandel von Prozessmaximen, in: ZStW 104 (1992), S. 361 ff.

Fezer, Gerhard: Hat der Beschuldigte ein „Recht auf Lüge“? , in: Küper, Wilfried und Welp, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 663 ff. (zitiert: FS-Stree und Wessels)

Fezer, Gerhard: Vereinfachte Verfahren im Strafprozess, in: ZStW 106 (1994), S. 1 ff.

Fezer, Gerhard: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1995 (zitiert: Strafprozessrecht)

Fezer, Gerhard: Amtsaufklärungsgrundsatz und Beweisantragsrecht, in: Canaris, Claus-Wilhelm u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft; Band IV: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht, München 2000, S. 847 ff. (zitiert: FS-BGH IV)

Frisch, Wolfgang: Gegenwärtiger Stand und Zukunftsperspektiven der Strafzumessungsdogmatik, in: ZStW 99 (1987), S. 751 ff.

Frister, Helmut: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988 (zitiert: Schuldprinzip)

Gallandi, Volker: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 27.01.1987 – 2 BvR 1133/86, in: NStZ 1987, S. 420 f.

Geppert, Klaus: Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Duttge, Gunnar u. a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln u.a. 2002, S. 43 ff. (zitiert: GS-Schlüchter)

Gerlach, Götz: Absprachen im Strafverfahren, Frankfurt am Main u. a. 1992 (zitiert: Absprachen)

Gerland, Heinrich: Der deutsche Strafprozess, Eine systematische Darstellung, Mannheim u. a. 1927 (zitiert: Der deutsche Strafprozess)

Gössel, Karl Heinz: Die Stellung des Verteidigers im rechtsstaatlichen Strafverfahren, in: ZStW 94 (1982), S. 5 ff.

Gössel, Karl Heinz: Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess? Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 2. Juni 1999, Berlin 2000 (zitiert: Ermittlung oder Herstellung von Wahrheit im Strafprozess?)

Gössel, Karl Heinz: Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung, in: Schöch, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher zum 70. Geburtstag, Berlin 2007, S. 79 ff. (zitiert: FS-Böttcher)

Grünwald, Gerald, Anmerkung zum Beschluss des BVerfGs vom 21.01.1976, in: JZ 1976, S. 767 ff.

Grünwald, Gerald: Menschenrechte im Strafprozess, in: StV 1987, S. 453 ff.

Günter, Hans-Helmut: Der Gesetzgeber muss notfalls Konsequenzen ziehen, Unzulässige Absprachen ruinieren das Ansehen der Justiz – Für eine Rückbesinnung auf Buchstaben und Geist der StPO, in: DRiZ 1989, S. 151 f.

Günther, Hans-Ludwig: Das viktimodogmatische Prinzip aus anderer Perspektive: Opferchutz statt Entkriminalisierung, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, München 1998, S. 69 ff. (zitiert: FS-Lenckner)

Haas, Volker: Zur Verbindlichkeit und Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen, in: Strafrechtsprofessoren der Tübinger Juristenfakultät und Justizministerium Baden-Württemberg (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Rolf Keller, Tübingen 2003, S. 45 ff. (zitiert: GS-Keller)

Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas: Theorie der Gesellschaft und Gesellschaftstechnologie, Frankfurt am Main 1971

Haft, Fritjof: Aus der Waagschale der Justitia, Ein Lesebuch aus 2000 Jahren Rechtsgeschichte, 3. Aufl., München 2001 (zitiert: Aus der Waagschale der Justitia)

Hahn, G.: Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1.2.1877, 1. Abteilung, 2. Aufl., Berlin 1885 (zitiert: Materialien, Abt. I)

Haller, Klaus/Conzen, Klaus: Das Strafverfahren, Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Aufl., Heidelberg u. a. 2006 (zitiert: Strafverfahren)

Hamm, Rainer/Hassemer, Winfried/Pauly, Jürgen: Beweisantragsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2007

Hamm, Rainer: Ist die Entformalisierung des Strafrechts und des Strafprozessrechts unaufhaltsam? , in: Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a. M. (Hrsg.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts, Frankfurt am Main 2007, S. 521 ff. (zitiert: Ist die Entformalisierung des Strafrechts und des Strafprozessrechts unaufhaltsam?)

Hammerstein, Dominik: Das Geständnis und sein Wert – Lippenbekenntnisse in der Strafzumessung, in: StV 2007, S. 48 ff.

Hanack, Ernst-Walter: Vereinbarungen im Strafprozess, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren, in: StV 1987, S. 500 ff.

Harding, Christopher: Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, in: Eser, Albin und Rabenstein, Christiane (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness, Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Berlin 2004, S. 10 ff. (zitiert: Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens)

Harms, Monika: Die konsensuale Verfahrensbeendigung, das Ende des herkömmlichen Strafprozesses? – Ein weiterer Versuch einer Zwischenbilanz -, in: Griesbaum, Rainer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, Berlin 2006, S. 289 ff. (zitiert: FS-Nehm)

Hassemer, Winfried: Die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ – ein neuer Rechtsbegriff?, in: StV 1982, S. 275 ff.

Hassemer, Winfried: Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, in: KritV 1990, S. 260 ff.

Hassemer, Winfried: Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl., München 1990 (zitiert: Einführung)

Hegler, August: Zur Strafprozesserneuerung, Stuttgart 1936 (zitiert: Strafprozesserneuerung)

Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung: 3. Aufl., Heidelberg 2001 (zitiert: HK-StPO/Bearbeiter)

Hellmann, Uwe: Strafprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: Strafprozessrecht)

Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, Ein Grundriß, Salzgitter u. a. 1950 (zitiert: Grundriß)

Henkel, Heinrich: Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1968 (zitiert: Strafverfahrensrecht)

Herrmann, Joachim: Die Reform der deutschen Hauptverhandlung nach dem Vorbild des anglo-amerikanischen Strafverfahrens, Bonn 1971 (zitiert: Reform)

Herrmann, Joachim: Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung: Die Richtlinienentscheidung des Bundesgerichtshofs – BGHSt 43, 195, in: JuS 1999, S. 1162 ff.

Hönig, Sandra: Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses im Lichte der Strafzwecke, Frankfurt am Main u. a. 2004 (zitiert: Die strafmildernde Wirkung des Geständnisses)

Höra, Knut: Wahrheitspflicht und Schweigebefugnis des Beschuldigten, Frankfurt am Main 1970 (zitiert: Wahrheitspflicht und Schweigebefugnis des Beschuldigten)

Ignor, Alexander: Geschichte des Strafprozesses in Deutschland 1532-1846, Von der Carolina Karls V. bis zu den Reformen des Vormärz, Paderborn u. a. 2002 (zitiert: Geschichte des Strafprozesses)

Ignor, Alexander: Die Urteilsabsprache und die leitenden Prinzipien der StPO, in: Beulke, Werner und Müller, Eckhart (Hrsg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin 2006, S. 321 ff. (zitiert: FS-BRAK)

Jahn, Matthias: Die Diskurstheorie des Rechts und neues konsensuales Strafverfahren, in: GA 2004, S. 272 ff.

Jahn, Matthias: Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung, in: ZStW 118 (2006), S. 427 ff.

Jahn, Matthias/Müller, Martin: Der Widerspenstigen Zähmung – Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess, in: JA 2006, S. 681 ff.

Janke, Alexander: Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, Aachen 1997 (zitiert: Verständigung und Absprachen)

Jarass, Hans/Pieroth, Bodo: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 9. Aufl., München 2007 (zitiert: GG)

Jerouschek, Günter: Jenseits von Gut und Böse, Das Geständnis und seine Bedeutung im Strafrecht, in: ZStW 102 (1990), S. 793 ff.

Jerouschek, Günter: Christian Thomasius, Halle und die Hexenverfolgungen, in: JuS 1995, S. 576 ff.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zitiert: AT)

Joecks, Wolfgang: Studienkommentar Strafprozessordnung, München 2006 (zitiert: StPO)

Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: hrsg. v. Pfeiffer, Gerd, 5. Aufl., München 2003 (zitiert: KK-StPO/Bearbeiter)

Kerner, Hans-Jürgen: Strafverfolgung als Last? Zum Erledigungsverhalten der deutschen Staatsanwaltschaft, in: Kühne, Hans-Heiner (Hrsg.), Festschrift für Koichi Miyazawa, Baden-Baden 1995, S. 571 ff. (zitiert: FS-Miyazawa)

Kerner, Hans-Jürgen: Strafverfahrensrecht einschließlich Gerichtsverfassung. Begleitskript zur Vorlesung, 5. Aufl., Tübingen 2003 (zitiert: Strafverfahrensrecht)

Kerner, Hans-Jürgen/Czerner, Frank: Die Empfehlungen des Europarates zum Freiheitsentzug im Kontext europäischer und internationaler Instrumentarien zum Schutz der Menschenrechte, in: Freiheitsentzug, Die Empfehlungen des Europarates 1962-2003, hrsg. von Deutschland, Österreich und Schweiz, Mönchengladbach 2004, S. 1 ff.

Kerner, Hans-Jürgen: Strafverfolgung und Sanktionierung in Deutschland, Eine Darstellung der aktuellen Rechtslage im Erwachsenenstrafrecht und im Jugendstrafrecht, mit Blick auf Reformvorstellungen. Begleitskript zur Vorlesung „Straftatfolgen“, Tübingen 2005 (zitiert: Strafverfolgung und Sanktionierung)

Kindhäuser, Urs: Strafprozessrecht, Baden-Baden 2006 (zitiert: Strafprozessrecht)

Kintzi, Heinrich: Verständigung im Strafrecht – Überlegungen zu den Thesen und dem Gutachten der Großen Strafrechtskommission -, in: JR 1990, S. 309 ff.

Kintzi, Heinrich: Verständigung im Strafverfahren – Eine unendliche und spannende Geschichte - , in: DRiZ 1992, S. 245 ff.

Kintzi, Heinrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.8.1997 – 4 StR 240/97, in: JR 1998, S. 249 ff.

Kintzi, Heinrich: Verständigung im Strafverfahren – steht die Diskussion vor dem Abschluß?, in: Ebert, Udo u. a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Walter Hanack zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, S. 177 ff. (zitiert: FS-Hanack)

Kleinheyer, Gerd: Zur Rolle des Geständnisses im Strafverfahren des späten Mittelalters und der frühen Neuzeit, in: Kleinheyer, Gerd und Mikat, Paul (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hermann Conrad, München u. a. 1979, S. 367 ff. (zitiert: GS-Conrad)

Kommentar zur Strafprozessordnung, Reihe Alternativkommentare, Neuwied ab 1988 (zitiert: AK-StPO/Bearbeiter)

Krauß, Detlef: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Müller-Dietz, Heinz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln u. a. 1971, S. 153 ff. (zitiert: Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren)

Krauß, Detlef: Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Grünwald, Gerald u.a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, Göttingen 1975, S. 433 ff. (zitiert: FS-Schaffstein)

Krey, Volker: Deutsches Strafverfahrensrecht, Band I, Stuttgart 2006 (zitiert: Strafverfahrensrecht I)

Kruse, Michael: Urteilsabsprachen in der neuesten Rechtsprechung des BGH, in: StraFo 2000, S. 146 ff.

Kuckein, Jürgen: Zur Verwertbarkeit des Geständnisses bei einer gescheiterten Verständigung im Strafverfahren, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.), Festschrift für Lutz Meyer-Goßner zum 65. Geburtstag, München 2001, S. 63 ff. (zitiert: FS-Meyer-Goßner)

Kühl, Kristian: Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörigen Zeugen – BGHSt 32, 140, in: JuS 1986, S. 115 ff.

Kühl, Kristian: Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung, Köln u. a. 1983 (zitiert: Unschuldsvermutung)

Kühne, Hans-Heiner: Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2006 (zitiert: Strafprozessrecht)

Küpper, Georg/Bode, Karl Christoph: Absprachen im Strafverfahren – Bilanz einer zehnjährigen Diskussion - , in: Jura 1999, S. 351 ff, S. 393 ff.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., München 2007 (zitiert: StGB)

Landau, Herbert/Eschelbach, Ralf: Absprache zur strafrechtlichen Hauptverhandlung, in: NJW 1999, S. 321 ff.

Landau, Herbert/Bünger, Ralph: Urteilsabsprache im Strafverfahren (Erwiderung zu ZRP 2005, 235), in: ZRP 2005, S. 268 ff.

Laue, Christian: Das öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens, in: GA 2005, S. 648 ff.

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Zweiter Band §§ 32 bis 55, Laufhütte, Heinrich Wilhelm u. a. (Hrsg.), 12. Aufl., Berlin 2006 (zitiert: LK-StGB/Bearbeiter)

Lien, Lie: Analytische Untersuchung der Ursachen des andauernden Streits um Absprachen, Kritik an den bisherigen Legitimationsmodellen der Absprachen aus sprachanalytischer Sicht, in: GA 2006, S. 129 ff.

Liepmann, Moritz: Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozess, in: ZStW 44 (1924), S. 647 ff.

Linden Georg: Die Ökonomisierung des Strafverfahrens, in: Beulke, Werner und Müller, Eckhart (Hrsg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006, S. 381 ff. (zitiert: FS-BRAK)

Lohsing, Das Geständnis in Strafsachen, Halle a. S. 1905

Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Rieß, Peter (Hrsg.), 25. Aufl., Berlin ab 1997 (zitiert: LR-StPO/Bearbeiter, 25. Aufl.)

Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner: Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Erb, Volker u. a. (Hrsg.), 26. Aufl., Berlin ab 2006 (zitiert: LR-StPO/Bearbeiter, 26. Aufl.)

Lüderssen, Klaus: Die Verständigung im Strafprozess, Überlebensstrategie oder Paradigmawechsel? , in: StV 1990, S. 415 ff.

Matt, Holger/Vogel, Joachim: Urteilsabsprachen im Strafverfahren: Ein Alternativvorschlag einer gesetzlichen Regelung, in: Beulke, Werner und Müller, Eckhart (Hrsg.), Festschrift zu Ehren des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer, Neuwied 2006, S. 391 ff. (zitiert: FS-BRAK)

Mayer, Max Ernst: Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund, in: ZStW 27 (1907), S. 921 ff.

Meier, Bernd-Dieter: Strafrechtliche Sanktionen, 2. Aufl., Berlin u.a. 2006 (zitiert: Strafrechtliche Sanktionen)

Meyer-Goßner, Lutz: Entlastung der Strafrechtspflege, - Ein ungewöhnlicher Vorschlag - , in: NSStZ 1992, S. 167 ff.

Meyer-Goßner, Lutz: Zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine gesetzliche Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, in: StV 2006, S. 485 ff.

Meyer-Goßner, Lutz: Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, 50. Aufl., München 2007 (zitiert: StPO)

Meyer-Goßner, Lutz: Rechtsprechung durch Staatsanwaltschaft und Angeklagten? – Urteilsabsprachen im Rechtsstaat des Grundgesetzes - in: NStZ 2007, S. 425 ff.

Meyer-Goßner, Lutz: Absprachen im Strafprozess, Nach der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des BGH, in: Schöch, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher, Berlin 2007, S. 105 ff. (zitiert: FS-Böttcher)

Mezger, Edmund: Die Beschuldigtenvernehmung auf psychologischer Grundlage, in: ZStW 40 (1919), S. 152 ff.

Mezger, Edmund: Die Straftat als Ganzes, in: ZStW 57 (1937), S. 675 ff.

Moldenhauer, Gerwin M.: Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof ?, Frankfurt am Main u. a. 2004 (zitiert: Verfahrensordnung)

Möller, Hauke: Verfassungsgerichtliche Überlegungen zum „nemo-tenetur“-Grundsatz und zur strafmildernden Berücksichtigung von Geständnissen, in: JR 2005, S. 314 ff.

Moos, Ruth: Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung, Göttingen 1983 (zitiert: Geständnis)

Neumann, Ulfrid: Materiale und prozedurale Gerechtigkeit im Strafverfahren, in: ZStW 101 (1989), S. 52 ff.

Niemöller, Martin: Absprachen im Strafprozess, in: StV 1990, S. 34 ff.

Niemöller, Martin/Schuppert, Gunnar Folke: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafverfahrensrecht, in: AöR107 (1982), S. 387 ff.

Odersky, Walter: Aktuelle Überlegungen zur Stellung der Staatsanwaltschaft, in: Eyrich, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 343 ff. (zitiert: FS-Rebmann)

Park, Ro-Seop: Die Wahrheitsfindung im Ermittlungsverfahren, Frankfurt am Main 2003 (zitiert: Wahrheitsfindung)

Paulus, Rainer: Prozessuale Wahrheit und Revision, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1992, S. 687 ff. (zitiert: FS-Spendel)

Perron, Walter (Hrsg.): Die Beweisaufnahme im Strafverfahrensrecht des Auslands, Rechtsvergleichendes Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Freiburg i.Br. 1995 (zitiert: Beweisaufnahme)

Perron, Walter: Funktion und Zusammensetzung des Gerichts im Ermittlungs- und Hauptverfahren, in: Eser, Albin und Rabenstein, Christiane (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness, Konvergente und divergente Entwicklungen im Strafprozessrecht, Berlin 2004, S. 291 ff. (zitiert: Funktion und Zusammensetzung des Gerichts)

Peters, Karl: Fehlerquellen im Strafprozess, Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 2. Band, Karlsruhe 1972 (zitiert: Fehlerquellen im Strafprozess II)

Peters, Karl: Strafprozess, 4. Aufl., Heidelberg 1985 (zitiert: Strafprozess)

Pfister, Wolfgang: Entwicklung und Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu verfahrensbeendenden Absprachen, in: Goldbach, Michael (Hrsg.), Der Deal mit dem Recht Absprachen im Strafprozess, Hofgeismar 2004, S. 5 ff. (zitiert: Entwicklung und Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu verfahrens-beendenden Absprachen)

Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Staatsrecht II Grundrechte, 20 . Aufl., Heidelberg 2004 (zitiert: Staatsrecht II)

Prittwitz, Cornelius: Der Mitbeschuldigte im Strafprozess, Frankfurt am Main 1984 (zitiert: Mitbeschuldigter)

Radbruch, Gustav: Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von 1532 (Carolina), Stuttgart 1962 (zitiert: Carolina)

Radbruch, Gustav/Zweigert, Konrad: Einführung in die Rechtswissenschaft, hrsg. von Zweigert, Konrad, 13. Aufl., Stuttgart 1980 (zitiert: Einführung)

Ranft, Otfried: Strafprozessrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2005 (zitiert: Strafprozessrecht)

Rieß, Peter: Prolegomena zu einer Gesamtreform des Strafrechts, in: Hassenpflug, Helwig (Hrsg.), Festschrift für Karl Schäfer, Berlin u. a. 1980, S. 155 ff. (zitiert: FS-Schäfer)

Rieß, Peter: Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozess, in: JA 1980, S. 293 ff.

Rieß, Peter: Prozessmaximen und Ermittlungsverfahren, in: Eyrich, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag, München 1989, S. 381 ff. (zitiert: FS-Rebmann)

Rieß, Peter: Das Ende einer Epoche? Gedanken zum 125. Jahrestag des Inkrafttretens der StPO, in: Arnold, Jörg u. a. (Hrsg.), Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 443 ff. (zitiert: FS-Eser)

Rieß, Peter: Gedanken über das Geständnis im Strafverfahren, in: Müller, Egon (Hrsg.), Festschrift für Christian Richter II, Baden Baden 2006, S. 433 ff. (zitiert: FS-Richter II)

Rode, Christian: Das Geständnis in der Hauptverhandlung, in: StraFo 2007, S. 98 ff.

Rogall, Klaus: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, Berlin 1977 (zitiert: Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst)

Rönnau, Thomas: Die Absprache im Strafprozess: Eine rechtssystematische Untersuchung der Zulässigkeit der Absprachen nach dem geltenden Strafprozessrecht, Baden-Baden 1990 (zitiert: Absprache)

Rönnau, Thomas: Die neue Verbindlichkeit bei den strafprozessualen Absprachen, Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 28.8.1997- 4 StR 240/97, in: wistra, 1998, S. 49 ff.

Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter: Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2004 (zitiert: Zivilprozessrecht)

Roxin, Claus: Die Wiedergutmachung im strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Badura, Peter und Rupert, Scholz (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 301 ff. (zitiert: FS-Lerche)

Roxin, Claus: Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., München 1998 (zitiert: Strafverfahrensrecht)

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006 (zitiert: Strafrecht AT I)

Rückel, Christoph: Verteidigertaktik bei Verständigungen und Vereinbarungen im Strafverfahren, in: NStZ 1987, S. 297 ff.

Rudolphi, Hans-Joachim: Strafprozess im Umbruch, in: ZRP 1976, S. 165 ff.

Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter: Grundriss der Strafrechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2007 (zitiert: Grundriss der Strafrechtsgeschichte)

Saliger, Frank: Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung – BGH (GS), NJW 2005, 1440, in: JuS 2006, S. 8 ff.

Satzger, Helmut: Absprachen im Strafprozess, in: Bockemühl, Jan (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2. Aufl., S. 1357 ff., Neuwied 2002 (zitiert: Absprachen)

Schäfer, Gerhard: Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl., München 2001 (zitiert: Praxis der Strafzumessung)

Schäfer, Gerhard: Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl., Stuttgart u. a. 2000 (zitiert: Praxis des Strafverfahrens)

Schellenberg, Frank: Die Hauptverhandlung im Strafverfahren, 2. Aufl., Köln u. a. 2000 (zitiert: Die Hauptverhandlung im Strafverfahren)

Schilken, Eberhard: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Köln u. a. 2000 (zitiert: Zivilprozessrecht)

Schlauri, Regula: Das Verbot des Selbstbelastungszwangs im Strafverfahren, Zürich 2003 (zitiert: Das Verbot des Selbstbelastungszwangs)

Schlüchter, Ellen: Zur Relativierung der gerichtlichen Aufklärungspflicht durch Verständigung im Strafverfahren, in: Seebode, Manfred (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1992, S. 737 ff. (zitiert: FS-Spendel)

Schmidhäuser, Eberhard: Zur Frage nach dem Ziel des Strafprozesses, in: Bockelmann, Paul und Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen 1961, S. 511 ff. (zitiert: FS-Schmidt)

Schmidt, Eberhard: Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Teil I, 2. Aufl., Göttingen 1964 (zitiert: Lehrkommentar I)

Schmidt, Eberhard: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965 (zitiert: Einführung)

Schmidt-Hieber, Werner: Vereinbarungen im Strafverfahren, in: NJW 1982, S. 1017 ff.

Schmidt-Hieber, Werner: Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses? , in: Broda, Christian u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag, Darmstadt u. a. 1985, S. 995 ff. (zitiert: FS-Wassermann)

Schmidt-Hieber, Werner: Verständigung im Strafverfahren, München 1986 (zitiert: Verständigung)

Schmidt-Hieber, Werner: Der strafprozessuale „Vergleich“ – eine illegale Kungelei, in: StV 1986, S. 355 ff.

Schmitt, Bertram: Zu Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozess, in: GA 2001, S. 411 ff.

Schöch, Heinz: Neues Strafrecht und Struktur der Hauptverhandlung – Kooperative Verfahren und kontradiktorischer Prozess -, in: Schreiber, Hans-Ludwig und Wassermann, Rudolf (Hrsg.), Gesamtreform des Strafverfahrens, Internationales Christian-Broda-Symposium, Neuwied 1987, S. 99 ff. (zitiert: Neues Strafrecht und Struktur der Hauptverhandlung)

Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., München 2007 (zitiert: Sch/Sch-Bearbeiter)

Schreiber, Hans-Ludwig: Tendenzen der Strafprozessreform, in: Schreiber, Hans-Ludwig (Hrsg.), Strafprozess und Reform, Neuwied u. a. 1979, S. 15 ff. (zitiert: Tendenzen der Strafprozessreform)

Schroeder, Friedrich-Christian: Strafprozessrecht, 4. Aufl., München 2007 (zitiert: Strafprozessrecht)

Schroth, Klaus: Die Rechte des Opfers im Strafprozess, Heidelberg 2005 (zitiert: Die Rechte des Opfers im Strafprozess)

Schumann, Karl-Friedrich: Der Handel mit Gerechtigkeit, Funktionsprobleme der Strafjustiz und ihre Lösungen – am Beispiel des amerikanischen plea bargaining, Frankfurt am Main 1977 (zitiert: Der Handel mit Gerechtigkeit)

Schünemann, Bernd: Prozessrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozess, in: Triberg-Symposium: Absprache im Strafprozess – ein Handel mit der Gerechtigkeit, Tagungsbericht über das am 20./21.11.1986 in Triberg durchgeführte Symposium, hrsg. vom

Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten, Baden-Württemberg, S. 24 ff. (zitiert: Prozessrechtliche Vorgaben für die Kommunikation im Strafprozess)

Schünemann, Bernd: Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren, - Zugleich zu BGH, Urteil v. 7. 6. 1989 – StR 66/89 = JZ 1989, 1016 -, in: JZ 1989, S. 984 ff.

Schünemann, Bernd: Die Verständigung im Strafprozess – Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung?, in: NJW 1989, S. 1895 ff.

Schünemann, Bernd: Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten für den 58. Deutschen Juristentag, München 1990 (zitiert: Absprachen)

Schünemann, Bernd: Wetterzeichen einer untergehenden Strafprozesskultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums, in: StV 1993, S. 657 ff.

Schünemann, Bernd: Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulterschlusseffekt, in: StV 2000, S. 159 ff.

Schünemann, Bernd: Die Absprachen im Strafverfahren, in: Hanack, Ernst-Walter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 2002, S. 525 ff. (zitiert: FS-Rieß)

Seier, Jürgen: Der strafprozessuale Vergleich im Lichte des § 136a StPO, in: JZ 1988, S. 683 ff.

Sellert, Wolfgang/Rüping, Hinrich: Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Band 1, Von den Anfängen bis zur Aufklärung, Aalen 1989 (zitiert: Studien- und Quellenbuch 1)

Sinner, Stefan: Der Vertragsgedanke im Strafprozessrecht, Frankfurt am Main u. a. 1999 (zitiert: Vertragsgedanke)

Siolek, Wolfgang: Verständigung im Strafverfahren – eine verfassungswidrige Praxis!, in: DRiZ 1989, S. 321 ff.

Siolek, Wolfgang: Verständigung in der Hauptverhandlung, Baden-Baden 1993 (zitiert: Verständigung)

Siolek, Wolfgang: Zur Fehlentwicklung strafprozessualer Absprachen, in: Hanack, Ernst-Walter u. a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Rieß zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 2002, S. 563 ff. (zitiert: FS-Rieß)

Spendel, Günter: Wahrheitsfindung im Strafprozess, in: JuS 1964, S. 465 ff.

Stalinski, Dirk: Aussagefreiheit und Geständnisbonus, Düsseldorf 2000 (zitiert: Aussagefreiheit und Geständnisbonus)

Stamp, Frauke: Die Wahrheit im Strafverfahren, Baden-Baden 1998 (zitiert: Wahrheit)

Stern, Steffen: Der Geständniswiderruf als forensisches Erkenntnisproblem, in: StV 1990, S. 563 ff.

Stock, Ulrich: Zur Strafprozessenerneuerung, in: Leipziger Juristen-Fakultät (Hrsg.), Festschrift für Richard Schmidt zum 1. November, Leipzig 1936 (zitiert: FS-Schmidt)

Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer: Vorschlag einer gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren, in: ZRP 2005, S. 235 ff.

Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins: Soll der Gesetzgeber Informelles formalisieren? , in: StraFo 2006, S. 89 ff.

Stratenwerth, Günter: Tatschuld und Strafzumessung, Tübingen 1972, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Bd. 406/407 (zitiert: Tatschuld)

Streng, Franz: Strafrechtliche Sanktionen, Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2. Aufl., Stuttgart 2002 (zitiert: Strafrechtliche Sanktionen)

Streng, Franz: Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, Zugleich ein empirischer Beitrag zur Strafzumessung bei Delikten gegen die Person, in: Feltes, Thomas u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Dieter Schwind, Heidelberg 2006, S. 447 ff. (zitiert: FS-Schwind)

Systematischer Kommentar, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Rudolph, Hans-Joachim u. a. (Hrsg.), 1997, 30. Aufbau-Lfg. 2003 (zitiert: SK-StPO/Bearbeiter)

Terhorst, Bruno: Kriterien für konsensuales Vorgehen im Strafverfahren – freie Wahl für Urteilsabsprachen?, in: GA 2002, S. 600 ff.

Tiedemann, Klaus/Dannecker, Gerhard/Vogel, Joachim: 13 Thesen zu einem modernen menschenrechtsorientierten Strafprozess, in: ZRP 1992, S. 107 ff.

Tiedemann, Klaus: Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, Köln u. a. 2004 (zitiert: Wirtschaftsstrafrecht)

Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 54. Aufl., München 2007 (zitiert: StGB)

Trüg, Gerson: Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren, Tübingen 2003 (zitiert: Lösungskonvergenzen)

Trüg, Gerson/Kerner, Hans-Jürgen: Formalisierung der Wahrheitsfindung im (reformiert-) inquisitorischen Strafverfahren? Betrachtungen unter rechtsvergleichender Perspektive, in: Schöch, Heinz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Böttcher, Berlin 2007, S. 191 ff. (zitiert: FS-Böttcher)

Tscherwinka, Ralf: Absprachen im Strafprozess, Frankfurt am Main u. a. 1995 (zitiert: Absprachen)

Ufer, Steffen/Ufer, Florian: Die „Verständigung“ im Strafverfahren, in: Ziegert, Ulrich (Hrsg.), Grundlagen der Strafverteidigung, Stuttgart u. a. 2000, S. 45 ff. (zitiert: Die „Verständigung“ im Strafverfahren)

Vogel, Joachim: Juristische Methodik, Studienbuch, Berlin u. a. 1998 (zitiert: Juristische Methodik)

Volk, Klaus: Diverse Wahrheiten, in: Eser, Albin u. a. (Hrsg.), Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Köln u. a. 1995, S. 411 ff. (zitiert: FS-Salger)

Volk, Klaus: Strafprozessrecht, 5. Aufl., München 2006 (zitiert: Strafprozessrecht)

Walder, Hans: Die Vernehmung des Beschuldigten, Hamburg 1965 (zitiert: Vernehmung)

Weichbrodt, Korinna: Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, Berlin 2006 (zitiert: Konsensprinzip)

Weider, Hans-Joachim (unter dem Pseudonym Detlev Deal): Der prozessuale Vergleich, in: StV 1982, S. 545 ff.

Weider, Hans-Joachim: Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit, Strafverfahrens-wissenschaftliche Analyse und Kritik der Verteidigung in Betäubungsmittelsachen, Mönchengladbach 2000 (zitiert: Vom Dealen mit Drogen und Gerechtigkeit)

Weider, Hans-Joachim: Der verweigerte Deal – oder: Die Rache des Schwurgerichts?, in: StV 2002, S. 397 f.

Weigend, Thomas: Anklagepflicht und Ermessen, Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht, Baden-Baden 1978 (zitiert: Anklagepflicht und Ermessen)

Weigend, Thomas: Deliktsoffer und Strafverfahren, Berlin 1989 (zitiert: Deliktsoffer)

Weigend, Thomas: Absprachen in ausländischen Strafverfahren, Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu konsensualen Elementen im Strafprozess, Freiburg i. Br. 1990 (zitiert: Absprachen in ausländischen Strafverfahren)

Weigend, Thomas: Abgesprochene Gerechtigkeit, - Effizienz durch Kooperation im Strafverfahren?, in: JZ 1990, S. 774 ff.

Weigend, Thomas: Eine Prozessordnung für abgesprochene Urteile?, Anmerkungen zu den Entscheidungen BGHSt 43, 195 und BGH, NStZ 1999, 92, in: NStZ 1999, S. 57 ff.

Weigend, Thomas: Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, in: Canaris, Claus-Wilhelm u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft; Band IV: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht, München 2000, S. 1011 ff. (zitiert: FS-BGH IV)

Weigend, Thomas: Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, in: ZStW 113 (2001), S. 271 ff.

Wessels, Johannes: Schweigen und Leugnen im Strafverfahren, in: JuS 1966, S. 169 ff.

Weßlau, Edda: Opferschonendes Prozessverhalten als Strafmilderungsgrund? , in: KJ 1993, S. 461 ff.

Weßlau, Edda: Das Konsensprinzip im Strafverfahren - Leitidee für eine Gesamtreform?, Baden-Baden 2002 (zitiert: Konsensprinzip)

Weßlau, Edda: Absprachen in Strafverfahren, in: ZStW 116 (2004), S. 150 ff.

Weßlau, Edda: Absprachen und Strafverteidigung, in: StV 2006, S. 357 ff.

Weßlau, Edda: Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, in: StraFo 2007, S. 1 ff.

Wesemann, Horst/Müller, Anissa: Das gem. § 136a Abs. 3 StPO unverwertbare Geständnis und seine Bedeutung im Rahmen der Strafzumessung, in: StraFo 1998, S. 113 ff.

Widmaier, Gunter: Der strafprozessuale Vergleich, in: StV 1986, S. 357 ff.

Willms, Günther: Zur Verfassungsgarantie richterlicher Wahrheitsfindung, in: Jescheck, Hans-Heinrich/Lüttger, Hans (Hrsg.), Festsschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, Berlin 1977, S. 137 ff. (zitiert: FS-Dreher)

Wolter, Jürgen: Strafverfahrensrecht und Strafprozessreform, in: GA 1985, S. 49 ff.

Wolter, Jürgen: Menschenwürde und Freiheit im Strafprozess, in: Geppert, Klaus und Dehnicke, Diether (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer, Berlin u. a. 1990, S. 493 ff. (zitiert: GS-Meyer)

Zierl, Gerhard: Der Vergleich im Strafverfahren – Oder „Tausche Geständnis gegen Bewährung“, in: AnwBl 1985, S. 505 ff.

Zipf, Heinz: Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung, Heidelberg u. a. 1977 (zitiert: Die Strafzumessung)