

Dr. Jérôme Lange
Richter am AG
Ministerium für Justiz, Arbeit,
Gesundheit und Soziales
66119 Saarbrücken

Saarbrücken, den 23.03.2009

Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren

I. Die Frage nach dem „Ob“ einer gesetzlichen Regelung

Die nachfolgende Stellungnahme stellt das „Ob“ einer gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren nicht zur Diskussion.

Die Frage nach dem „Ob“ einer gesetzlichen Regelung ist nach meinem Dafürhalten obsolet. Spätestens seitdem der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs unmissverständlich ausgeführt hat, dass *„die Organe der Strafrechtsjustiz unter den gegebenen – rechtlichen wie tatsächlichen – Bedingungen der Strafrechtspflege ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen den an sie gestellten Anforderungen nicht mehr genügen könnten“*¹ und an den Gesetzgeber appelliert hat, die *„wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen“* unter Ausschöpfung des ihm zustehenden „beachtlichen Spielraums“ zu regeln², ist eine breite Debatte über eine gesetzliche Regelung der Verständigung angestoßen worden. Diese Debatte ist in einen breiten Konsens hinsichtlich der Frage des „Ob“ einer gesetzlichen Regelung gemündet. Im Zuge dieses Diskussionsprozesses gehen nunmehr Bundesregierung³ und Bundesrat⁴, der Deutsche Richterbund⁵, die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte⁶

¹ Beschl. v. 03.03.2005, GSSt 1/04.

² Beschl. v. 03.03.2005, GSSt 1/04.

³ Drucks. 16/11736, S. 6.

⁴ Drucks. 16/4197, S. 1.

⁵ Stellungnahme vom September 2006, www.drb.de.

⁶ Eckpunktepapier vom 24.11.2005, NJW 2006.

sowie der Strafrechtsausschuss der BRAK⁷ und des DAV⁸ von einer Regelungsbedürftigkeit der Materie auf gesetzlicher Grundlage aus. Nimmt man die enorme Akzeptanz und praktische Relevanz von Absprachen in der strafverfahrensrechtlichen Praxis hinzu, die etwa eine empirische Studie betreffend die „Praxis der Absprachen an den Wirtschaftsstrafkammern in NRW“ von *Altenhain, Hagemeyer* und *Haimerl* aus dem Jahre 2005 belegt⁹, so sind rechtspolitische Gegenentwürfe, zwar angesichts ihrer an den Prozessmaximen ausgerichteten grundsätzlichen Kritik ernst zu nehmen, letztlich aber doch angesichts des sehr weit reichenden Konsenses hinsichtlich des „Ob“ einer gesetzlichen Regelung der Absprache ein Stück weit Realitätsverweigerung¹⁰.

II. Kritische Auseinandersetzung mit dem Regierungsentwurf im Detail

Ist die Frage des „Ob“ einer gesetzlichen Regelung noch verhältnismäßig leicht zu beantworten, so ist die Frage nach dem „Wie“ ungleich komplexer. Dabei ist zunächst eine Grundweichenstellung dahin vorzunehmen, ob man den Sinn einer gesetzlichen Regelung darin sieht, weitgehend nur zu kodifizieren, was seitens der Rechtsprechung, namentlich des 4. Strafsenats des BGH und des Großen Senats für Strafsachen, in richterrechtlicher Fortbildung des geltenden Rechts an Rechtsregeln für die Verfahrensabsprache im engeren Sinne geregelt wurde, oder ob man die gesetzliche Regelung der Absprache dazu nutzt, den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers in Fortentwicklung dieser Rechtsregeln auszufüllen.

Die heute zu erörternden Entwürfe von Regierung und Bundesrat sind tendenziell eher auf eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung gerichtet¹¹, wohingegen es sich meiner Auffassung nach anbietet, eine gesetzliche Regelung zum Anlass zu

⁷ Vorschlag einer gesetzlichen Regelung, 191. Tagung Ende Juli 2005, ZRP 2005, 235 ff und www.brak.de.

⁸ Stellungnahme Nr. 46/2006, S. 6, www.dav.de.

⁹ *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl*, NStZ 2007, 71 ff.: 81 % der befragten 142 Juristen mit dem Tätigkeitsschwerpunkt im Wirtschaftsstrafrecht stimmten der Aussage zu „Urteilsabsprachen sind für mich ein unverzichtbares Instrument zur Bewältigung von Wirtschaftsstrafverfahren“.

¹⁰ So auch *Nehm*, StV 2007, 549, der es angesichts des Diskussionsstandes von Rechtsprechung, Rechtspolitik und Wissenschaft für „müßig“ hält, „fundamental rechtsstaatlich“ gegen die Verständigung zu Felde zu ziehen. *Rieg*, GA 2007, 469 hält die Forderung nach einer Herstellung des *statutus quo ante* für eine „Illusion“.

¹¹ *Meyer-Gofner*, NStZ 2007, 425, 428; noch weiter gehend der Strafrechtsausschuss des DAV, der davon spricht, der Entwurf versuche, „die bisherige Rechtsprechung des BGH 1:1 in Gesetzesform zu gießen“ (S. 7 der Stellungnahme Nr. 46/2006); ähnlich: *Rieg*, GA 2007, 469.

nehmen, den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zur Verwirklichung rechtspolitischer Zielsetzungen wahrzunehmen und auszuschöpfen¹².

Vorschläge hierfür möchte ich nachfolgend ebenso unterbreiten wie ich mich kritisch mit Details der Entwürfe auseinandersetzen möchte. Im Einzelnen:

1. Das Initiativrecht für eine Verständigung

Der Entwurf des Strauda und das Eckpunktepapier der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte sehen vor, dem Gericht das Initiativrecht für Verständigungsgespräche zu nehmen und die Einleitung eines auf eine Urteilsabsprache abzielenden Verfahrens an einen überstimmenden Antrag der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft zu knüpfen¹³. Diese Lösung ist in der Literatur dahingehend gewertet worden, dass sie auf einen „Machtzuwachs“ der Staatsanwaltschaft und auf eine partielle Schwächung der Stellung des Gerichts abziele, wohingegen der Regierungs- und Bundesratsentwurf „richterzentriert“ seien¹⁴. Ich halte diese Sichtweise für verkürzt und plädiere dafür, die Lösung des Strauda und der Generalstaatsanwälte im Gesetzgebungsverfahren ernsthaft zu prüfen.

Hintergrund des Vorschlags war, so die Begründung des Strauda¹⁵, der Problematik der sogenannten „Sanktionsschere“ gerecht zu werden, also der „Inaussichtstellung“ mutmaßlich überhöhter Strafen bei fehlender Kooperationswilligkeit des Angeklagten¹⁶. Eine „Drohung“ mit nicht mehr schuldangemessenen Strafen dürfte im Gerichtsalltag zwar eindeutig die Ausnahme sein¹⁷. Das Phänomen, dass Angeklagte das Drängen eines Vorsitzenden zur Verständigung unter Aufzeigung realistischer Strafmaßszenarien als Drohung mit der Sanktionsschere begreifen,

¹² So schon wegweisend die Stellungnahme des Strafrechtsausschusses des DAV Nr. 46/2006, S. 7; ebenso: Rieg, GA 2007, 469.

¹³ Ziffer 3 des Eckpunktepapiers der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte; § 243a StPO- E des Entwurfes des Strauda, der allerdings in der Entwurfsbegründung nicht ganz konsequent offenbar offen lässt, ob das Gericht vor oder außerhalb der HV gleichwohl mit dem Ziel, eine Verständigung herbeizuführen, Erörterungen mit den Beteiligten anstoßen darf.

¹⁴ Jahn/Müller, JA 2006, 681, 686.

¹⁵ ZRP 2005, 235, 238.

¹⁶ Jahn/Müller, JA 2006, 681, 686.

¹⁷ Sehr viel weitergehend Fischer, StGB, § 46 Rn. 111a, wonach Einiges dafür spreche, dass die bei Absprachen angebotenen Obergrenzen tatsächlich die nach allgemeinen Regeln gefundenen Prognosen angemessener Strafen seien, denen überhöhte „Droh – Strafen“ entgegen gesetzt würden.

dürfte dagegen sehr weit verbreitet sein. Schon das schadet dem Ansehen der Justiz und schürt andererseits zahlreiche Vorbehalte gegen die Praxis des „Dealens“. Hinzu kommt, dass die Gerichte – wer wollte das bestreiten – unter hohem Erledigungsdruck stehen. Es ist daher vorstellbar, dass bei einigen Richtern der Eindruck entstehen könnte, eine Steigerung der Zahl der Verfahrenserledigungen durch eine hohe „Dealfreudigkeit“ könnte sich positiv auf ihre Beurteilungen auswirken¹⁸.

All dies spricht dafür, den Gerichten in puncto Initiative zur Absprache in jedem Verfahrensstadium ein **Abstinenzgebot** aufzuerlegen und die Initiative zur Einleitung von Verständigungsgesprächen Verteidigung und Anklage zu überlassen. Dabei ist eine solche Regelung nicht notwendig Ausdruck des Konsensprinzips, welches auch in der geltenden StPO bereits hier und da angelegt ist. Denn auch eine vorherige Einigung von Verteidigung und Anklage entbindet das Gericht nicht von der allein ihm obliegenden Verantwortung zu prüfen, ob es den angeregten Weg mitgehen kann und will. Ferner würde ein Abstinenzgebot auf Seiten des Gerichts die Würde und die Autorität des Gerichts¹⁹ stärken, da das Gericht davor bewahrt wird, um eine – auch erkennbar im Eigeninteresse liegende - Verständigung initial zu werben. Diese Stärkung der Würde des Gerichts wiegt rechtspolitisch als ein etwaiger „Machtverlust“ durch den Verlust des zur Zeit bestehenden, ungeschriebenen Initiativrechts.

2. Das Geständnis als Voraussetzung einer Verständigung

Die Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte haben im Einklang mit der Rechtsprechung des BGH²⁰ - in ihrem Eckpunktepapier ein qualifiziertes Geständnis zur „conditio sine qua non“ einer Absprache erklärt²¹. In Übereinstimmung hiermit formuliert der Bundesratsentwurf: „Der mitgeteilte Strafraumen steht unter dem Vorbehalt eines der Nachprüfung zugänglichen und zur Überzeugung des Gerichts der Wahrheit entsprechenden Geständnisses“²². In seiner Stellungnahme zum

¹⁸ Marsch, ZRP 2007, 220, 222; vgl. auch Fischer, StGB, 55. Aufl., § 46 Rn. 111e.

¹⁹ Zu einer Fallgestaltung, in denen das „Werben für eine Absprache“ durchaus die Würde des Gerichts zu erschüttern vermag, vgl. BGH, Urt. v. 02.03.2004 – 1 StR 574/03.

²⁰ Beschl. v. 03.03.2005, GSSt 1/04.

²¹ Ziffer 2 des Eckpunktepapiers.

²² § 243a Abs. 3 Satz 2 des Entwurfes.

Regierungsentwurf vom 6. März 2009 hat der Bundesrat diesen Gedanken wieder aufgegriffen, erneut für die Aufnahme einer entsprechenden Formulierung in den Gesetzestext votiert²³ und dabei zur Begründung ausgeführt, es solle zukünftig gerade nicht möglich sein, dass – wie derzeit manchmal Praxis – der Angeklagte über seinen Verteidiger eine ausgefeilte Erklärung verlesen lässt, im Anschluss keine weiteren Nachfragen des Gerichts beantwortet und gleichwohl in den Genuss eines überobligatorischen Strafnachlasses kommt²⁴.

Dieser Auffassung der Generalstaatsanwälte und des Bundesrates schließe ich mich an. Der Regierungsentwurf stellt keinerlei qualitative Anforderungen an ein Geständnis und erklärt dieses nicht einmal zur zwingenden Voraussetzung einer Verständigung, da nach dem Entwurfstext Bestandteil einer Verständigung ein Geständnis nur sein „soll“, nicht aber „muss“ (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO-E). Dies steht m.E. im Widerspruch zu § 257c Abs. 1 Satz 2 des Regierungsentwurfes, wonach § 244 Absatz 2 StPO, unberührt bleibt. Nehmen die Gerichte diese Regelung nämlich ernst, so kann dies dazu führen, dass sie sich eben doch der Frage stellen müssen, ob sie bei Absprachen ein Formalgeständnis ohne weitere Aufklärung als Grundlage einer Verurteilung akzeptieren dürfen.

Die Frage, ob man das Geständnis zu einer notwendigen Bedingung jeder Verständigung über die Rechtsfolgen erklärt²⁵ und welche qualitativen Anforderungen man an ein solches Geständnis stellt, rührt an den Grundfesten des deutschen Strafverfahrensrechts. Es geht in der Tat darum, wie weit man dem Konsensprinzip, das nur insoweit gilt, als es gesetzlich zugelassen ist²⁶, im Strafverfahren Raum geben will. Dies sollte nach meinem Dafürhalten jedenfalls nicht so weit gehen, dass hierfür das Schuldprinzip und das Ziel der amtswegigen Aufklärung der materiellen Wahrheit geopfert werden, die einer dem Erlass eines „Anerkenntnisurteils“ im Sinne des § 307 ZPO entsprechenden Verfahrensweise in der Hauptverhandlung entgegen stehen, weil das Strafgericht eine Verurteilung nur auf seine Überzeugung von der Wahrheit des Anklagevorwurfs stützen darf. Dies hat elementar auch eine Schutzfunktion zu Gunsten des Angeklagten, der bei

²³ 856. Sitzung des Bundesrates, Plenarprotokoll 856, S. 72.

²⁴ BR Drs. 65/1/09.

²⁵ Für das geltende Recht formuliert der Große Strafsenat des BGH treffend, dass das Geständnis als Gegenleistung für eine verbindliche Zusage zur Strafhöhe „Kern“ eines Verständigungsverfahrens ist.

²⁶ So mit Recht die Stellungnahme des Strauda, ZRP 2005, 236.

Formalgeständnissen, die durchaus auch zum Zwecke des Schutzes dritter Personen oder aus anderen sachwidrigen Gründen abgegeben werden können, in erster Linie vor sich selbst geschützt werden muss und jedenfalls im Strafverfahren keine Dispositionsfreiheit über seine Freiheitsrechte hat. Es dient aber auch dazu, einem Angeklagten, der eventuell auch bei einem Formalgeständnis Zustandekommen einer Absprache auf eine Strafmilderung hoffen darf, deutlich zu machen, dass der Staat eben nicht zu jedem Preis bereit ist, mit ihm zu verhandeln, da er die grundlegenden prozeduralen Regeln des Strafprozesses für unverhandelbar erklärt.

Dieser Auffassung kann man nicht entgegen halten, sie verkenne die Realitäten des Strafverfahrens²⁷, wonach es dem Angeklagten nach dem *nemo tenetur* – Grundsatz nun einmal freistehe als Beitrag zur Aufklärung nur ein von der Verteidigung verlesenes Geständnis ohne Beantwortung weiterer Nachfragen zu leisten, dass überdies auch ein solches Geständnis nach der Rechtsprechung als Strafmilderungsgrund zu werten sei und schließlich der Zweck der Verständigung doch gerade darin bestehe, dass ein Geständnis nicht weiter hinterfragt werden müsse.

Diese Argumentation würde übersehen, dass es dem Gericht und bei Regelung der Absprache erst recht dem Gesetzgeber freisteht, was er als „Gegenleistung“ für eine Verständigung zu akzeptieren bereit ist, so dass es auch bei dem nur im Sinne eines Formalgeständnisses kooperationswilligen Angeklagten keinen Anspruch des Angeklagten auf Durchführung eines Verständigungsverfahrens und keinen zwingenden Automatismus im Hinblick auf die zu gewährende Strafmilderung gibt²⁸. Gewiss, der BGH hat in der Tat anerkannt, dass jedes, also auch das nur prozesstaktisch abgegebene, Geständnis grundsätzlich geeignet ist, Bedeutung als strafmildernder Gesichtspunkt zu erlangen²⁹. Dieser Satz wird allerdings in der Praxis gelegentlich gegenüber dem weiteren Zusatz des BGH verabsolutiert, wonach ungeachtet der Eignung grundsätzlich jeden Geständnisses als strafmildernder

²⁷ In diese Richtung geht etwa die Kritik des Strafrechtausschusses der BRAK, Stellungnahme Nr. 8/2009, S. 7, der auf die nicht seltenen Fälle hinweist, in denen der Angeklagte kein Geständnis ablegen *könne*, gleichwohl aber zur Abkürzung der Beweisaufnahme beitragen wolle. Will man dieser Konstellation im Sinne des Strauda gerecht werden, so ist man aber eben doch auf dem besten Wege hin zu einem „Anerkenntnisurteil“ im Sinne des § 307 ZPO.

²⁸ Fischer, StGB, § 46 Rn. 50.

²⁹ BGHSt 43, 195, 209 f.

Gesichtspunkt die Gewichtigkeit unterschiedlich sein kann³⁰ und meines Erachtens auch sein muss. Dies bedeutet, dass die Bereitschaft zu einem umfassenden, substantiierten und dem Gericht auch Nachfragen gestattenden Geständnis viel mehr als Unrechtseinsicht und Wille zur Ab- und Umkehr zu werten ist als das bloße Verlesenlassen einer dünnen Verteidigererklärung ohne Bereitschaft zu substantiiertes Tataufklärung. Der Angeklagte, der nur Letzteres will, muss denn auch damit leben, dass seine Aussage anderweit – etwa durch Vernehmung von Zeugen – abgeklärt wird, einen niedrigeren „Strafrabatt“ als bei einem qualifizierten Geständnis kalkulieren und schließlich akzeptieren, dass das Gericht sich ihm gegenüber auch nicht auf die Zusage einer verbindlichen Strafmaßobergrenze einlassen darf und will. Nur dies ist geeignet, dem Angeklagten und der Öffentlichkeit zu verdeutlichen, dass die Strafgerichte nicht um jeden Preis, insbesondere nicht um den der Aufgabe der konstituierenden Prinzipien des Strafverfahrens, zu einer Verständigung bereit sind und ist geeignet, nachhaltig die Autorität und Würde der Gerichte stärken.

Im Ergebnis muss daher in Übereinstimmung mit dem Bundesratsentwurf ein qualifiziertes Geständnis notwendige Bedingung einer Verfahrensabsprache über die Rechtsfolgen sein.

3. Der zulässige Inhalt einer Verständigung

Der Regierungsentwurf erklärt die Rechtsfolgen, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen und das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten zu möglichen „Gegenständen“ einer Verständigung, nimmt dagegen Schuldspruch, die Ankündigung eines Rechtsmittelverzichts und Maßregeln der Besserung und Sicherung ausdrücklich aus. Der Bundesratsentwurf nimmt über überdies – mangels Zuständigkeit des Gerichts – Umstände, die das Vollstreckungsverfahren betreffen, von den Regelungsgegenständen aus.

Hinsichtlich der zulässigen Regelungsgegenstände geht der Regierungsentwurf nach meinem Dafürhalten mit der Erwähnung des „Prozessverhaltens der Verfahrensbeteiligten“ über das mit den Prozessmaximen des geltenden

³⁰ BGHSt 43, 195 ff.

Verfahrensrechts zwanglos Vereinbare hinaus³¹; durch die Nichterwähnung der Schadenswiedergutmachung bleibt er ebenso wie der Bundesratsentwurf hinter dem rechtspolitisch Wünschbaren zurück.

Im Einzelnen:

Die Bundesratsmehrheit hat in ihrer Stellungnahme zum Regierungsentwurf m.E. zu Recht kritisiert, dass der Entwurf das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten zu einem möglichen Gegenstand der Absprache erklärt³². Auch unter Zugrundelegung eines weiten Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers rechnet der Große Senat für Strafsachen im Hinblick auf das Fair – Trial – Prinzip und das Schuldprinzip die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafzumessung zu den Gegenständen, die von Verfassungen wegen nicht im Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts stehen dürfen. Die Verfahrensrechte der Beteiligten, insbesondere des Angeklagten, stehen in engem Bezug zur Aufklärungspflicht, so dass sich schon die Frage stellt, ob sie – unabhängig von der einfachgesetzlichen Ausgestaltung der StPO – mit Blick auf ihren Menschenwürdegehalt disponibel sind. Aber selbst wenn man dies verneinen wollte – der BGH spricht ja ausdrücklich nur von der „richterlichen“ Aufklärungspflicht – ist es im Hinblick auf die historisch in einem langen Kampf um Freiheitsgarantien im Strafverfahren gewachsenen Prozessmaximen rechtspolitisch nicht wünschenswert, dem Gericht einen „Abkauf von Verfahrensrechten“ zu gestatten³³.

Demnach darf als Leistung des Angeklagten nur das Geständnis in Betracht kommen, so dass ich vorschlage das „Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten“ ganz aus dem Regierungsentwurf zu streichen. Dies zumal der Entwurf darüber hinaus gehend, auch ein Entfallen der Bindung des Gerichts an die Absprache für den Fall befürwortet, dass „das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichts zugrunde gelegt worden ist“ (§ 257c Abs. 4 Satz 2 StPO-E), was als gesetzlich zugelassene Form der

³¹ A.A. Strafrechtsausschuss der BRAK, Stellungnahme Nr. 8/2009, S..6 f.

³² 856. Sitzung des Bundesrates, Plenarprotokoll 856, S. 72.

³³ *Meyer-Göfner*, StV 2006, 485, 487; diese Kritik nimmt denn auch die Bundesratsmehrheit in ihrer Stellungnahme zum Regierungsentwurf wörtlich auf (BR- Drs. 65/1/09).

Disziplinierung eines Angeklagten im Hinblick auf die Wahrnehmung seiner Verteidigungsrechte mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht vereinbar sein dürfte. Überdies erscheint diese Regelung unter dem Gesichtspunkt des Gleichheitsgrundsatzes bedenklich, da Ausgleichsmaßnahmen zu Gunsten des Angeklagten dafür, dass etwa der Verfahrensbeteiligte Staatsanwaltschaft sich nicht an Absprachen zum Prozessverhalten hält, nicht vorgesehen sind.

Die Schadenswiedergutmachung, deren Disponibilität und Eignung als Materie für Absprachen dagegen auf der Hand liegt, wird nur in der Begründung des Regierungsentwurfs³⁴, nicht aber im Normtext des Regierungs- und des Bundesratsentwurfs als statthafter Gegenstand einer Verständigung erwähnt.

Dies überzeugt weder noch dogmatisch noch rechtspolitisch, stellte doch die Einbeziehung der Schadenswiedergutmachung in den Gesetzestext einerseits eine gesetzgeberische Ermunterung der Praxis dar, Verständigungen möglichst auch um diesen Regelungsgegenstand anzureichern und wäre andererseits ein Zeichen an die Verletzten, Nebenkläger und Nebenklagebefugten, dass das Regelungsanliegen der Verständigung nicht nur in der Prozessökonomie und Schonung der knappen Ressource „Justiz“, sondern auch in einem fairen Interessensausgleich aller Verfahrensbeteiligten unter besonderer Berücksichtigung des Opferschutzgedankens besteht. Dabei sollte insbesondere der im Bundesratsplenum knapp gescheiterte Antrag des Saarlandes³⁵ im weiteren Gesetzgebungsverfahren wohlwollend geprüft werden, der über dieses Anliegen hinaus durch einen Teilverweis auf die Vorschriften des Adhäsionsverfahrens nicht nur beabsichtigt hat, eine rechtspraktische Umsetzung der Berücksichtigung der Wiedergutmachung im Verfahren aufzuzeigen, sondern auch für eine „Wiederbelebung“ des in der Rechtspraxis wenig genutzten Adhäsionsverfahrens zu sorgen.

4. Rolle der Nebenklage beim Zustandekommen einer Verständigung

Kritikwürdig aus meiner Sicht ist auch die „Zuschauerrolle“, die der Regierungsentwurf der Nebenklage hinsichtlich des Zustandekommens einer

³⁴ BT-Drs. 16/11736, S. 14.

³⁵ BR-Drs. 65/3/09.

Verständigung zugedenkt. Auch der Bundesratsentwurf greift diese Thematik nur halbherzig auf.

Die Nebenklage darf zwar als Verfahrensbeteiligte zu dem vom Gericht als möglichem Inhalt einer Verständigung Bekanntgegebenen nach beiden Entwürfen Stellung nehmen, das Zustandekommen der Verständigung wird aber an die Zustimmung nur von Angeklagtem und Staatsanwaltschaft geknüpft (§ 257c Abs. 3 Satz 3 StPO-E).

Dies steht im Widerspruch zu der begrüßenswerten neueren rechtspolitischen Entwicklung, die sich auch im Regierungsentwurf zu einem 2. OpferrechtsreformG niedergeschlagen hat, wonach dem Verletzten einer Straftat über die bloße Zeugenrolle hinaus zunehmend die Rolle eines mit Rechtspositionen versehenen Akteurs im Strafverfahren zuerkannt wird. Im Hinblick hierauf ist – durchaus beachtlich – die Forderung erhoben worden, dem Nebenkläger bei Verfahrensabsprachen eine paritätische Stellung einzuräumen³⁶. Wiewohl ich hierfür Sympathie habe, verkenne ich nicht, dass dies in praxi das Zustandekommen von Verständigungen erheblich erschweren kann. Von daher halte ich auch insoweit für das weitere Gesetzgebungsverfahren den im Bundesratsplenum nicht zum Zuge gekommenen Antrag des Saarlandes für erwägenswert, wonach dem Verletzten jedenfalls bei Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter, nämlich persönliche Freiheit, körperliche Unversehrtheit und sexuelle Selbstbestimmung, ein „partielles Vetorecht“ eingeräumt werden sollte. Dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass die mit der Verständigung verbundene Befriedungsfunktion bei Verständigungen gegen den Willen der Nebenklage nicht eintreten kann und Verständigungen gegen die Nebenklage in diesen Fällen sowohl für Opfer als auch für die Öffentlichkeit einen verheerenden Eindruck von der Justiz herbeizuführen geeignet sind.

Das gegen diesen Vorschlag vorgebrachte Argument, ein Vetorecht der Nebenklage sei im Hinblick auf deren Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs systemwidrig, vermag nicht zu überzeugen, da diese

³⁶ *Landau/Bünger*, ZRP 2005, 268, 271; in diese Richtung auch: Gieg, GA 2007, 469, 474 sowie für das geltende Recht Walther, GA 2007, 615, 622, die die Formulierung in BGHSt 43, 195 ff., wonach die Verständigung „unter Einbeziehung aller Beteiligten zustande kommt“, so versteht, dass nach geltendem Recht alle Verfahrensbeteiligten an einer Absprache mitwirken müssen.

Beschränkung dem Nebenkläger nur für den Fall der ordnungsgemäßen Durchführung eines Strafverfahrens auferlegt wird, die aus Sicht der Nebenklage eine ungleich höhere Richtigkeitsgewähr auch auf der Rechtsfolgenseite hat als eine auf Verständigungsbasis beruhende Urteilsfindung. Hinzu kommt, dass die Nebenklage durch ein Vetorecht auch die Funktion eines „Korrektur-elementes zur Staatsanwaltschaft“ einnehmen könnte, wenn bei der Verständigung dem Erledigungs- und Beschleunigungsinteresse im Einzelfall ein zu hohes Gewicht beigelegt werden sollte³⁷.

5. Entfallen der Bindungswirkung der Verständigung

Der Entwurf sieht ein Entfallen der Bindungswirkung vor, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- und schuldangemessen ist. Der Bundesratsentwurf stellt auf eine „wesentliche“ Änderung der Bewertung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht ab und macht durch das Tatbestandsmerkmal „wesentlich“ klarer als der Regierungsentwurf deutlich, dass die Gründe für das Entfallen der Bindungswirkung von Gewicht sein müssen und nicht völlig im Belieben des Gerichts stehen dürfen³⁸.

Hiervon abgesehen sind die Regelungen im Regierungs- wie im Bundesratsentwurf weitgehend sachgerecht und tragen dem Umstand Rechnung, dass die Urteilsfindung die alleinige Domäne des Gerichts ist, der es sich weder bei irrumsbedingten Fehleinschätzungen noch bei Unkenntnis von wesentlichen strafscharfenden oder –mildernden tatsächlichen Gesichtspunkten, durch eine Absprache begeben kann. Fraglich ist, welche Folgen sich für die Verwertbarkeit eines Geständnisses aus dem Umstand des Entfallens der Bindungswirkung ergeben. Der Regierungsentwurf sieht für diese Konstellation ein striktes Verwertungsverbot vor; der Bundesratsentwurf geht von grundsätzlicher Verwertbarkeit aus.

Das im Regierungsentwurf vorgesehene Verwertungsverbot ist m.E. verfassungsrechtlich zulässig, nicht aber geboten. Rechtspolitisch halte ich diese Lösung nicht für geglückt. Die Anordnung eines Verwertungsverbots für den Fall des

³⁷ Überzeugend: *Landau/Bünger*, ZRP 2005, 268, 271.

³⁸ Ebenso: Strafrechtsausschuss der BRAK, Stellungnahme Nr. 8/2009, S. 3 f.

Scheitern einer Absprache würde das Ergebnis einer Wertentscheidung des Gesetzgebers darstellen, die durchaus als vertretbare Beschränkung des Legalitätsprinzips einer Prüfung am Maßstab des Rechtsstaatsprinzips standhalten könnte. Verfassungsrechtlich geboten ist ein Verwertungsverbot nach Scheitern der Absprache aber nicht, da alleine der Beschuldigte, soweit die innere Tatseite und sein Handeln in Rede steht, die Wahrheit kennt, so dass die Gründe für das Entfallen der Bindungswirkung regelmäßig in seine Sphäre fallen³⁹ und er mangels Gutgläubigkeit keinen Vertrauensschutz genießt⁴⁰. Gutgläubig darf ein Angeklagter dagegen sein, wenn die Gründe für das Scheitern der Absprache ausnahmsweise in die Sphäre des Gerichts fallen, wie es beispielsweise bei rechtswidrigen Strafmaßzusagen (Punktstrafe, schuldunangemessene Strafe)⁴¹ oder bei Verstößen gegen den Fair – Trial - Grundsatz in Betracht kommt. Demnach befürworte ich eine Regelung dahingehend, dass das Geständnis des Angeklagten bei Scheitern der Verständigung grundsätzlich verwertbar ist, es sei denn dass das Entfallen der Bindung des Gerichts auf Umständen beruht, die nicht in die Sphäre des Angeklagten fallen.

6. Rechtsmittel bei absprachegemäßen Urteilen

Der Regierungsentwurf lehnt im Gegensatz zum Entwurf des Bundesrates jedwede Änderung des Rechtsmittelrechts hinsichtlich von auf Verständigungen beruhenden Urteilen ab, da nur eine vollumfängliche Kontrolle durch das Revisionsgericht einen unterstützenden Beitrag dazu leisten könne, dass Verständigungen in 1. Instanz so ablaufen wie es den Vorgaben des Gesetzgebers entspricht⁴².

Demgegenüber sieht der Bundesratsentwurf bei auf Verständigung beruhenden berufungsfähigen Urteilen einen Ausschluss der Berufung sowie bei allen auf Verständigung beruhenden Urteilen eine Beschränkung der Revision auf die absoluten Revisionsgründe (§ 338 StPO) und eine Kontrolle der Einhaltung der im Zusammenhang mit der Verständigung zu beachtenden Verfahrensvorschriften vor. Die Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf vom 06.03.2009 fordert

³⁹ *Nehm*, StV 2007, 549, 551.

⁴⁰ *Graumann*, HRRS 3/2008, 122, 131.

⁴¹ *Graumann*, HRRS 3/2008 aaO.

⁴² BT-Drs. 16/11736, S. 8.

überdies eine revisionsrechtliche Kontrolle der Beachtung des Fair – Trial – Grundsatzes.

Überzeugen kann m.E. nur eine Kombination beider Ansätze.

Der Begründung des Regierungsentwurfs ist entgegen zu halten, dass sie teilweise nicht schlüssig ist. Wenn es einer Rechtskontrolle, also einer Kontrolle durch das Revisionsgericht, bedarf, so ist nicht einzusehen, warum (auch) die Berufung gegen Urteile auf der Grundlage von Verfahrensabsprachen eröffnet sein soll. Wird dabei vom Revisionsgericht auch – wie der Bundesratsentwurf es vorsieht – geprüft, ob die im Zusammenhang mit der Verständigung zu beachtenden Verfahrensvorschriften eingehalten wurden, so ist dadurch dem im Regierungsentwurf begründeten Regelungsanliegen genüge getan.

Dies spräche eigentlich uneingeschränkt für die Lösung des Bundesratsentwurfs. Dem Regierungsentwurf ist aber darin beizupflichten, dass eine nur begrenzte Anerkennung des Konsensprinzips in § 257c StPO und eine darüber hinaus uneingeschränkte Aufrechterhaltung des Amtsermittlungsgrundsatzes, sowie eine – nicht zuletzt durch jahrzehntelang gewachsene „Dealpraxis“ latent bestehende Missbrauchsgefahr – für eine umfassende revisionsgerichtliche Kontrolle sprechen. So erfasst auch eine Kontrolle der Einhaltung der Verfahrensvorschriften betreffend die Verständigung nicht die Konstellationen, dass das Gericht im Zusammenhang mit dem Zustandekommen einer Verständigung ein völlig übersetztes oder unzureichendes Strafmaß angesetzt oder den Sachverhalt hinsichtlich des Schuldspruchs rechtsirrig gewertet hat. Hiergegen muss sich der Angeklagte, der sich unter dem Eindruck der Hauptverhandlung und der dort durch das Gericht entwickelten Rechtsansichten auf eine Absprache eingelassen hat, ggf. nach Anwaltswechsel ebenso zur Wehr setzen können wie es dem Leitenden Oberstaatsanwalt oder dem Generalstaatsanwalt unbenommen bleiben muss, eine Fehlerkontrolle eines solchen aus seiner Sicht unvertretbaren Urteils zu Gunsten wie zu Lasten des Angeklagten in Gang setzen zu können. Erst recht muss dies der Nebenklage möglich sein, wenn sie schon – wie der Regierungsentwurf es vorsieht - keinen Einfluss auf die Verständigung haben soll.