

DIE ABSPRACHEN IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Henning ROSENAU¹

ABSTRAKT

Der Beitrag beschreibt die neue gesetzliche Regelung der Absprachen im deutschen Strafverfahren, welche nun nach der Akzeptanz durch die Rechtsprechung auch durch den Gesetzgeber sanktioniert worden sind. Der weiter anhaltenden Kritik der Wissenschaft werden vier grundlegende Irrtümer vorgehalten. Sie nimmt einerseits irrtümlich an, die Absprachen seien erstens ureigenstes Element des anglo-amerikanischen Prozessmodells und daher a priori nicht in das deutsche Strafverfahren zu implementieren, sie seien Ausdruck eines völlig neuen, der StPO nicht bekannten Konsensprinzips, sie bedeuteten den Untergang des rechtsstaatlichen Strafprozesses und sie stünden in unüberwindbarem Widerspruch zu tragenden Grundprinzipien des Strafverfahrens.

ABSTRACT

The article describes the new legal regulation of plea bargaining in criminal procedure of Germany. It was already accepted by the judiciary and is now accepted by law, too. Against the lasting academic criticism the article points out four errors. First, plea bargaining is not an original part of the Anglo-American model of criminal procedure and therefore it is not a priori against the German model of procedure. Second, that you cannot yet find a principle of consensus in criminal procedure in Germany. Third, that plea bargaining is the nemesis of the rule of law and fourth, that there is an insuperable antagonism to the basic principle of criminal procedure.

Key words: Absprachen, Strafverfahren, Prozessmaximen, plea bargaining, criminal procedure, rules of criminal procedure

ÖZET

Bu makale, Alman ceza muhakemesi usulünde yer alan suç ikrarına ilişkin yeni yasal uygulamaları anlatmaktadır. Söz konusu uygulamalar zaten adli teşkilat ve kanunlar tarafından da kabul edilmiştir. Devam eden akademik eleştirilere karşı, makale dört hataya işaret etmektedir. Birincisi, Alman ceza muhakemesinde bir önceliği bulunmayan ve Anglo-Amerikan modelinin esas parçası olmayan suç ikrarıdır. İkincisi; Alman ceza muhakemesinde bu konuda henüz bir fikir birliği oluşmamıştır. Üçüncüsü; suç ikrarı, kanuni hükmün güçlü bir düşmanıdır. Dördüncüsü; ceza usulün temel ilkelerine karşı yenilemez bir karşıtlık vardır.

¹ Ordinarius für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Medizin- und Biorecht, Juristische Fakultät der Universität Augsburg

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalar, kovuşturma, Prozessmaximen, suç ikrarı, ceza muhakemesi, ceza muhakemesi kuralları.

I. Die gesetzliche Regelung der Absprachen vom 4. August 2009

Am 4. August 2009 sei das deutsche Strafverfahren „vor die Wand gefahren worden“.² Manche wollen ein Requiem auf den Strafprozess des Rechtsstaates singen.³ Sie sprechen von einer Schande für die Justiz⁴ und vom Untergang der deutschen Rechtskultur.⁵ Was war vorgefallen? Am Tag zuvor stand das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ im Bundesgesetzblatt und war damit verkündet.⁶ Es trat am folgenden Tag, dem 4. August 2009, in Kraft. Damit haben die Urteilsabsprachen⁷ im Strafverfahren, die viele pejorativ „Deal“ nennen,⁸ die der Gesetzgeber aber eher bemäntelnd als „Verständigung“ bezeichnet, nun auch in Deutschland Eingang in die StPO gefunden. Deren Kernregelung findet sich im § 257c StPO.⁹

II. Die Entwicklung der Urteilsabsprachen in Deutschland

36 Für die Praxis der Strafjustiz wird jenes Datum vom 4. August 2009 aber lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Denn die Urteilsabsprache gehört dort schon seit langem zum Alltag.

2 *Harms*, zit. nach SZ vom 15.5.2006, 6.

3 *Schünemann*, Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats, ZRP 2009, 104 (107); *Prantl*, Nachruf auf den aufgeklärten Strafprozess, ZAP, Sonderheft 20/2009, 60.

4 *Fischer*, Absprache-Regelung: Problemlösung oder Problem? StraFo 2009, 177 (188); *ders.*, Regelung der Urteilsabsprache – ein Appell zum Innehalten, NSTZ 2007, 433 (436). Die Strafjustiz liege auf unterstem Leistungsniveau: *Eschelbach*, Absprachenpraxis versus Wiederaufnahme des Verfahrens, HRRS 2008, 190; vergleichbar *Pfister*, Die Verständigung im Strafverfahren aus Sicht der Revision, StraFo 2006, 349 (352).

5 *Schünemann*, Zur Entstehung des deutschen „plea bargaining“, in: Lorenz et al. (Hrsg.), FS Heldrich, 2005, S. 1177 (1185); *ders.*, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur: Die Urteilsabsprache im Strafprozess als den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, 2005.

6 BGBl. I, S. 2353 f.

7 Diese Bezeichnung des BGH ist die treffendste und soll daher auch in diesem Beitrag verwendet werden; s. BGHSt 50, 40 (48).

8 Zuerst *Weider* alias Detlev Deal, Der Strafprozessuale Vergleich, StV 1982, 545 ff.; vgl. nur *Duttge/Schoop*, Anm. zu BGHSt 50, 40, StV 2005, 421 (422); *Brand/Petermann*, Der „Deal“ im Strafverfahren ..., NJW 2010, 268; *Harms*, Die konsensuale Verfahrensbeendigung, das Ende des herkömmlichen Strafprozesses? in: Griesbaum et al. (Hrsg.), FS Nehm, 2006, S. 289; *Fischer* (Fn. 3), 433; *Förschner*, Der Deal und seine Folgen ... Geständniswiderruf und Wiederaufnahmen, StV 2008, 443.

9 Abgedruckt unter VI. als Anhang.

Nach Anklageerhebung kommt es zwischen den professionellen Prozessbeteiligten, das heißt den Richtern, dem Staatsanwalt und den Verteidigern, in unterschiedlicher Form und Intensität zu einer Verständigung über die zu verhängende Strafe. Man einigt sich über das Höchstmaß einerseits und über das Prozessverhalten des Angeklagten andererseits. Charakterisiert wird die Absprache durch das wechselseitige Nachgeben im Sinne eines *do ut des*.¹⁰ Als Gegenleistung für das relativ konkret vom Gericht festgesetzte Strafmaß wird vom Angeklagten ein Voll- oder Teilgeständnis abgegeben. Es sind aber auch Urteilsabsprachen ohne Geständnis denkbar, wenn es allein darum geht, dass der Angeklagte Verteidigungsaktivitäten unterlässt, indem er etwa die Anwendung verfahrensvereinfachender Vorschriften zustimmt oder Beweisanträge nicht stellt. Gericht und Staatsanwaltschaft können auch Stoffbeschränkungen nach § 154 Abs. 2 StPO zusagen.¹¹ Regelmäßige Folge einer Urteilsabsprache ist die meist erhebliche Abkürzung der Beweisaufnahme und damit des Verfahrens insgesamt. Das Ergebnis wird in der Hauptverhandlung öffentlich gemacht. Das Verfahren ist in der Strafjustiz akzeptiert und wird offensiv vertreten.

Das war allerdings nicht immer der Fall. Die Absprachen fanden zunächst unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt.¹² Dass diese Praxis äußerst diskret betrieben wurde und die Gespräche in strikt vertraulichen Telefonaten, zurückgezogen in Dienstzimmern oder gar auf der Herrentoilette erfolgten und davon in der öffentlichen Sitzung nichts erwähnt wurde,¹³ hatte seinen Grund darin, dass die Protagonisten ihr Vorgehen offensichtlich selbst als anrüchig empfanden.¹⁴ Die Strafprozessordnung sah Absprachen nicht vor; man war sich nicht sicher, ob sie gegen geltendes Rechts verstießen.

Es kann daher nicht verwundern, dass der erste Aufsatz in einer Fachzeitschrift, der den Schleier lüftete, unter Pseudonym veröffentlicht wurde.

10 *Beulke/Satzger*, Der fehlgeschlagene Deal und seine prozessualen Folgen, JuS 1997, 1072; v. *Heintschel-Heinegg*, in: KMR, Stand 56. Lfg. (November 2009), § 257c Rn. 1; *Püschel*, in: Krekeler et al. (Hrsg.), *Anwaltkommentar StPO*, 2. Aufl. Bonn 2010, § 257b Rn. 9; insoweit zutreffend *Weßlau*, *Strategische Planspiele oder konzeptionelle Neuausrichtung?* in: Jung et al. (Hrsg.), *FS Egon Müller*, 2008, S. 779 (793).

11 BTDRs. 16, 12310, 13; vgl. etwa BGHSt 52, 165 (169).

12 *Schünemann* (Fn. 4), S. 1181.

13 *Schünemann*, Die Absprachen im Strafverfahren, in: Hanack (Hrsg.), *FS Rieß*, 2002, S. 525 (526), der sich für letzteren Ort selbst verbürgt, a.a.O. Fn. 6.

14 *Schmidt-Hieber*, Absprachen im Strafprozeß, NJW 1990, 1884.

Rechtsanwalt *Detlef Deal* aus Mauschelhausen beschrieb erstmals 1982 den strafprozessualen Vergleich: fast jeder kenne ihn, fast jeder praktiziere ihn, nur keiner spreche darüber.¹⁵

Mit einer Grundsatzentscheidung im Jahre 1997 akzeptierte zunächst der 4. Strafsenat des BGH diese Praxis.¹⁶ Er gab Leitlinien vor, die Auswüchsen vorbeugen sollten. Ein Beschluss des Großen Senats für Strafsachen aus dem Jahr 2005 hat diese Leitlinien im Wesentlichen bestätigt.¹⁷ Damit ist die Urteilsabsprache in Deutschland höchstrichterlich anerkannt.

Es kam in der Folge zu einer heftigen Auseinandersetzung über die Zulässigkeit solcher verfahrensabkürzenden und verfahrensbeendenden agreements. Keine Reform hat die deutsche Strafprozessrechtswissenschaft dermaßen bewegt wie der Eingang der Urteilsabsprache in das Strafverfahren. Die Literatur ist unüberschaubar,¹⁸ dabei überwiegend ablehnend,¹⁹ während sich die Mehrzahl der Praktiker zugunsten der neuen Praxis ausgesprochen hat.²⁰ Diese Kluft zwischen Praxis und Lehre

15 alias *Weider* (Fn. 7), 545.

16 BGHSt 43, 195 ff.

17 BGHSt 50, 40 ff.

18 Genannt seien hier nur Monographien, und zwar ohne Anspruch auf Vollständigkeit: *Altenhain* et al., Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, 2007; *Braun*, Die Absprache im deutschen Strafverfahren, 1998; *Gerlach*, Absprachen im Strafverfahren, 1992; *Graumann*, Vertrauensschutz und Strafprozessuale Absprache, 2006; *Haumer*, Regelungsentwurf für ein Abspracheverfahren am Internationalen Strafgerichtshof, 2009; *Heller*, Die gescheiterte Urteilsabsprache, 2004; *Kobor*, Bargaining in the Criminal Justice Systems of the United States and Germany, 2008; *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof? 2004; *Niemöller* et al., Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010; *Pankiewicz*, Absprachen im Jugendstrafrecht, 2008; *Rönnau*, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; *Sauer*, Konsensuale Verfahrensweisen im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2008; *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren, 1986; *Schöch*, Urteilsabsprachen in der Strafrechtspraxis, 2007; *Schoop*, Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht, 2006; *Schünemann*, Absprachen im Strafverfahren? Gutachten B zum 58. DJT, 1990; *Schumann*, Der Handel mit der Gerechtigkeit, 1977; *Siolek*, Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993; *Steinhögl*, Der Strafprozessuale Deal – Perspektiven einer Konsensorientierung im Strafrecht, Diss. 1998; *Tscherwinka*, Absprachen im Strafprozeß, 1995; *Viering*, Absprachen als verfahrensökonomische Lösung des Schuldnachweisproblems im Strafverfahren, 2009; *Weichbrodt*, Das Konsensprinzip Strafprozessualer Absprachen, 2006; *Weßlau*, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform? 2002.

19 Von den frühen positiv gefärbten Stellungnahmen seien nur genannt *Wolfslast*, Absprachen im Strafprozeß, NSTZ 1990, 409 (415); *Böttcher/Dahs/Widmaier*, Verständigung im Strafverfahren – eine Zwischenbilanz, NSTZ 1993, 375.

20 Vgl. nur *Schmidt-Hieber* (Fn. 13), 1884; *Böttcher et al.* (Fn. 18), 377; *Landau/Bünger*, Urteilsabsprache im Strafverfahren, ZRP 2005, 268 (269); *Ignor*, Die Urteilsabsprache und die leitenden Prinzipien der StPO, in: Beulke et al. (Hrsg.), FS zu Ehren des Strafrechtausschusses der BRAK, 2006, S. 321 (332 f.); *Geiger*, Die Verständigung im Strafverfahren, in: Griesbaum et al. (Hrsg.), FS Nehm, 2006, S. 269 (276); *Kintzi*, Verständigung im Strafverfahren – steht die

trat deutlich auf dem 58. Deutschen Juristentag 1990 in München zum Vorschein, wo sich beide Lager unversöhnlich gegenüber standen.²¹

Aus dem gerichtlichen Alltag ist die Absprache nicht mehr wegzudenken. Sie spielt, das kann empirisch als gesichert gelten, eine beträchtliche und zunehmende Rolle. Es werden Werte von 20 – 50 % an Verfahren genannt, in denen es zu einer Verständigung über das Ergebnis kommt.²² Die Absprachen gibt es auch an Amtsgerichten. Sie sind längst nicht mehr auf komplexe Wirtschaftsstrafsachen beschränkt und finden auch bei einem Angeklagten und wenigen Zeugen statt.²³ Ein weiterer, wichtiger Komplex betrifft den Bereich der Sexualstraftaten, bei denen das Bestreben im Vordergrund steht, dem Opfer eine erneute Konfrontation mit dem Täter und eine denkbare sekundäre Viktimisierung durch das Verfahren zu ersparen.²⁴ Insgesamt sind die Absprachen derart etabliert, dass manche davon sprechen, es habe sich ein eigenständiges verfahrensrechtliches Institut entwickelt.²⁵

III. Die gesetzliche Neuregelung, insbesondere des § 257c StPO

Mustert man die neuen Bestimmungen durch, finden sich exakt die Sätzen des BGH-Beschlusses aus dem Jahr 2005 wieder,²⁶ angereichert um ein richtiges und notwendiges Verwertungsverbot für das Geständnis,

Diskussion vor dem Abschluß? in: Ebert et al. (Hrsg.), FS Hanack, 1999, S. 177 f.; Sauer, Erfolgsaussichten der Revision bei unzulässigen Urteilsabsprachen, wistra 2009, 141 (145); Marsch, Grundregeln bei Absprachen im Strafverfahren, ZRP 2007, 220; aus der Wissenschaft auch Jahn/Müller, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, NJW 2009, 2625 (2631).

- 21 Böttcher, Der Deutsche Juristentag und die Absprachen im Strafprozeß, in: Eser et al. (Hrsg.), FS Meyer-Gossner, 2001, S. 49 (59 f.). Zu den Abstimmungsergebnissen, die einen gespaltenen Juristentag erahnen lassen a.a.O., S. 54.
- 22 Schünemann/Hauer, AnwBl 2006, 439 sprechen von weit mehr als 50 %, was jedenfalls überhöht ist, wenn die Verfahren vor den Amtsgerichten, an denen es auch zu Absprachen kommt, mit einbezogen werden und die Absprachenerledigung nach § 153a StPO unberücksichtigt bleibt. Die Zahlen dürften bzgl. Wirtschaftsstrafverfahren zutreffen, vgl. Altenhain et al., Die Vorschläge zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprachen im Lichte aktueller rechtstatsächlicher Erkenntnisse, NSTz 2007, 71 (72). Vgl. auch Heister-Neumann, Absprachen im Strafprozess, ZRP 2006, 137, die von 80 % abgesprochener Urteile im Bereich der Organisierten Kriminalität spricht. Vgl. auch Schünemann (Fn. 4), S. 1188 f. zu verschiedenen Schätzungen.
- 23 Zu eng daher Fischer (Fn. 3), 433.
- 24 Vgl. Streng, Verfahrensabsprachen und Strafzumessung, in: Feltes et al. (Hrsg.), FS Schwind, 2006, S. 447 f. u. 465.
- 25 Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. Heidelberg 2008, Rn. 394; Volk, Grundkurs StPO, 6. Aufl. 2008, S. 277.
- 26 Altenhain/Haimerl, Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren – eine verweigerete Reform, JZ 2010, 327.

wenn die Absprache vor Gericht scheitert, und ergänzt um ein Verbot des Rechtsmittelverzichtes. Aber auch diese beiden Punkte hatten sich bereits in der Rechtsprechung des BGH angedeutet. Er hatte zunächst ein Beweisverwertungsverbot vorausgesetzt²⁷ und in der Entscheidung des Großen Senates erneut grundsätzlich erwogen²⁸. Einen Rechtsmittelverzicht im Rahmen einer Absprache sah er insgesamt kritisch: das Gericht dürfe jedenfalls nicht darauf hinwirken, so der BGH.²⁹

Zunächst finden sich nun ausdrückliche Regelungen in §§ 160b, 202a und 257b StPO, die eine Erörterung des Verfahrensstandes unter den Beteiligten zulassen. Da dies schon bislang guter strafrichterlicher Praxis entsprach, bringen diese Regelungen nichts Neues. Gespräche, die einzelne Verfahrensabschnitte betreffen, hat es im deutschen Strafverfahren immer gegeben.³⁰ Angeklagter und staatliche Organe stehen sich nicht kompromisslos als Duellanten gegenüber. Der Richter ist keine Sphinx, dem man keine Regung oder Einschätzung anmerken dürfte. Der Angeklagte ist Prozesssubjekt mit eigenen Verfahrensrechten. Es kommt im Strafverfahren zu verbaler Kommunikation, wodurch sich das Strafverfahren zwangsläufig als kommunikatives *Procedere* gestaltet, was die Möglichkeit von teilweise oder vollständigem Konsens eröffnet. Das Strafverfahrensrecht lässt solch einvernehmliches Verhandeln jedenfalls partiell zu, wenn beispielsweise im allseitigen Einvernehmen auf geladene Zeugen verzichtet wird. Sinn macht die neue Regelung, welche ausdrücklich auch das Gericht einbezieht, allenfalls, weil sie schon bislang aussichtslosen Befangenheitsanträgen³¹ von vornherein den Boden entzieht.

Bei der Urteilsabsprache geht es aber um mehr. Die Verfahrensbeteiligten einigen sich nicht lediglich über den Stand und die Modalitäten des Verfahrens, sondern mit einer gewissen Verbindlichkeit über dessen Ergebnis.³² Die Verständigung steuert nicht mehr das Verfahren, sondern ersetzt es in Teilen. Das lässt ausdrücklich nun § 257c Abs. 1 StPO zu, wobei eine richterzentrierte Einkleidung auffällig ist: „Das Gericht kann

27 BGHSt 42, 191 (193 f.).

28 BGHSt 50, 40 (51).

29 BGHSt 50, 40 (57).

30 BGHSt 43, 195 (203); *Schmidt-Hieber*, Verständigung im Strafverfahren, in: Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg (Hrsg.), *Absprache im Strafprozeß*, 1987, S. 50 (57 f.).

31 *Stolek*, in: LK, 26. Aufl. Berlin 2006, § 24 Rn. 59.

32 *Schünemann*, (Fn. 17), S. B 77.

sich ... verständigen.“ In der Praxis kann die Initiative durchaus vom Vorsitzenden ausgehen, in der Mehrzahl der Fälle dürften allerdings Verteidiger und Staatsanwalt die anbahnenden Gespräche führen.

§ 257c Abs. 2 StPO untersagt den Beteiligten, über den Schuldspruch zu verhandeln. Es soll nicht über die Anwendung des materiellen Strafrechts zu einer Absprache kommen. Eine Verständigung auf Totschlag statt des verwirkten Mordes oder auf Körperverletzung statt der gefährlichen Körperverletzung darf es nicht geben. Einem solchen „Kuhhandel“ mit der Gerechtigkeit hatte auch schon der BGH einen Riegel verschieben wollen.³³ Zulässig sind aber Absprachen zur Höhe der Strafe, zur Bewährung oder zum Prozessverhalten der Beteiligten, die etwa auf Beweisanträge verzichten.³⁴

Die Leistung des Angeklagten sieht die StPO regelmäßig in einem Geständnis, was auch – wie bislang schon – eine Verständigung über Prozessverhalten nicht ausschließt.³⁵ Anforderungen an die Qualität des Geständnisses sind nicht in das Gesetz aufgenommen worden. Das war vielfach im Gesetzgebungsverfahren gefordert worden.³⁶ Festlegungen an eine wie auch immer geartete Qualität wären zu unbestimmt gewesen, so heißt es in der Gesetzesbegründung.³⁷ Im Ergebnis bleibt damit auch eine schlanke geständige Einlassung möglich, mit der weitgehend pauschal der Tatvorwurf eingeräumt wird und deren substanzarmer Inhalt vom Verteidiger wie eine diplomatische Note ausgefeilt wird.³⁸ Allerdings soll es bei der Aufklärungspflicht des Gerichtes im Grundsatz bleiben. In § 257c Abs. 1 S. 2 StPO heißt es ausdrücklich: „§ 244 Absatz 2 bleibt unberührt.“ Das entspricht ebenfalls der Linie der Rechtsprechung, die verlangt, dass ein Geständnis auf seine Glaubhaftigkeit überprüft wird, soweit sich aufgrund der Aktenlage eine weitergehende Sachaufklärung aufdrängt.³⁹ Damit ist nur dann ein schlankes Geständnis vereinbar, soweit der angeklagte Sachverhalt dadurch nachvollziehbar wird. Unzuläs-

33 BGHSt 50, 40 (48); zuvor bereits BGHSt 43, 195 (204).

34 BTDRs. 16/12310, 13.

35 LG Freiburg i.Brsg., Urteil vom 18.1.2010 – 7 Ns 610 Js 13070/09, juris Rn. 43.

36 Meyer-Goßner, Was nicht Gesetz werden sollte! ZRP 2009, 107 (108). So schon früh Schüenemann (Fn. 17), S. B 83.

37 BTDRs. 16/12310, 13 f.

38 Jahn/Müller (Fn. 19), 2628. Salditt weist indes darauf hin, dass ein aussagekräftiges Geständnis die bessere Verteidigungsstrategie bedeute, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Widmaier, 2008, S. 545 (547).

39 BGHSt 50, 40 (49).

sig ist aber ein inhaltsloses Formelgeständnis, in dem die Anklage nicht bestritten oder der Vorwurf ohne weitere Erklärung nur eingeräumt wird.⁴⁰

§ 257c Abs. 3 StPO übernimmt weitere Kautelen, die aus der Entscheidung des Großen Senates bereits bekannt sind. Die Vereinbarung ist in der Hauptverhandlung offen zu legen, alle Verfahrensbeteiligten sind zu beteiligen, eine Strafobergrenze wie auch eine Strafuntergrenze darf zugesagt werden, nicht aber eine Punktstrafe. Diese Grenzen müssen noch schuldangemessen sein, so dass eine weit geöffnete Sanktionenschiere, die den Angeklagten unter unlauteren Druck setzen würde, unzulässig ist.

§ 257c Abs. 3 S. 4 StPO statuiert, dass zum Zustandekommen einer Urteilsabsprache Staatsanwaltschaft und Angeklagter dieser zustimmen müssen. Aus dieser Regel beschwören manche eine neue Stellung der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung herauf: diese übernehme in verfassungswidriger Weise Aufgaben richterlicher Gewalt.⁴¹ Dabei wird übersehen, dass eine Absprache prinzipiell nicht gegen die Staatsanwaltschaft funktionieren kann, und diese wie die weiteren zentralen Verfahrensbeteiligten auch darin eingebunden sein müssen.⁴² Stimmt die Staatsanwaltschaft einem denkbaren Strafraumen nicht zu, hat man sich gerade nicht *verständlich* und ist keine Absprache zustande gekommen.⁴³ Das lediglich auf einer Verständigung von Gericht und Verteidiger beruhende Ergebnis ist wegen Besorgnis der Befangenheit in der Revision aufzuheben.⁴⁴ Es wäre auch wenig konsistent, wenn bei Entscheidungen nach § 153a Abs. 2 und 154 Abs. 2 StPO das Gericht auf ein Einverständnis des Staatsanwaltes angewiesen wäre, nicht aber bei einer Absprache. Zudem entspricht die Regelung dem Wächteramt der Staatsanwaltschaft.⁴⁵ Insoweit statuiert der Gesetzgeber Selbstverständliches und geht auch hier

42

40 Kölbl/Selter, ACHTUNG: Absprache! JR 2009, 447 (449).

41 Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 52. Aufl. München 2009, Ergänzungsheft, § 257c Rn. 5; Schönemann (Fn. 2), 106; Velten, in: SK-StPO, Stand 64. Lfg. (Oktober 2009), § 257c Rn. 23; Eschelbach, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, München 2010, § 257c Überblick.

42 BGHSt 43, 195 (206).

43 Niemöller et al. (Fn. 17), § 257c Rn. 17. A.A. Meyer-Goßner (Fn. 40), § 213 Rn. 12; dass diese Ansicht realitätsfern ist, räumen Altenhain/Haimerl, Modelle konsensualer Erledigung des Hauptverfahrens, GA 2005, 281 (286 Fn. 20), ein. Der Große Strafsenat formuliert diese Frage als Regelungsdesiderat, BGHSt 50, 40 (51).

44 BGHSt 45, 312 (315 ff.), BGH, StV 2003, 481; NSTz 2005, 395 (396).

45 Volk (Fn. 24), S. 23; Roxin/Schönemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, S. 46 f.

nicht über die Vorgaben der Rechtsprechung und die bisherige Praxis hinaus.⁴⁶

Die grundsätzliche Bindung an die Absprache kann bei objektiv nachprüfbar neuen Erkenntnissen rechtlicher oder tatsächlicher Art entfallen: § 257c Abs. 4 StPO. Diese Regelung folgt dem Gedanken des Wegfalles der Geschäftsgrundlage. Das Gericht soll nicht sehenden Auges in ein falsches Urteil laufen müssen. Es hat dann aber Hinweispflichten zu beachten. Noch wichtiger und Ausdruck des Gebotes des fair trial ist aber die Regelung, dass dann das im Vertrauen auf die Absprache vorgeleistete Geständnis nicht verwertet werden darf. Dass sich solche Überlegungen zur gescheiterten Absprache schon andeutungsweise beim BGH finden, wurde bereits angesprochen. In dieser klaren Regelung wird man die größte Leistung des Gesetzgeber sehen dürfen, die gegen starke Widerstände durchgesetzt wurde,⁴⁷ aber als einzig vertretbare Lösung die Rechte des Angeklagten wahren kann.⁴⁸

Es finden sich weitere Regelungen zur Choreographie des Verfahrens. Die Absprache ist aus Gründen der Transparenz mitteilungs- und protokollierungspflichtig und wird als wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung eingestuft. Die Dokumentation findet dabei wie üblich in der Sitzungsniederschrift, nicht im Urteil statt.⁴⁹ Irritierend ist das in § 273 Abs. 1a S. 3 StPO vorgesehene Negativtestat. Es ist zu protokollieren, wenn keine Absprache stattgefunden hat. Das ist mit Blick auf das Revisionsgericht gemeint⁵⁰ und soll belegen, dass keine heimlichen Verständ-

46 Das wäre wohl bei dem weitergehenden Vorschlag anders, welcher die Strafobergrenze an einen Antrag der Staatsanwaltschaft bindet, vgl. *Salditt*, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht, ZStW 115 (2003), 570 (580); *Fahl*, Der abgesprochene Rechtsmittelverzicht, ZStW 117 (2005), 605 (629). Zutreffend wie hier *Weigend*, Verständigung in der Strafprozessordnung – auf dem Weg zu einem neuen Verfahrensmodell? in: Bloy et al. (Hrsg.), FS Maiwald, 2010, S. 828 (835).

47 Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 6.3.2009, BTDr. 16/12310, 18 (19) sowie den Referentenentwurf vom 18.5.2006, wonach die gescheiterte Absprache einer Verwertung der Aussage des Angeklagten nicht grundsätzlich entgegenstünde, abgedruckt bei Niemöller et al. (Fn. 17), S. 310; ebenso ein Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen vom 29.3.2006 („§ 243a n.F. Abs. 5 S. 3), BRDr. 235/06; dazu *Heister-Neumann* (Fn. 21), 138. S. *Bittmann*, Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, wistra 2000, 414 (416); vermittelnde Position bei *Gieg*, Letzter Anlauf für eine gesetzliche Regelung von Verständigungen im Strafverfahren? GA 2007, 467 (480 f.).

48 Zutreffend *Duttge*, Von Flutwellen, Sümpfen und Wetterzeichen, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Böttcher, 2007, S. 53 (75); *Meyer-Goßner* (Fn. 35), 108; *ders.*, Absprachen im Strafprozess, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Böttcher, 2007, S. 105, 118; *Jahn/Müller* (Fn. 19), 2629.

49 BGH, StV 2010, 227.

50 Zutreffend v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 9), § 257c Rn. 44.

digungen stattgefunden haben. Die Regelung suggeriert aber auch, dass die Absprache nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel im Strafverfahren darstellt.⁵¹ Die Justizpraxis wird sich mit Stempeln oder vorgedruckten Protokollbögen zu helfen wissen.

In § 302 StPO findet sich die gesetzgeberische Entscheidung zum Streit, ob ein Rechtsmittelverzicht auch nach Absprachen wie in regulären Verfahren möglich sein soll. Der BGH hatte sich bekanntlich zu einer Ja-Aber-Lösung durchgerungen: zwar soll ein Verzicht nicht vereinbarungsfähig sein. Ist der Verurteilte aber besonders darauf hingewiesen worden, dass ihm auch nach einer Absprache ein Rechtsmittel frei stehe, sollte nach der Erfindung dieser qualifizierten Belehrung ein Rechtsmittelverzicht erklärt werden können.⁵²

Zwar bleibt es weiterhin bei der qualifizierten Belehrung. Nicht ganz systemkonform wird aber gleichwohl der Rechtsmittelverzicht nach einer Absprache für unzulässig erklärt. In der Realität wird gleichwohl selten ein Rechtsmittel eingelegt werden. Wenn Gericht wie Staatsanwaltschaft von einem Revisionsverfahren ausgingen, würden sie sich nicht auf eine Absprache einlassen. Und auch ein Verteidiger wird nicht ohne besondere Gründe zu einem Rechtsmittel greifen, will er sich nicht als Verhandlungspartner unglaubwürdig machen.⁵³ Der Verurteilte könnte daher den falschen Eindruck gewinnen, das Verfahren sei unwiderruflich nach der Absprache beendet.⁵⁴ Offenbar ging auch der Gesetzgeber von diesen im Hintergrund wirkmächtigen Mechanismen aus; denn nur damit erklärt sich die weiterhin in § 35a StPO vorgesehene qualifizierte Belehrung.

44

IV. Irrtümer der Absprachenkritiker

Fragen wir nach dieser notgedrungen gerafften tour d'horizon durch das neue Verständigungsrechts, ob damit wirklich ein Paradigmenwechsel vorgenommen wurde, dem man nun zwar nicht mehr den Vorwurf machen kann, er stehe contra legem,⁵⁵ wohl aber, er sei ein Bruch mit dem

51 Als empirische Tatsache s. *Momsen*, Zur sog. „Rügeverkümmern“ vor dem Hintergrund konsensualer Verfahrensbeendigung, in: Jung et al. (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 457 (471).

52 BGHSt 43, 195 (206); 50, 40 (61).

53 *Schünemann* (Fn. 17), S. B 46.

54 *Niemöller* et al. (Fn. 17), § 35a Rn. 3.

55 *Schünemann*, Strafrechtssystematisches Manifest, GA 2006, 378 (380); *ders.*, Bundesrechtsanwaltskammer auf Abwegen, ZRP 2006, 63; *ders./Hauer*, (Fn. 21), 439; *Roxin/Schünemann*, (Fn. 44), S. 90. Dagegen *Küpper*, Konflikt oder Konsens? HFR 2007, Beitrag 14, S. 9.

System des deutschen Strafverfahrens und desavouiere den rechtsstaatlichen, aufgeklärten Strafprozess.⁵⁶

Diese Fundamentalkritik an den Absprachen scheint mir zumindest vier Irrtümern zu unterliegen.

1. Die Absprache als ureigenstes Element des anglo-amerikanischen Prozessmodells

Die erste mehr oder weniger deutlich in der Diskussion mitschwingende Fehlvorstellung geht dahin, dass die Absprache ureigenstes Element des anglo-amerikanischen Strafverfahrens sei. Dieses sei adversatorisch als Parteiverfahren angelegt, wozu dann auch die Verfügung von Anklage und Verteidigung über den Prozessstoff strukturell passe, während das deutsche inquisitorische Verfahren ganz im Gegenteil der Wahrheitsermittlung verpflichtet sei und Absprachen keinen Raum lasse.

In der Tat haben sich Absprachen zunächst im System des plea bargaining in den USA herausgebildet. Am Anfang steht eine aus alter Zeit tradierte Verpflichtung des Beschuldigten, zum Anklagevorwurf Stellung zu nehmen. Entweder er erklärt sich nicht schuldig und gibt ein *plea of not guilty* ab, oder er erklärt sich schuldig und erklärt mit dem *plea of guilty*, dass er den Strafanspruch dem Grunde nach anerkennt.⁵⁷ Heute wird ein Anteil von 95 % aller Strafverfahren durch ein guilty plea erledigt,⁵⁸ wobei die Zahlen regional und nach Tatbeständen differieren können. So lag 2008 in den U.S. District Courts, also der Bundesstrafgerichtsbarkeit, die guilty plea-Rate bei 96,3 %, mit einer Bandbreite von 79,7 % bei Morddelikten bis zu 99 % bei bestimmten Betäubungsmitteldelikten.⁵⁹ Die vollständige, streitige Hauptverhandlung jedenfalls stellt die Ausnahme dar.⁶⁰

56 Prantl (Fn. 2), 60.

57 Vgl. Trüg, Erkenntnisse aus der Untersuchung des US-amerikanischen *plea bargaining*-Systems für den deutschen Absprachendiskurs, ZStW 120 (2008), 331 (340 f.). Als dritte Möglichkeit bleibt mit Zustimmung des Gerichts das *nolo contendere*, also die Erklärung, dass sich der Angeklagte nicht erklären will, mit der Wirkung eines guilty plea nur in diesem Verfahren, nicht also für etwaige zivilrechtliche Schadensersatzprozesse, LaFave/Israel, Criminal Procedure, 2. Aufl. 1992, S. 932.

58 Vgl. Colquitt, Ad hoc plea bargaining, 75 Tul. L.R. 2001, 695 (700); Kobor (Fn. 17), S. 22.

59 S. Sourcebook of Criminal Justice Statistics des Bureau of Justice Statistics, abzurufen unter <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5342008.pdf>, abgerufen am 31.3.2010.

60 Das gilt ebenso – auch wenn die Quoten z.T. niedriger liegen – für England und Australien, vgl. Boll, Plea Bargaining and Agreement in the Criminal Process, 2009, S. 7 f.; Vogler, Konsensuale Elemente im Strafprozess in England und Wales sowie in den USA, ZStW 116 (2004),

Der Siegeszug des guilty plea ist damit zu erklären, dass die prozessualen Konsequenzen durch die Parteien zuvor abgesprochen werden. Das Aushandeln, englisch: to bargain – daher der Begriff vom bargaining – betrifft zweierlei: Zum einen versucht der Verteidiger, beim amerikanischen Staatsanwalt eine Beschränkung der Anklagepunkte zu erreichen. Im Gegenzug wird zu den verbleibenden Anklagepunkten ein guilty plea seines Mandanten angeboten. Manchmal gehen Angebote und Gegenangebote beider Seiten mehrmals hin und her, bis man zu einem beidseits akzeptablen Ergebnis gekommen ist.⁶¹ Andere Gratifikationsformen, nach denen beispielsweise Angehörige von strafrechtlicher Verfolgung verschont bleiben, sind ebenfalls mit der Staatsanwaltschaft verhandelbar.⁶²

Eine Frage bleibt dabei aber ungelöst, und diese ist für den Beschuldigten die entscheidende: Die Höhe der zu erwartenden Strafe lässt sich schwer abschätzen.⁶³ Deswegen hat sich eine weitere Form des Aushandelns etabliert, das sog. sentence bargaining. Entweder beteiligt sich der Richter selbst am plea bargaining im Rahmen halboffizieller, nicht-öffentlicher Zusammenkünfte, bei dem es auch um die Strafe geht.⁶⁴ Oder der Richter ist an der Strafmaßfestsetzung beteiligt. So kann der (Berufs-)richter am englischen Crown Court das Strafmaß in Aussicht stellen und ist damit daran auch gebunden.⁶⁵ Oder der Richter akzeptiert einen von den Parteien gemeinsam präsentierten Vorschlag. Letzteres gilt etwa für die Bundesgerichtsbarkeit, bei der sich die Bundesrichter nach Rule 11 (c) (1) der Federal Rules of Criminal Procedure nicht am plea bargaining beteiligen dürfen, aber das ausgehandelte Strafmaß in öffentlicher Sitzung nach formalen Kriterien u.a. auf Freiwilligkeit kontrollieren (Rule 11 (b) (2)). Diese Kontrolle läuft in der Praxis vielfach leer, weil die Gerichte das ausgehandelte Ergebnis stets billigen.⁶⁶

130 (133); inzwischen auch für Schottland, vgl. *Hertel*, „Deal“ gleich „Bargain“? ZJS 2010, 198 (199). In England ist der Begriff „plea acceptance“ gebräuchlich, vgl. *Buss*, Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service, Diss. Augsburg 2010, 4.3.

61 *Weigend*, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990, S. 38.

62 *Trüg* (Fn. 56), 343.

63 *Weigend* (Fn. 60), S. 39 f., auch zum Folgenden.

64 Vgl. *Stuntz*, Plea Bargaining and Criminal Law's Disappearing Shadow, Harvard L.R. 117 (2004), 2548 (2561); zu den möglichen Facetten s. *LaFave/Israel* (Fn. 56), S. 928 f.

65 *Buss* (Fn. 59), 4.3.2.

66 *Trüg* (Fn. 56), 343, 356 f. u. 361 ff. Zu den Regeln im Einzelnen a.a.O., 350 f.

Nicht wenige glauben, das Modell des plea bargaining wäre eine Eigentümlichkeit des anglo-amerikanischen Prozessmodells.⁶⁷ Damit wäre man bereits – wie es *Ernst Rabel* ausdrückte – im Dickicht der Rechtsvergleichung den Pfeilen der Eingeborenen erlegen.⁶⁸ Denn zu diesem Ergebnis gelangt, wer vom eigenen dogmatischen Standpunkt ausgeht und dazu die Ergebnisse in Beziehung setzt, die er in den anglo-amerikanischen Verfahren vorfindet. Von dieser normativ-deskriptiven Methode⁶⁹ hat sich die Rechtsvergleichung allerdings längst gelöst. Stattdessen gilt als *lege artis* jeder rechtsvergleichenden Arbeit, dass die Funktionen der Rechtsgestaltung zu erfassen sind.⁷⁰ Denn das Recht als Kulturerscheinung kann nicht losgelöst von seinen Ursachen und Wirkungen gedacht werden. Vergleichsgegenstand ist also nicht primär die Norm oder das Normensystem, sondern der ihr vorgelagerte Lebenssachverhalt als regelungsbedürftiges soziales Ordnungsproblem.⁷¹ Von den eigenen dogmatischen und systematischen Vorstellungen von Recht habe man sich radikal zu lösen.⁷²

Am Phänomen des plea bargaining exemplifiziert heißt das: Ausgangspunkt ist das Sachproblem, dass knappe justizielle Ressourcen den Bedarf nach effektiver und verfahrensökonomischer Erledigung der anfal-

67 *Schünemann* (Fn. 12), S. 527; *ders.*, Strafprozessuale Absprachen in Deutschland. Der Rechtsstaat auf dem Weg in die „Bananenrepublik“, 2005, S. 10 f. In diese Richtung auch *Trüg*, Rezension von Susanne Kobor, ZIS 2010, 159 (160).

68 *Rabel*, Deutsches und amerikanisches Recht, *RabelsZ* 16 (1951), 340.

69 *Jescheck*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung, 1955, S. 37 u. 40.

70 *S. Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: *Leser* (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze*, Bd. III, 1976, S. 1 (4); *Rheinstein*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 2. Aufl. 1987, S. 15; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, S. 33 u. 37; *Koch et al.*, IPR und Rechtsvergleichung, 4. Aufl. 2010, S. 280; *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *JZ* 1997 1021 (1028); *Junker*, Rechtsvergleichung als Grundlagenfach, *JZ* 1994, 921 (922); *Jung*, Über die Beobachtung als Methode der Strafprozessvergleichung, in: *Hassemer et al.* (Hrsg.), *FS Volk*, 2009, S. 223 (227); *Haase/Tax* Einführung in die Methodik der Rechtsvergleichung, *JA* 2005, 232 (235); *Rösler*, Rechtsvergleichung als Erkenntnisinstrument in Wissenschaft, Praxis und Ausbildung, *JuS* 1999, 1186 f.; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007, S. 37 f.; *Kischel*, Vorsicht, Rechtsvergleichung!, *ZVglRWiss* 104 (2005), 10 (16). Ausführlich zur Methodendiskussion *Rosenau*, Plea bargaining in deutschen Strafgerichtssälen: Die Rechtsvergleichung als Auslegungshilfe am Beispiel der Absprachen im Strafverfahren betrachtet, in: *Paeffgen et al.* (Hrsg.), *FS Puppe*, Berlin 2010/11 (im Erscheinen), III.2. f.

71 *Eser*, Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung, in: *Albrecht et al.* (Hrsg.), *FS Günther Kaiser*, 1998, 2. Halbbd., S. 1499 (1521).

72 *Zweigert/Kötz* (Fn. 69), S. 33 u. 36; *Jescheck* (Fn. 68), S. 40.

lenden Strafverfahren erzeugen.⁷³ Es geht darum, so Chief Justice *Burger* im Jahr 1970, das Funktionieren des Strafjustizsystems zu erhalten:⁷⁴ schon eine Reduktion der plea guilty-Erledigungen um zehn Prozentpunkte bedeute eine Verdoppelung der Justizstellen und Ausstattung – „judges, court reporters, bailiffs, clerks, jurors and courtrooms“.⁷⁵ Freilich lässt ein solcher rechtsvergleichender Ansatz zunächst offen, ob die in den USA entwickelten Problemlösungen mittels eines plea bargaining auch für das deutsche Strafrecht sachlich angemessene Strategien bieten könnten.

Der fundamentale Irrtum besteht vorliegend in der verbreiteten Ansicht, das Modell des plea bargaining wäre dem anglo-amerikanischen Prozessmodell eigen.⁷⁶ Das Gegenteil ist der Fall: Bis in die sechziger Jahre hinein existierte plea bargaining am Rande der Legalität.⁷⁷ Absprachen wurden informell praktiziert und blieben unsichtbar.⁷⁸ Erst ab diesem Zeitpunkt wurden sie breiter diskutiert.⁷⁹ Und erst mit einer Grundsatzentscheidung des U.S. Supreme Court im Jahr 1970 war der Weg für die rechtliche Anerkennung des plea bargaining frei.⁸⁰ Das auch in den USA früher geübte Versteckspiel wurde überflüssig. Eine kleine Verfahrensordnung des guilty plea wurde 1975 in die Federal Rules of Criminal Procedure aufgenommen. In der amerikanischen Prozesswissenschaft indes ist das plea bargaining bis heute umstritten.⁸¹

73 Vgl. *Feeley*, Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process, *Justice System Journal* 7 (1982), 338 (349 f.), der das Aufkommen der Absprachen mit der Professionalisierung und der zunehmenden Komplexität im Strafprozess verknüpft.

74 *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (1971), 260.

75 Zit. nach *LaFave/Israel* (Fn. 56), S. 899, die ihm auch folgen.

76 Ein weiterer, kaum ausrottbarer Irrtum ist derjenige, dass es dem anglo-amerikanischen Prozess gar nicht um Wahrheitsfindung gehe; *Hertel* (Fn. 59), 206; s. dagegen *Rosenau* (Fn. 69), IV.1.; *Damaška*, Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure, 84 *Yale L.J.* (1975), 480 (524 f.); *Herrmann*, Models for the Reform of the Criminal Trial in the People's Republic of China, in: Kühne, (Hrsg.), FS Miyazawa, 1995, S. 611 (620); *ders.*, Der amerikanische Strafprozeß, in: Jung (Hrsg.), Der Strafprozeß im Spiegel ausländischer Verfahrensordnungen, 1990, S. 133 (155). Es genügt, an dieser Stelle zum Richter Lord *Denning* zu zitieren: „Even in England, however, his object, above all, is to find out the truth.“, *Jones v. National Coal Board* [1957] 2 Q.B. 55 (63).

77 *Weigend*, Strafzumessung durch die Parteien, *ZStW* 94 (1982), 200 (205); *ders.* (Fn. 60), S. 70.

78 *Kobor*, (Fn. 17), S. 47.

79 *Fisher*, Plea Bargaining's Triumph, 2003, S. 8 ff.; *Dielmann*, „Guilty Plea“ and „Plea Bargaining“ im amerikanischen Strafverfahren, *GA* 1981, 558 (562). Ähnliches gilt für Australien und England, *Boll* (Fn. 59), S. 33 ff. u. 55.

80 *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970).

81 Vgl. *Schulhofer*, Plea bargaining as disaster, *Yale L.J.* 101 (1992), 1979 (1988); *Damaška*, Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen, *StV* 1988, 398

Wenn nicht alles täuscht, hat sich in Deutschland eine vergleichbare, nur um 25 Jahre versetzte Entwicklung abgespielt. Mit der Entscheidung des Großen Strafsenates dürfte die Urteilsabsprache auch in Deutschland endgültig anerkannt sein. Und eine Ergänzung des Gesetzes liegt uns inzwischen mit § 257c StPO ebenfalls vor. Ausgangspunkt war wie in Amerika das Sachproblem, einvernehmliche Verfahrenslösungen entwickeln zu müssen, die einen schnellen, ressourcensparenden Abschluss zulassen. Die dort entwickelte plea bargaining-Lösung ist nun keine, die im amerikanischen Prozessrecht vorgegeben oder als systemimmanent zu bezeichnen wäre,⁸² sondern eine, die dem amerikanischen Prozessmodell nicht ohne Kontroversen nachträglich angegliedert wurde. Plea bargaining ist nicht dogmatisch im anglo-amerikanischen Strafprozess verankert,⁸³ es *wurde* im anglo-amerikanischen Strafprozess verankert, und zwar erst, als sich die Notwendigkeit effektiver Verfahrenserledigung stellte. Die Parallelen zu Deutschland sind bei methodengerechter, rechtsvergleichender Betrachtung unverkennbar.

2. Die Ablehnung des Konsensprinzips

Selbst bei Befürwortern von Absprachen ist zu lesen, dass mit den Absprachen das Konsensprinzip als *neuer* Verfahrensgrundsatz Eingang in den Strafprozess gefunden habe.⁸⁴ Doch ist der Konsensgedanke keineswegs der StPO völlig fremd gewesen, weswegen er auch nicht so neuartig ist, wie man meinen könnte.

Das zeigt ein Blick auf lange bewährte Rechtsinstitute. Die StPO lässt ausdrücklich *de lege lata* in § 153a StPO eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten auch über das Ergebnis und die Erledigung

(400); *Langbein*, Torture and Plea Bargaining, University of Chicago L.R. 46 (1978), 3 ff.; *Bibas*, Plea Bargaining outside the Shadow of Trial, 117 Harvard L.R. (2004), 2463 (2495); *Alschuler*, The Changing Plea Bargaining Debate, California L.R. 69 (1981), 652 (705 f.); *Schwander*, Plea Bargaining als „abgekürztes Verfahren“ im Entwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, SJZ 103 (2007), 142 (143 f.); *Hertel* (Fn. 59), 200 f. sowie die umfassende Darstellung bei *Weigend* (Fn. 49), S. 55 ff. und *Dielmann* (Fn. 78), 568 f., jeweils m.w.N.; *Rosenau* (Fn. 69), II.5.

82 So aber *Langer*, From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, 45 Harvard International L.J. (2004), 1 (36); *Trüg* (Fn. 66), 160. Zutreffend dagegen *Ransiek*, Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall, ZIS 2008, 116 f.; auch *Schünemann* zeigt sich an einer Stelle zu Recht irritiert, (Fn. 4), S. 1192.

83 *Dielmann* (Fn. 78), 561; *Ransiek* (Fn. 81), 117. So aber *Trüg* (Fn. 56), 349.

84 *Jahn/Müller* (Fn. 19), 2631; vgl. anders *Hellmann*, Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 689.

eines Strafverfahrens zu.⁸⁵ Bei der vorläufigen Einstellung gem. § 153a Abs. 2 StPO müssen der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft vor dem Beschluss des Gerichts ihre Zustimmung erteilen, was der Konstellation der Urteilsabsprache entspricht.⁸⁶ In der Tat führt das Verfahren nach § 153a StPO in der Praxis dazu, dass es mit dem Angeklagten bzw. seinem Verteidiger zu einer Art kleinen Absprache kommt,⁸⁷ sei es, dass der Angeklagte die Tat einräumt – was die Staatsanwaltschaft zuweilen als Voraussetzung verlangt, um dem Angeklagten die Wohltat der Verfahrenseinstellung ohne Schuldspruch zu gewähren –, sei es, dass der Angeklagte prozesstaktisch vorgeht und das Verfahren nach § 153a Abs. 2 StPO anstrebt, um unbestraft den Gerichtssaal zu verlassen. Unverkennbar wohnt dem § 153a StPO ein Verständigungsmoment inne. Und nicht von ungefähr haben sich die Absprachen im Strafverfahren in der Masse etabliert, als § 153a StPO im Jahr 1974 eingeführt wurde.⁸⁸ Im Bereich von Vergehen kommt es häufig auch zu Überschneidungen in der Anbahnung von Absprachen oder einer Erledigung nach § 153a StPO.⁸⁹ Es geht bei § 153a StPO zwar nicht um einen Schuldspruch, wohl aber um eine rechtskräftige⁹⁰ Verfahrensbeendigung, und wie bei der Urteilsabsprache in Gestalt eines Geständnisses muss der Angeklagte vorleisten: die angestrebte endgültige Verfahrenseinstellung erfolgt erst, wenn etwa die Geldauflage geleistet wurde; anderenfalls wird das Verfahren fortgesetzt.⁹¹ Der Satz, die Verfahrensbeteiligten könnten über den Gegenstand des Verfahrens nicht disponieren, gilt folglich nicht uneingeschränkt. Die Konsensidee bezieht sich also auch auf den Verfahrensgegenstand und lässt sich nicht auf das Beweisrecht verengen.⁹² Das zeigen im Übrigen auch die verfahrensökonomischen Bestimmungen der §§ 154 und 154a StPO.

50

Vielleicht noch deutlicher weist das Strafbefehlsverfahren in Richtung auf die Absprachenpraxis. Dort wird nach einer Prüfung nur anhand der

85 BGHSt 43, 195 (203); *Marsch* (Fn. 19), 220. In der Analyse zustimmend *Duttge*, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozeßrecht, ZStW 115 (2003), 539 (559).

86 *Wagner*, Ziele des Strafprozesses? in: Hoyer, et al. (Hrsg.), GS Eckert, 2008, S. 939 (948).

87 *Prantl* (Fn. 2), 62 f.

88 *Hettinger*, Von der Gleichheit vor dem Gesetz zur Ungleichheit vor Gericht? in: Jung, et al. (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 261 (263); *Schünemann* (Fn. 66), S. 2; *ders.* (Fn. 4), S. 1183 f.

89 *Wagner* (Fn. 85), S. 956.

90 Zur Problematik der insoweit weitreichenden Rechtskraft vgl. *Radtke*, Die Systematik des Strafklageverbrauchs verfahrenserledigender Entscheidungen im Strafprozeß, 1994.

91 Das übergeht *Schünemann* (Fn. 12), S. 537.

92 So aber *Weßlau*, Konsensprinzip als Leitidee des Strafverfahrens, StraFo 2007, 1 (4).

Akten für den Angeklagten im Wege einer Art Informationslösung eine einseitige Strafe festgesetzt und diesem unterbreitet. Es genügt ein hinreichender Tatverdacht, das Gericht muss nicht von der Schuld des Täters überzeugt sein. Der Angeklagte muss dem Verfahren nicht zustimmen, insofern kommt es nicht zu Verhandlungen mit dem Beschuldigten.⁹³ Doch wird ein mutmaßliches Verhandlungsergebnis von der Staatsanwaltschaft einseitig vorweggenommen und mit deutlichen Abstrichen an der Strafhöhe honoriert. Und mehr noch: schon wenn der Beschuldigte nach Kenntnis nicht reagiert, sich also quasi dem Verfahren stillschweigend unterwirft, erwächst der Strafbefehl in Rechtskraft und steht nach § 410 Abs. 3 StPO einem rechtskräftigen Urteil gleich.

Unbestreitbar existieren also bereits konsensuale Elemente, die nun durch die gesetzlich geregelte Verständigung zu einem Konsensprinzip erstarkt sind,⁹⁴ auch wenn dies zahlreiche Kritiker nicht wahrhaben wollen.⁹⁵ Sie müssen sich aber vorhalten lassen, dass man Prozessmaximen nicht als immerwährendes, starres Gerüst sehen kann, sondern diese sich von ihrer Idee her mit den Zeiten verschieben, verändern, aufheben.⁹⁶ Die Prozessmaximen sind innovationsoffen und damit auch neuen Gesichtspunkten zugänglich, unter denen der Gesetzgeber mit rechtspolitischem Impetus das Verfahren neu sehen will. Und mit der Implementierung der §§ 153 ff. StPO, der §§ 407 ff. StPO und nun des § 257c StPO hat er die konsensualen Elemente zu einer Konsensmaxime verdichtet. *Rieß* hat völlig Recht: mit der gesetzgeberischen Entscheidung ist nicht nur die Zulässigkeit der Absprachen nicht mehr in Frage zu stellen, sondern ist auch das Prozessmodell der StPO neu zu justieren.⁹⁷

93 *Dielmann* (Fn. 78), 570.

94 Vgl. den 1. Strafsenat des BGH, der von konsensualer Erledigung spricht, NStZ 2004, 164; ebenso *Roxin*, Die Strafrechtswissenschaft vor den Aufgaben der Zukunft, in: Eser et al. (Hrsg.), Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, S. 369 (375 f.); *Eschelbach* (Fn. 40), § 257c Rn. 2; *Püschel* (Fn. 9), § 257c Rn. 1. *Weichbrodt* (Fn. 17) spricht insoweit sogar von weitgehender Einigkeit, von der aber – s. Fn. 94 – keine Rede sein kann.

95 *Duttge* (Fn. 84), 563 f.; *Murmann*, Reform ohne Wiederkehr? – Die gesetzliche Regelung der Absprachen im Strafverfahren, ZIS 2009, 526 (531); *Harms* (Fn. 2), S. 293; *Meyer-Gofßner* (Fn. 40), § 257c Rn. 3; *Roxin/Schünemann* (Fn. 44), S. 94; *Temming*, in: HK, 4. Aufl. 2009, Einleitung Rn. 114; wohl auch *Saliger*, Absprachen im Strafprozess an den Grenzen der Rechtsfortbildung, JuS 2006, 8 (12); abwägend *Hassemer*, Konsens im Strafprozeß, in: Michalke et al. (Hrsg.), FS Hamm, 2008, S. 171 (186 einerseits, 188 andererseits).

96 *Kühne*, in: LK, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. I Rn. 2. Unzutreffend dagegen *Altenhain/Haimel* (Fn. 25), 328.

97 *Rieß*, Thesen zur rechtsdogmatischen und rechtspolitischen Fernwirkung der gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache, StraFo 2010, 10. Unzutreffend entsprechend *Weßlau* (Fn. 9),

Dass ein Strafverfahren nicht zum Kaffeekränzchen degenerieren darf und sich Vorstellungen in den siebziger Jahren, die den Prozess als eine Art Runden Tisch ausgestalten wollten,⁹⁸ zu Recht nicht durchgesetzt haben, streitet nicht gegen ein konsensuales Prozessverständnis. Das Strafverfahren gestaltet sich zwangsläufig als kommunikatives Procedere, was die Möglichkeit von teilweise oder vollständigem Konsens eröffnet.⁹⁹ Zutreffend weist *Ignor* darauf hin, dass anerkanntermaßen der Angeklagte in vielfältiger Weise auf schützende Formen des Strafverfahrens verzichten kann, indem er beispielsweise einer einem Verbot unterfallenden Beweisverwertung nicht widerspricht oder sein rechtlichen Gehör nicht wahrnimmt.¹⁰⁰ Wer den Angeklagten als Prozesssubjekt ernst nimmt, wird ihm die Möglichkeit einräumen, sich einer erwarteten Strafe zu unterwerfen und damit im Rahmen einer Absprache die Verantwortung für seine Tat auf sich zu nehmen.¹⁰¹ Letztlich steckt darin auch ein Anerkenntnis seiner Schuld. Die Normierung des Täter-Opfer-Ausgleiches als bestimmender Strafzumessungsgrund (§ 46a StGB) beruht im Grundsatz auf diesen Überlegungen.

Dass dem wilhelminischen Gesetzgeber im Jahre 1877 bei Erlass der Reichsstrafprozessordnung ein solches Rollenverständnis von Staat und Bürger fernlag, ist unbestreitbar. Es ist aber an der Zeit, auch für das Strafverfahren das überkommene Verständnis von Über- und Unterordnung aufzulockern.¹⁰² Absprachen lassen sich in diesem Sinne verstehen. Sie sind Ausdruck kooperativer und konsensualer Streiterledigung, die dem Angeklagten ermöglicht, über seinen Verteidiger gestaltend in den Prozess der Schuldfeststellung und Straffestsetzung einzugreifen.¹⁰³ Dass ein solches Verfahrensmodell akzeptanzsteigernd ist und das Ziel fördern kann, Rechtsfrieden zu schaffen,¹⁰⁴ zeigen die Erfahrungen mit § 153a

S. 789, die eine Art Schwangerschaftslösung annimmt: rechtswidrig, aber gestattet: aa.O., S. 785.

98 *Schöch*, Neues Strafrecht und Struktur der Hauptverhandlung, in: Schreiber, Wassermann (Hrsg.), Gesamtreform des Strafverfahrens, Neuwied 1987, S. 99 (100); *Wassermann*, Die Verminderung des Machtgefälles in der Strafgerichtsverhandlung als rechtspraktisches und rechtspolitisches Problem, ZRP 1986, 133 (136).

99 *Jahn*, Zurück in die Zukunft - Die Diskurstheorie des Rechts als Paradigma des neuen konsensualen Strafverfahrens, GA 2004, 272 (285 f.).

100 *Ignor* (Fn. 19), S. 330 f.

101 *Vogler* (Fn. 59), 148.

102 Vgl. *Lesch*, Strafprozeßrecht, 2. Aufl. 2001, S. 159; *Ignor* (Fn. 19), S. 332.

103 *Herrmann*, Rechtliche Strukturen für Absprachen in der Hauptverhandlung, JuS 1999, 1162 (1166).

104 Ausführlich *Dippel*, Urteilsabsprachen im Strafverfahren und das Prozessziel der Wiederherstellung des Rechtsfriedens, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Widmaier, 2008, S. 105 (118 f.). Damit

StPO.¹⁰⁵ Gleiches gilt für das amtsgerichtliche Strafverfahren, welches heute als summarisches Verfahren mit kursorischer Prüfung der Tatwürfe daher kommt. Hier ist ein einvernehmliches Verfahren mit einer hohen Befriedigungsrate Realität, was die geringen Anfechtungsquoten zeigen.¹⁰⁶ Denkbar erscheint auch, Ansätze aus der governance-Debatte des öffentlichen Rechts zu berücksichtigen,¹⁰⁷ wo selbst bei der Zuteilung von Lebenschancen, also überspitzt formuliert bei der Frage von Leben und Tod, die Staatsgewalt in zulässiger Weise Entscheidungsbefugnisse auf private Expertenkomitees delegiert.¹⁰⁸

Ein fehlendes Gleichgewicht der Kräfte der beteiligten Akteure, welches selbst im Zivilverfahren oft genug Fiktion sein dürfte, hindert ein Modell konsensualer Verfahrensbeendigung nicht prinzipiell.¹⁰⁹ Die Willensfreiheit scheitert nicht schon daran, dass sich eine Person Zwängen ausgesetzt sieht und gleichwohl zwischen Alternativen zu entscheiden hat, mögen diese auch jeweils nachteilig wirken.¹¹⁰ Wäre es anders, wäre beispielsweise der informed consent bei medizinischen Behandlungen reine Fiktion. Eine Sprechsituation nach dem Ideal der ethischen Diskurstheorie ist nicht zu verlangen.¹¹¹ Bereits die Diskussion um den nicht unproblematischen Begriff der „Waffengleichheit“¹¹² im Strafverfahren zeigt, dass auch der Beschuldigte eigene Handlungsoptionen im Strafverfahren hat. Eine solche ist diejenige, eine Verständigung nach § 257c

setzt auch das BVerfG die Absprachen in Beziehung, (Fn. 114), 2663, li. Sp.; zu skeptisch *Weigend* (Fn. 45), S. 830 sowie *Eschelbach* (Fn. 40), § 257c Rn. 1.3.

105 *Herrmann* (Fn. 102), 1167.

106 *Rieß*, Dreigliedriger Aufbau der Strafjustiz und Rechtsmittelreform in Strafsachen, JZ 2000, 813 (817 Fn. 35).

107 *Lüderssen*, „Regulierte Selbstregulierung“ in der Strafjustiz, Ein unorthodoxer Beitrag zur Frage der Legitimation der „Absprachen“, in: *Weßlau/Wohlers* (Hrsg.), FS Fezer, 2008, S. 531 ff.; zu Governance im Bereich der Justizgewährung s. *Schuppert*, Staatliche Ressourcenverantwortung für eine funktionsfähige Justiz, DRiZ 2006, 82 ff.

108 Das gilt für die Allokation in der Transplantation, vgl. *Rosenau*, Die Setzung von Standards in der Transplantation: Aufgabe und Legitimation der Bundesärztekammer, in: *Ahrens et al.* (Hrsg.), *Medizin und Haftung*, FS Deutsch zum 80. Geburtstag, 2009, S. 435 ff. m.w.N.

109 A.A. *Weigend* (Fn. 76), 224; differenzierter *ders.*, Der BGH vor der Herausforderung der Absprachenpraxis, in: *Canaris et al.* (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, 2000, 1011 (1041); *Rönnau* (Fn. 17), S. 280.

110 Vgl. zu Recht *Altenhain/Haimerl* (Fn. 42), 291; *Steinhögl*, (Fn. 17), S. 143.

111 Richtig *Jahn* (Fn. 98), 282. So aber wohl *Lüderssen*, Verständigung im Strafverfahren, in: *Michalke et al.* (Hrsg.), FS Hamm, 2008, S. 419 (436); *Püschel* (Fn. 9), § 257c Rn. 1.

112 *Safferling*, *Audiatur et altera pars* - die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip? NSTZ 2004, 181 (187 f.); *Tettinger*, *Fairneß und Waffengleichheit*, 1984, S. 32 f.; *Ambos*, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und Verfahrensrechte*, ZStW 115 (2003), 583 (592 ff.); *Beulke* (Fn. 24), Rn. 148.

StPO einzugehen und den Ausgang des Strafverfahrens zu beeinflussen – wie das auch im Rahmen einer streitigen Hauptverhandlung unstrittig möglich wäre – oder eben nicht einzugehen. Es werden dem Beschuldigten damit Wahlmöglichkeiten eröffnet, die ihn als Subjekt des Verfahrens qualifizieren.¹¹³

Damit wird aber keinesfalls die staatliche Kriminalstrafe in das Belieben des Bürgers gestellt, wie behauptet wird.¹¹⁴ Sowohl von ihrer Prämisse wie der Folgerung falsch ist zudem die Aussage in der amtlichen Begründung, man wolle mit der Regelung der Absprachen eine konsensuale Verfahrenserledigung zurückdrängen.¹¹⁵ Das verkennt, dass bereits die Absprache per se gerade solche Elemente in verstärktem Maße in das deutsche Strafverfahren hineinlegt. Die Distanz des Gesetzgebers ist lediglich verbal, nicht auch konzeptionell.¹¹⁶

3. Der Untergang des rechtsstaatlichen Strafprozesses

Den „herrschenden nationalen Horizont durch Weltweite“ zu ersetzen¹¹⁷ deckt einen weiteren Irrtum auf: Die Annahme, mit Absprachen gehe ein rechtsstaatliches Strafverfahren zugrunde,¹¹⁸ ist doch eine sehr deutsche Sichtweise in reiner Binnenperspektive. Es ist nirgends belegt, dass das Strafverfahrenssystem in Staaten, die in jüngerer Zeit Absprachen eingeführt haben, untergegangen wäre. Und dies waren einige, wie ein notgedrungen kursorischer Überblick zeigt.

In *Italien* sind Absprachen mit der Strafverfahrensreform 1989 gesetzlich normiert worden. Angeklagten, die ganz oder teilweise auf die Wahrnehmung ihrer Verteidigungsrechte verzichten (*giudizio abbreviato*), verspricht das Gesetz eine großzügige Milderung der Strafe auch unter das gesetzliche Mindestmaß. Im sog. *patteggiamento*, dem wohlklingenden italienischen Pendant für bargaining, wird auf Antrag des Beschuldigten eine zuvor mit der Staatsanwaltschaft ausgehandelte Strafe durch den Richter in nichtöffentlicher Verhandlung festgesetzt, und zwar in

113 Weßlau (Fn. 17), S. 250. Ob damit nun aber eine Art zweispuriges Verfahrensrecht einhergeht, also die Absprachen als gesondertes, besonderes Verfahren geregelt werden, oder als Teil des Hauptverfahrens, ist eine absolut zweitrangige, weil rein rechtstechnische Frage; a.A. Weßlau (Fn. 9), S. 790; wohl auch Weichbrodt (Fn. 17), S. 365 f.

114 Schünemann, Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells, in: Weßlau et al. (Hrsg.), FS Fezer, 2008, S. 555 (560).

115 BTDRs. 16/12310, S. 8.

116 So aber Weßlau (Fn. 9), S. 788.

117 Kegel, Ernst Rabel – Werk und Person, *RabelsZ* 54 (1990), 1 (10).

118 Schünemann (Fn. 4), S. 1185; ders. (Fn. 113), S. 571.

einem Urteil eigener Art, sofern nach Lage der Akten nicht ein Freispruch naheliegt oder die geforderte Strafe unangemessen erscheint.¹¹⁹ Das Strafmaß kann bei Strafandrohungen nicht über sechs Jahren dabei um ein Drittel abgesenkt werden.¹²⁰ Dieses Abspracheverfahren ist 2003 ausgeweitet worden und erstreckt sich auf 90 % aller Straftaten. Im Jahr 1999 ist mit Blick auf ein Verfassungsgerichtsurteil, welches das patteggiamento für nicht verfassungskonform einstufte,¹²¹ die Bestimmung Art. 111 Abs. 5 in die italienische Verfassung aufgenommen worden, wonach bei Konsens des Angeklagten auf ein streitiges Verfahren verzichtet werden kann.¹²²

In *Frankreich* ist im Oktober 2004 mit der Loi Perben das sog. plaider coupable in Kraft getreten.¹²³ Ganz vergleichbar mit dem italienischen Modell kann auch hier die Staatsanwaltschaft solchen Angeklagten, die sich schuldig bekennen, in einem verkürzten Verfahren und ohne Gerichtsverhandlung eine angemessene Strafe vorschlagen. Eine öffentliche Gerichtsverhandlung entfällt. Auch die neue StPO in der *Schweiz* eröffnet in Anlehnung an das amerikanische plea bargaining die Möglichkeit von Absprachen im Rahmen eines verkürzten Verfahrens (Art. 358 ff.), und auch hier waren Effizienzgesichtspunkte maßgeblich.¹²⁴

Im supranationalen Kontext wird im Corpus Iuris für ein europäisiertes Strafverfahren die Möglichkeit einer konsensualen Verfahrensbeendigung vorgeschlagen (§ 22 Abs. 2 b)),¹²⁵ und auf die seit einiger Zeit geübte Praxis bestimmter Formen des plea bargaining vor dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) haben die

119 Art. 444 C.p.p., abgedruckt bei *Budde*, Vereinbarungen im italienischen Strafprozeß, ZStW 102 (1990), 198 (210 f.); s. dazu *Amodio*, Neues italienisches Strafverfahren, ZStW 102 (1990), 171 (186); *Maiwald*, Eine neue Strafprozeßordnung für Italien, JZ 1989, 874 (876 f.); *ders.*, Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht, 2009, S. 226 f.; *Marx/Grilli*, Der neue italienische Strafprozeß, GA 1990, 495 (504); *Weichbrodt* (Fn. 17), S. 246 ff.

120 *Langer* (Fn. 81), 49 f.; *Marx/Grilli* (Fn. 118), 504.

121 Corte cost., 26.6.1990, n. 313, 96 Racc. uff. corte cost. 1990, 89.

122 Verfassungsgesetz no. 2 vom 23.11.1999, s. *Weichbrodt* (Fn. 17), S. 230 ff.

123 Vgl. *Jung/Nitschmann*, Das Bekenntnis zum Schuldbekennntnis – zur Einführung des plaider coupable im französischen Strafprozess, ZStW 116 (2004), 785 ff.

124 *Pieth*, Schweizerisches Strafprozessrecht, Basel 2009, S. 193 ff.; *Schwander* (Fn. 80), 142; *Kunz*, in: *Jung et al.* (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 383 (385 ff.).

125 Die deutsche Fassung, besorgt von *Walter*, ist herunterzuladen unter: www.jura.uni-augsburg.de/fakultaet/lehrstuehle/rosenau/medienverzeichnis/Forschung/corpus_iuris_deutsch.pdf, abgerufen am 18.5.2010.

Richter im Dezember 2001 mit Regel 62ter in einer „kleinen“ Verfahrensordnung für Absprachen reagiert.¹²⁶

Beurteilen wir diese Befunde nach einer rechtsvergleichenden Umschau durch kritische Wertung, um grundsätzliche Lösungsansätze für ein Sachproblem zu erkennen. Im hiesigen Kontext brauchen wir die Wertung nicht sehr weit zu treiben. Entscheidend ist an dieser Stelle lediglich, dass in den Strafprozessordnungen das Element des konsensualen Aushandelns von Verfahrensergebnissen als notwendige Ergänzung aufgenommen wurde. Der Vorwurf, mit den Absprachen bewege sich der deutsche Strafprozess zurück in die Provinzialität,¹²⁷ liegt offenkundig neben der Sache.

Diese genannten Beispiele belegen den dritten Irrtum. Sie sind aber zugleich ein Beleg für die irriige Annahme, dass sich Strafverfahren und Konsens ausschließen.¹²⁸ Im Gegenteil zeigt sich ein universelles Bedürfnis nach konsensualen Lösungen, welches in zahlreichen Ländern und Jurisdiktionen parallel verläuft.¹²⁹

Diejenigen, die auf die Bemerkungen des österreichischen OGH in einem Beschluss aus dem Jahre 2004 verweisen,¹³⁰ wonach die Absprache in eklatantem Widerspruch zu tragenden Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts stünden und disziplinarrechtlich, wenn nicht sogar strafrechtlich zu ahnden wären,¹³¹ unterschlagen geflissentlich, dass dieses Verdikt nur auf dem Papier steht. Wer die Beteiligten befragt, bekommt zu hören, dass in *Österreich* Absprachen genauso auf der Tagesordnung stehen wie in Deutschland.¹³²

126 Vgl. *Bulaty, Plea-bargaining-Tendenzen im Völkerstrafrecht*, ZStR 126 (2008), 214 ff.; *Hammer* (Fn. 17), S. 177 ff.; zu den Reserven angesichts der Akzeptanzprobleme bei den Opfern a.a.O., 238 f. und *Kreß, Absprachen im Rechtsvergleich*, ZStW 116 (2004), 172 (174 f.).

127 *Schünemann* (Fn. 2), 105.

128 So etwa *Prantl* (Fn. 2), 61.

129 *Hörnle*, Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe, ZStW 117 (2005), 801 (829 f.); *Matt/Vogel*, Urteilsabsprachen im Strafverfahren: Ein Alternativvorschlag einer gesetzlichen Regelung, in: Beulke et al. (Hrsg.), FS zu Ehren des Strafrechtsausschusses der BRAK, 2006, S. 391 (392); *Meyer-Gößner*, Domestikation der Absprachen im Strafprozess, in: Hefendehl (Hrsg.), Symposium Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 235 (243); vgl. *Weßlau*, Absprachen in Strafverfahren, ZStW 116 (2004), 150 (169 f.).

130 Vgl. nur *Roxin/Schünemann* (Fn. 44), S. 90.

131 OGH, Urteil vom 24.8.2004 – 11 Os 77/04, ÖJZ 2005, 275 (276).

132 Zur Diskussion in Österreich s. *Schmoller*, Neues Strafprozessrecht in Österreich, GA 2009, 505 (528 m.w.N.).

4. Der Widerspruch zu tragenden Grundprinzipien des Strafverfahrens

Der OGH in Wien unterliegt mit seinem Ausspruch dem häufig auch in der hiesigen Diskussion festzustellendem vierten Missverständnis. So wird behauptet, eine Absprache tangiere oder widerspreche wesentlichen Prozessmaximen und könne daher nicht zulässig sein.¹³³ Das ist erstaunlich, weil dem OGH wie den Kritikern das an sich geläufige Wissen um die Relativität von Prozessgrundsätzen¹³⁴ abhanden gekommen zu sein scheint.

In der Tat sind bei vielen Maximen Abstriche zu machen.¹³⁵ Nach *Schünemann* stößt die Absprache an allen Ecken und Kanten auf Aporien.¹³⁶

a) Die Instruktionsmaxime

Das Gebot der Amtsaufklärung (§§ 155 Abs. 2, 244 Abs. 2 StPO) ist der für die Absprachenpraxis heikelste Prozessgrundsatz. Es besagt, dass eine Sachaufklärung nicht zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten steht. Das Gericht hat sich selbst zu instruieren, hat in eigener Verantwortung den Sachverhalt vollständig zu erforschen. Dabei gilt das Prinzip der materiellen Wahrheit.¹³⁷ Nach der Instruktionsmaxime ist dem Gericht und der Staatsanwaltschaft untersagt, sich auf einen „Vergleich“ im Gewande des Urteils, auf einen Handel mit der Gerechtigkeit einzulassen.¹³⁸

Daraus folgt zweierlei: Zum einen wird eine Absprache über den Schuldanspruch nach § 257c Abs. 2 S. 3 StPO für unzulässig erklärt. Wenn das Verfahrensergebnis nicht der freien Verfügung der Prozessbeteiligten unterliegt, darf Grundlage des Urteils nur ein Sachverhalt sein, der nach Überzeugung des Gerichts tatsächlich gegeben ist. Die strafrechtliche Bewertung und Einordnung ist keiner Vereinbarung zugänglich. Zum zweiten entbindet das Vorliegen eines Geständnisses den Richter nicht von seiner Ermittlungspflicht. Es ist allgemein anerkannt, dass ein Geständnis in jedem Einzelfall auf seinen Beweiswert hin kritisch hinterfragt werden muss. In der Diktion des Großen Strafsenats: „(Das) Ge-

133 *Gössel*, Zur Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren in der Rechtsprechung, in: Schöch et al. (Hrsg.), FS Böttcher, 2007, S. 79 (85).

134 *Kühne* (Fn. 95) Einl. Abschn. I Rn. 2.

135 *Roxin/Schünemann* (Fn. 44), S. 60.

136 *Schünemann* (Fn. 66), S. 7.

137 Vgl. BVerfGE 57, 250 (275).

138 BVerfG, 3. Kammer d. 2. Senats, NJW 1987, 2662 (2663); BGHSt 50, 40 (48).

ständnis muss auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden. Das Gericht muss von seiner Richtigkeit überzeugt sein.“¹³⁹

An dieser Stelle setzt die weitergehende Kritik an.¹⁴⁰ Das Gesetz postulierte zwar das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung, welches als zentrales Ziel des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens herausgehoben werde, ziehe hieraus aber keine Folgen. Der Ergebnisrichtigkeit und dem Streben nach möglichst umfassender Aufklärung des relevanten Sachverhaltes müsse das Verfahren verpflichtet bleiben, will es nicht den Anspruch verlieren, die durch die Straftat hervorgerufene Störung des Rechtsfriedens zu überwinden. Die prinzipielle Unvollkommenheit unserer Erkenntnisfähigkeit rechtfertige es nicht, vorschnell und vorzeitig die tatrichterliche Beweisaufnahme abubrechen, nur weil ein Geständnis im Rahmen einer Absprache vorliege und sich aufgrund der Akten keine Fragen ergäben.¹⁴¹

58

Die Forderung halte ich für überzogen. Die zutreffende Rekonstruktion des wahren Geschehens ist zwar ein wesentliches Axiom des deutschen Strafverfahrens, gilt aber ihrerseits nicht uneingeschränkt. Die Prozessordnung kennt kein Streben nach Wahrheit um jeden Preis,¹⁴² weil die Verabsolutierung dieses Prinzips im Hinblick auf die Rechtsfriedensfunktion der staatlichen Rechtsordnung kontraproduktiv wäre. Das Ziel größtmöglicher Annäherung an die materielle Wahrheit wird abgebrochen, sobald die Justizförmigkeit des Verfahrens in Gefahr gerät. Darüber hinaus ist das materielle Wahrheitsziel des deutschen Strafprozesses selbst ein prozedurales Ergebnis. Die Wirklichkeit wird im Strafverfahren niemals abgebildet, weil es dort erstens nicht um historische Aufklärung, sondern nur um die Überprüfung von Straftatbeständen geht.¹⁴³ Zweitens beschränken aufgrund der genannten rechtsstaatlichen Überlegungen mannigfache Regelungen die Wahrheitsfindung, wie etwa Zeugnis- oder Aussageverweigerungsrecht usf. Drittens schließlich werden wesentliche Vorverständnisse durch die Zusammenstellung von Ermittlungsergebnissen vorgeprägt, die ihrerseits Ergebnis eines Konstruktionsprozesses jen-

139 BGHSt 50, 40 (49).

140 Vgl. *Meyer-Goßner* (Fn. 40), § 257c Rn. 3.

141 *Duttge* (Fn. 84), 546 f.

142 BGHSt 14, 358 (365); 31, 304 (309).

143 *Duttge* (Fn. 84), S. 544.

seits der Wirklichkeit sind.¹⁴⁴ Die Wahrheit im Prozess ist also stets ein Konstrukt.¹⁴⁵

Das ist zugegebener Maßen eine sehr abstrakt gehaltene Erwiderung. Mit Blick auf die Absprachenproblematik lässt sich weiter mit der geltenden Rechtslage argumentieren. Dazu ist erneut auf die § 153a, §§ 154 ff. und §§ 407 ff. StPO zu verweisen. Diese Regeln zeigen, dass schon bislang die Instruktionsmaxime nur eingeschränkt gilt. Damit ist aber noch nicht gesagt, wo bei verfahrensbeendenden Absprachen die Schranken liegen. Wann sich eine Beweiserhebung nach einem Geständnis aufdrängt, wird der eine Richter eher bejahen als ein anderer. Aber im Grundsatz ist das Gericht gehalten, das Geständnis des Angeklagten nicht ohne weiteres seiner Verurteilung zugrunde zu legen. Der Einwand, bei Absprachen werde die materielle Wahrheit totaliter verfehlt, ist nicht berechtigt.¹⁴⁶

b) Der Grundsatz schuldangemessenen Strafens (§ 46 StGB)

An das Geständnis knüpfen sich weitere Fragen. Es wird gesagt, dass ein im Rahmen der Absprache erfolgtes, womöglich prozesstaktisch inspiriertes Geständnisses überhaupt gar keine mildernde Wirkung entfalten könne.

Das überzeugt nicht. Jedem Geständnis kommt eine strafmildernde Bedeutung zu.¹⁴⁷ In einem schlichten, dahingemurmelten „Ja, ich war es. Ich habe das getan“ kann mehr Reue stecken als in einer blumigen, umfassenden Schilderung des Tatherganges, dem man dann die Qualität eines qualifizierten Geständnisses zusprechen will. Vieles hängt hier von der Persönlichkeitsstruktur des Täters ab.¹⁴⁸

Dem lässt sich auch nicht entgegnen, man könne ja auch so, ohne Absprache, ein Geständnis ablegen.¹⁴⁹ Dieser Einwand bietet eine verkürzte Sicht auf die Realitäten. Viele Beschuldigte sind dazu gerade nicht in der Lage. Wir sehen oft genug bei uns selbst, wie schwer es fällt, die Verantwortung für Fehlverhalten einzuräumen. Es ist daher eine große Leistung, wenn ein Gericht einen Angeklagten zu diesem Eingeständnis be-

144 Kreuzer, Der „strafrechtliche Fall“ in kriminologischer Sicht, in: Schönemann et al. (Hrsg.), FS Roxin, 2001, S. 1541 (1549).

145 Weichbrodt (Fn. 17), S. 91.

146 Volk (Fn. 24), S. 278.

147 BGHSt 43, 195 (210).

148 Vgl. Schmidt-Hieber, W. (Fn. 13), 1885.

149 Roxin/Schönemann (Fn. 44), S. 94.

wegen kann. Denn ein solches Geständnis ist stets auch ein erster Schritt zum Rechtsfrieden. Regelmäßig ist es auch für die Tatopfer der erste Schritt, um wieder zur Ruhe zu finden. Es ist daher ganz im Sinne des Strafverfahrens, die Hemmschwelle vor dem Geständnis zu überwinden, ähnlich wie eine Therapiebereitschaft bei kriminellen, behandlungsbedürftigen Probanden erst geweckt werden muss. Zudem gebietet ein Geständnis deutliche Strafmilderungen,¹⁵⁰ die sich um ein Drittel der sonst schuldangemessenen Strafe bewegen,¹⁵¹ im Einzelfall aber auch höher sein können.

c) Der nemo tenetur-Grundsatz

Nach dem nemo tenetur-Grundsatz braucht sich niemand selbst zu belasten. Er wird vorliegend anhand des § 136a StPO diskutiert.¹⁵² Wird dem Angeklagten mit einer überhöhten Strafe gedroht, damit er gesteht, und wird ihm zugleich mit einem milden Urteil ein nicht vorgesehener Vorteil versprochen, wenn er gesteht, sei der Kernbereich des § 136a StPO berührt.¹⁵³ Unter dem Eindruck einer solchen im Raum stehenden Sanktionschere¹⁵⁴ könne der Beschuldigte gar nicht anders, als dem Angebot Folge zu leisten, die Freiheit der Willensentscheidung sei unter diesen Umständen Utopie.¹⁵⁵ Den Absprachen sei ein Geständniszwang systemimmanent.¹⁵⁶

60

d) Der Grundsatz des fair trial (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK)

Damit steht das fair trial-Prinzip im engen Zusammenhang. Denn der Angeklagte werde, so wird eingewandt, tatsächlich nicht mehr als Prozesssubjekt behandelt, sondern finde sich als Spielball der professionellen Akteure des Strafverfahrens wieder. Die Gefahr beruhe auf einer Interessenidentität der Gerichtssaalelite: Staatsanwalt, Richter und Verteidiger hätten das gleichgerichtete Interesse, das Verfahren mittels einer Abspra-

150 Notorisch unterschätzt von *Schünemann*, etwa *ders./Hauer* (Fn. 21), 444; ebenso bei *Altenhain/Haimerl* (Fn. 25), 331.

151 *Bittmann* (Fn. 46), 415; *Hertel* (Fn. 59), 203.

152 *Velten* (Fn. 40), § 257c Rn. 26.

153 *Temming* (Fn. 94), Einleitung Rn. 114.

154 Krasses Beispiel bei BGH, StV 2007, 619. Vgl. *Schünemann* (Fn. 17), S. B 43 ff. u. 63; *Weigend* (Fn. 108), 1041.

155 *Weigend*, Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile? NSTZ 1999, 57 (59).

156 *Ransiek* (Fn. 81), 122; *Schünemann* (Fn. 2), 106.

che schnell und unproblematisch über die Bühne zu bringen.¹⁵⁷ Eine glückliche Absprache bedeutet für Gericht wie für Staatsanwaltschaft eine enorme Erleichterung ihrer beruflichen Arbeit, dem Verteidiger winkt zusätzlich eine deutliche Honorarsteigerung als Prämie für eine dem Mandanten erfolgreich dargestellte Absprache.¹⁵⁸ Ob letztere Annahme wirklich trägt, erscheint mir indes nicht unzweifelhaft.¹⁵⁹ Unter rein ökonomischen Gesichtspunkten kann für einen Verteidiger auch eine sich hinziehende Hauptverhandlung interessant sein. Selbst der Pflichtverteidiger erhält für jeden Hauptverhandlungstag, und dauert er nur eine halbe Stunde – was bei Fortsetzungsterminen, die in das Termentableau des Gerichts einzuschieben sind, nicht ungewöhnlich ist – über 200 € brutto. Was der Verteidiger etwa eines *Josef Ackermann* an einem langwierigen Verfahren verdient,¹⁶⁰ lässt sich leicht ausmalen. Gleichwohl ist empirisch belegbar, dass alle drei professionellen Akteure das abgesprochene Verfahren für sich als Gewinn verbuchen.

Der Angeklagte ist dagegen von der entscheidenden Phase der Absprache, nämlich dem Aushandeln, vollständig abgeschnitten. Zudem sieht er sich der höheren Sanktion ausgesetzt, wenn er nicht gesteht und auf ein umfängliches Verfahren besteht. Das sei in dessen Sicht eine Sanktionierung für die Inanspruchnahme seiner Prozessrechte.¹⁶¹ Die Kritiker sehen damit den Angeklagten in die Rolle eines bloßen Prozessobjektes zurückgeworfen. Über seinen Kopf hinweg verhandele die Gerichtssaalelite der schwarzen Roben, die das gemeinsame gleichgerichtete Interesse habe, das Verfahren schnell und unproblematisch über die Bühne zu bringen.

Die Kritik ist nicht unberechtigt, das Bild der kollusiv zusammenwirkenden Juristen oder des Verteidigers als „eigentlichen Feind seines Mandanten“¹⁶² ist aber überzogen, und dessen Prämissen halten der Wirklichkeit nicht in allen Punkten stand. Es dürfte weder dem vorherrschenden

157 *Weigend*, Abgesprochene Gerechtigkeit, JZ 1990, 774 (775); *Schünemann* (Fn. 17), S. B 33 ff., B 63; instruktiv *Jungfer*, Zur Psychologie des Vergleichs im Strafverfahren, StV 2007, 380 (381 ff.).

158 *Nestler*, Gibt es Neues? – Schünemanns Gutachten zu den Absprachen im Strafverfahren von 1990, in: Hefendehl (Hrsg.), Symposium Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S. 15 (21).

159 Andeutungsweise *Ranft*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. Stuttgart 2005, Rn. 1227.

160 Vgl. das Mannesmann-Verfahren, LG Düsseldorf, NJW 2004, 3275; BGHSt 50, 331, welches schließlich durch eine Einstellung nach § 153a Abs. 2 StPO endete, vgl. SZ v. 25.11.2006, 1.

161 *Schünemann* (Fn. 12), S. 540.

162 *Nestler* (Fn. 157), S. 21 f.

richterlichen Selbstverständnis entsprechen noch der Mehrheit der Verteidiger gerecht werden, die überwiegend für das Wohl ihrer Mandanten eintreten.¹⁶³

e) Der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S. 1 GVG)

Dieses Prinzip gebietet, dass das Prozessgeschehen in öffentlicher Hauptverhandlung abläuft. So soll eine alte demokratische Forderung erfüllt sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die rechtsprechende Gewalt gesichert werden.¹⁶⁴ Dass hier ein Problem besteht, liegt auf der Hand, weil sich die eigentlichen Absprachen nicht in, sondern außerhalb der Strafgerichtssäle abspielen. Hinter den Kulissen werden die Weichen gestellt und wird regelmäßig auch eine Verständigung abgeschlossen.¹⁶⁵ Damit ist das Entscheidende bereits festgelegt, bevor die Vorabsprache in der Hauptverhandlung bekanntgegeben und gemäß § 273 Abs. 1a StPO in das Protokoll aufgenommen wird. Gleichwohl überdehnt die Annahme, dass Vorgespräche nunmehr gänzlich verboten seien,¹⁶⁶ die gesetzliche Regelung über ihren Wortlaut hinaus. Das Gesetz regelt lediglich, dass erst und ausschließlich die Hauptverhandlung dazu in der Lage ist, das Verhandelte zu einer Absprache i.S. der StPO zu qualifizieren. Dafür genügt es, wenn die Vorgespräche in die Hauptverhandlung hineingetragen werden, so dass nach dem Gesetz formal erst dort die Absprache zustande kommt und sie erst dort einen Vertrauenstatbestand begründen kann.¹⁶⁷ Dass die Vorabsprachen rechtlich ohne Relevanz sind, heißt nicht, dass sie nicht weiterhin stattfinden dürften.¹⁶⁸

62

f) Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO)

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist in § 261 StPO verankert. „Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung“. Der Richter ist prinzipiell an keinerlei Vorschrift gebunden, nach denen er eine Tatsache als bewiesen oder nicht bewiesen zu halten hat. Feststellungen sind daher grundsätzlich frei zu treffen.

163 Vgl. *Sauer* (Fn. 17), S. 174 f.; *Altenhain/Haimerl* (Fn. 25), 333.

164 *Rüping*, Das Strafverfahren, 3. Aufl. 1997, Rn. 429; *Kleszczewski*, Strafprozessrecht, 2007, Rn. 48.

165 *Ignor* (Fn. 19), S. 323; *Altenhain/Haimerl* (Fn. 42), 283; *Schünemann* (Fn. 12), S. 543.

166 *Schlothauer/Weider*, Das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 3. August 2009, StV 2009, 600 (601); *Meyer-Gofßner* (Fn. 40), § 257c Rn. 4.

167 *Niemöller* (Fn. 17), § 257c Rn. 14.

168 v. *Heintschel-Heinegg* (Fn. 9), § 257c Rn. 13; *Velten* (Fn. 40), § 257c Rn. 19; vgl. in der Sache zustimmend *Ignor* (Fn. 19), S. 324 f.

Aus diesen Vorgaben folgt zwanglos, dass das Gericht verbindliche Zusagen zur Höhe der zu verhängenden Strafe nicht machen darf. Die richterliche Entscheidungsfindung darf nicht durch Festlegung auf eine konkrete Strafe vorweggenommen werden. Das Gesetz löst diese fundamentale Frage einer Bindungswirkung mit der Formel, dass keine konkrete Strafe zugesagt werden darf, wohl aber eine Strafobergrenze, welche das Gericht nicht überschreiten werde (§ 257c Abs. 3 S. 2 StPO).

Damit gerät nun der Angeklagte in eine prekäre Lage. Denn er ist derjenige, der im Vertrauen auf den Bestand der ihm avisierten Strafe eine Vorleistung erbringt, indem er ein Geständnis ablegt. Aus seiner Position kann ihm nur an festen Absprachen gelegen sein.¹⁶⁹ Das wird dadurch erreicht, dass die vom Gericht in Aussicht gestellte Strafobergrenze regelmäßig mit der verhängten Strafe übereinstimmt und in der Realität als Fixstrafe daherkommt.¹⁷⁰ Dadurch wiederum wird das Prinzip der freien Beweiswürdigung in Frage gestellt. Zwar bleibt das Gericht formal frei, wie es die § 257c Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 StPO auch normieren, faktisch ist es aber nicht mehr frei. Das *Procedere* weist potemkinsche Elemente auf.

Es kommt allerdings noch ein weiteres hinzu. Ergeben sich schwerwiegende neue Umstände oder wurden dergleichen übersehen, so bleibt das Gericht an seine Zusage nicht gebunden. Diese Freistellung des Gerichts durch § 275c Abs. 4 StPO relativiert die aufgezeigten Bedenken zur freien Beweiswürdigung.

Gleichwohl: Summa summarum zwingt die Urteilsabsprache zu Kompromissen mit den hergebrachten Prozessmaximen. Völlig bruchlos lässt sich eine solche Verfahrenserledigung nicht in die Architektur des deutschen Strafprozesses einfügen.¹⁷¹ Mit diesen Befunden kann es aber nicht sein Bewenden haben. Es ist zu prüfen, ob die Abstriche nicht durch ge-

169 Zutreffend *Sauer* (Fn. 19), 141 f.; *Schünemann* (Fn. 17), S. B 76 f.

170 *Schünemann* (Fn. 12), S. 545. Erstaunlicherweise wird dagegen die Untergrenze als regelmäßig festgesetzte Strafe vermutet (*Meyer-Goßner* (Fn. 40), § 257c Rn. 21), was aber den Erfahrungen in der Praxis widerspricht, vgl. *Altenhain* et al. (Fn. 21), 73.

171 *Rieß*, Anm. zu BGHSt 40, 50, JR 2005, 435 (436); *Trüg* (Fn. 56), 367; *Weigend* (Fn. 45), S. 833; *Pieth* (Fn. 123), S. 200 zur selben Diskussion in der Schweiz. Etwas blauäugig auf den Gesetzestext fixiert dagegen *Kröpil*, Die gesetzliche Regelung der Verständigung im Strafverfahren und das strafprozessuale Verfahrensziel, JR 2010, 96 (99).

genläufige Maximen in einer Gesamtschau zu rechtfertigen sind, ob die von *Schünemann* ausgemachten Aporien¹⁷² nicht aufzulösen sind.

g) Die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege

Die Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege ist das hohe, verfassungsrechtlich geforderte¹⁷³ Gut, welches für die umstrittene Praxis streitet. Das wird deutlich, wenn sich der Blick vom einzelnen Verfahren auf die Strafverfahrenswirklichkeit in ihrer Gesamtheit wendet. Der Große Senat weist auf die knappen Ressourcen der Strafjustiz ausdrücklich hin, die am Rande ihrer Belastbarkeit arbeite. Manifest wurde die Ressourcenknappheit der Strafjustiz in einem Erlass des Hessischen Ministeriums der Justiz, in dem aufgrund der angespannten Haushaltslage Personaleinsparungen angekündigt wurden und die Strafjustiz aufgefordert wurde, die Möglichkeiten der (kostengünstigen) Opportunitätseinstellungen nach §§ 153 ff. StPO oder des Strafbefehls nach §§ 407 ff. StPO verstärkt zu nutzen.¹⁷⁴ Ohne die Zulassung von Urteilsabsprachen lässt sich eine funktionierende Strafrechtspflege mit der rechtsstaatlich gebotenen Forderung, den staatlichen Strafanspruch insgesamt mit Blick auf alle Strafverfahren so gut wie möglich durchzusetzen, nicht mehr aufrechterhalten.¹⁷⁵ Die Durchsetzung des materiellen Strafanspruches wird durch Absprachen in einer Gesamtbetrachtung nachhaltig befördert.¹⁷⁶

64

h) Der Beschleunigungsgrundsatz und Belange des Opferschutzes

Als weiterer Prozessgrundsatz tritt die Beschleunigungsmaxime hinzu.¹⁷⁷ Diese folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, findet sich aber auch ausdrücklich in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK normiert. Das Strafverfahren muss innerhalb einer angemessenen Frist abgeschlossen sein. Eine überlange Verfahrensdauer wird als objektiv rechtsstaatswidrig eingestuft und zwingt zur erheblichen Strafanrechnung,¹⁷⁸ ob auch Ver-

172 S. oben Fn. 66.

173 BVerfG (Fn. 137), 2664. Vgl. auch *Laue*, Das öffentliche Interesse an der Beschleunigung des Strafverfahrens, GA 2005, 648 (653 f.); *Landau*, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121 ff.

174 Erlass vom 26.9.1996, NJW 1996, 241 f.

175 BGHSt 50, 40 (53 f.); *Kindhäuser*, Strafprozessrecht, 2006, S. 213; *Satzger*, JA 2005, 684 (686); a.A. freilich ohne Beleg, zudem die rechtsvergleichenden Ergebnisse ignorierend *Nestler* (Fn. 157), S. 19.

176 *Viering* (Fn. 17), S. 182.

177 *Maiwald* (Fn. 118), 877.

178 Vgl. die Strafvollstreckungslösung des Großen Strafsenats, BGHSt 52, 124 ff.

fahrenshindernisse denkbar sind, ist streitig.¹⁷⁹ Daher ist auch die Rücksichtnahme auf verfahrensökonomische Belange geboten.

Dass sich die Absprachen auch mit dem im letzten Jahrzehnt überaus dynamischen Einfluss von Opferschutzüberlegungen¹⁸⁰ in Verbindung bringen lassen,¹⁸¹ wurde bereits erwähnt.

i) Abwägung widerstreitender Prozessmaximen

Die anerkannten, aus dem Prinzip der Rechtsstaatlichkeit herzuleitenden Grundsätze der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege und der Verfahrensbeschleunigung sowie der Opferschutzgedanke sprechen für die Zulassung von Urteilsabsprachen; andere Grundprinzipien scheinen ihnen entgegenzustehen. In einer derartigen Konstellation sich widerstreitender Maximen ist eine Lösung zu suchen, die nicht jeweils eine Seite völlig verdrängt, sondern versucht, im Wege einer Güterabwägung einen Ausgleich zu finden und diese jeweils zu modifizieren.¹⁸² Wir kennen das Vorgehen bei der Einschränkung des Legalitätsprinzips durch das Opportunitätsprinzip, wir kennen es bei Abstrichen an der Instruktionsmaxime aufgrund rechtsstaatlicher Überlegungen. Im Prinzip gelten die von *Konrad Hesse* entwickelten Mechanismen praktischer Konkordanz entsprechend auch im Strafverfahren.¹⁸³ Auf beiden Seiten werden Einschränkungen vorzunehmen sein und sind Grenzen zu ziehen, damit die kollidierenden Prinzipien insgesamt zu optimaler Wirksamkeit gelangen.¹⁸⁴

179 Dazu *Waßmer*, Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen im Strafverfahren als Verfahrenshindernis von Verfassungs wegen, ZStW 118 (2006), 159 ff.

180 *Herrmann*, Die Entwicklung des Opferschutzes im deutschen Strafrecht und Strafprozessrecht, in: *Rosenau/Kim* (Hrsg.), Strafrecht und Strafgerichtsbarkeit, 2010, S. 89 ff.

181 Wobei die subjektiv empfundenen Opferinteressen auch gegenläufig sein können, vgl. *Fischer* (Fn. 3), 182. Differenziert *Böttcher*, Opferinteressen im Strafverfahren und verfahrensbeendende Absprachen, in: *Jung et al.* (Hrsg.), FS Egon Müller, 2008, S. 87 (100 f).

182 Im Ansatz *Matt/Vogel* (Fn. 128), S. 392. Zu weitgehend die Forderung nach Umdeutung oder gar Aufgabe, *Zabel*, Urteilsabsprachen und Konkurrenzlehre, KritV 2009, 57 (65). Aus der Konkurrenzlehre lässt sich in diesem Zusammenhang wenig herleiten, weil diese in der Praxis schon bislang eine untergeordnete Rolle spielt, weil sie oftmals über die §§ 154 f. StPO obsolet wird.

183 Wie hier auch *Niemöller* (Fn. 17), Teil A, Rn. 27; ähnlich *Jahn*, Die Konsensmaxime in der Hauptverhandlung, ZStW 118 (2006), 427 (461). A.A. *Altenhain/Haimerl* (Fn. 25), 329.

184 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 28. Vgl. auch Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins, Soll der Gesetzgeber Informelles formalisieren? StraFo 2006, 89 (98).

V. Fazit zur neuen Absprachenregelung

Heruntergebrochen auf das Problem der Absprachen folgt deren grundsätzliche Zulässigkeit, wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Regelung eingehalten werden.

Werden diese Kautelen mit Gesetzeskraft nun beachtet? Daran könnte man angesichts der beharrlichen Vereinbarung von Absprachen in den Instanzgerichten über die vom BGH konzidierte Praxis hinaus Zweifel haben. Berichte aus der Prozessrealität vor Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung zeigen, dass die Vorgaben des BGH nicht selten schlicht ignoriert wurden.¹⁸⁵ Mit Einfallsreichtum hatten die Instanzgerichte versucht, sich der revisionsgerichtlichen Kontrolle zu entziehen, häufig in Zusammenhang mit dem als „weltfremd“ eingestuftem¹⁸⁶ Verbot des Rechtsmittelverzichts.¹⁸⁷

Die Unkenrufe¹⁸⁸ haben sich, wie erste Berichte aus den Gerichtssälen erkennen lassen, nicht bestätigt. Dort halten sich viele Tatrichter eng an die gesetzlichen Vorgaben. Es scheint nun doch der sich in der Praxis ausbreitende Wildwuchs domestiziert worden zu sein – auch wenn hier der rechtsvergleichende Blick skeptisch stimmt; denn in den USA werden guidelines und rules häufig von den Prozessparteien umgangen, so dass gerade nicht das entscheidende unabhängige Gericht für Fairness sorgt bzw. sorgen kann.¹⁸⁹ Möglicherweise ist die Absprache daher doch in einer Verfahrensordnung besser aufgehoben, in der der Richter mit einer inquisitorischen Stellung der Wahrheit verpflichtet ist und mit seinem gelebten Richterethos auch dafür sorgt, dass nur in der Sache vertretbare Absprachen zustande kommen und somit dem fair trial-Gebot des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK Genüge getan ist.¹⁹⁰ Durch die Einbeziehung des Richters lassen sich auch missbräuchliche Absprachen etwa bei ethni-

185 *Murmann* (Fn. 94), 533; *Weßlau* (Fn. 128), 170; Strafrechtsausschuss des DAV (Fn. 183), 94.

186 *Schmitt*, Zu Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit verfahrensbeendender Absprachen im Strafprozeß, GA 2001, 411 (425); *Meyer-Goßner*, Gesetzliche Regelung der „Absprachen im Strafprozess“? ZRP 2004, 187 (188).

187 *Satzger/Höltkemeier*, Zur Unwirksamkeit eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts, NJW 2004, 2487 (2488); *Weider*, Anm. zum Urteil des BGH v. 15.1.2003 – 1 StR 462/02, StV 2003, 266 (267); *Theile*, Der konsentierter Rechtsmittelverzicht, StraFo 2005, 409 (410 f.).

188 *Fischer* (Fn. 3), 435; *ders.* (Fn. 3) 185 u. 187; *Eschelbach* (Fn. 40), § 257c Rn. 1; *Nestler* (Fn. 157), S. 16; *Niemöller*, in: *Niemöller et al.* (Fn. 17), Teil A, Rn. 34; *Weßlau* (Fn. 9), S. 792; *Altenhain/Haimerl* (Fn. 25), 329.

189 Vgl. *Trüg* (Fn. 56), 356 ff. m.w.N.; a.A. *Schünemann* (Fn. 66), S. 12 f.

190 In diese Richtung einer vom Richter kontrollierten Verständigung *Rieß* (Fn. 96), 12; vgl. auch *Hertel*, (Fn. 59), 207 f.

schen Minderheiten oder sonst schwächeren Angeklagten, die sich ihrer Rechte nicht bewusst sind,¹⁹¹ einfangen. Dagegen ist es wenig konsequent, wenn man einerseits den Mangel richterlicher Kontrolle in den USA bemängelt, andererseits aber den die Absprache in Deutschland mit betreibenden und damit auch überwachenden Richter als Fehlbesetzung bewertet.¹⁹² Bezeichnenderweise finden sich auch in den USA Stimmen, die eine aktivere Rolle des Richters in Analogie etwa zum Strafrichter in Deutschland einfordern.¹⁹³ Absprachen im Sinne des durch den US Supreme Court akzeptierten Alford-plea, bei denen der Angeklagte sich zwar schuldig bekennt, aber zugleich vorgibt, die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen zu haben,¹⁹⁴ scheinen in Deutschland auch in praxi nicht denkbar, ganz abgesehen davon, dass sie schon an § 257c Abs. 1 S. 1 StPO scheitern müssen. Insgesamt gehören die seit dem 4. August 2009 gesetzlich geregelten Absprachen zu den auf Konsens aufbauenden Elementen der deutschen StPO. Sie stellen nach allem eine legitime Verfahrensform dar, deren Klarstellung durch den Gesetzgeber zu begrüßen ist.

VI. Anhang (§ 257c stopp)

1) Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. § 244 Absatz 2 bleibt unberührt.

2) Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.

3) Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und

191 Zur Problematik im anglo-amerikanischen Verfahren s. *Boll* (Fn. 59), S. 20 f.

192 *Schünemann* (Fn. 113), S. 563 sowie 570.

193 *Turner*, *Judicial Participation in Plea Negotiations: a Comparative View*, *American Journal of Comparative Law* 54 (2006), 199 (256); *Schulhofer* (Fn. 80), 1996 f.

194 *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970); dazu *Weigend* (Fn. 60), S. 70; *Schumann* (Fn. 17), S. 169 ff.; *Ransiek* (Fn. 81), 121.

Untergrenze der Strafe angeben. Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.

4) Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.

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