

# MAGAZIN

*Ken Eckstein*

## Informelle Absprachen und ökonomische Geständnisse – zugleich eine Besprechung von *Karsten Altenhain / Frank Dietmeier / Markus May, Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren*<sup>1</sup>

Auf das Strafurteil bezogene Absprachen stellen das Strafverfahrensrecht, die Grundsätze des Strafverfahrens und die Grundrechte auf die Probe. Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Anwesenheitsrechte und Unmittelbarkeitsgrundsatz (§§ 226, 261 StPO) müssen beachtet werden. Dass die Aufklärungspflicht unberührt bleiben soll, bestimmt § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO ausdrücklich.<sup>2</sup> Außerdem berührt das Angebot einer Strafmilderung § 136a StPO und den Nemo-tenetur-Grundsatz, Art. 3 GG und das Schuldprinzip (S. 10 f.).

Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 29.7.2009<sup>3</sup> hat die Diskussion über Sinn und Unsinn von Absprachen im Strafverfahren nicht zum Abschluss gebracht. Auch dem Urteil des BVerfG vom 19.3.2013<sup>4</sup> wird das nicht gelingen. Das BVerfG stellt die gesetzliche Regelung unter Beobachtung. Es diagnostiziert in erheblichem Maße defizitären Gesetzesvollzug, aber kein strukturelles Regelungsdefizit, das das Gesetz selbst verfassungswidrig werden ließe. Und es gibt dem Gesetzgeber auf, die Praxis im Auge zu behalten und die gesetzliche Regelung gegebenenfalls nachzubessern.<sup>5</sup>

1 Düsseldorf Rechtswissenschaftliche Schriften, Band 120, Nomos Verlag, Baden-Baden 2013, 200 S., br., 54,- €, ISBN 978-3-8487-0476-7.

2 Kritisch *Fezer* HRRS 2013, 117, 118; *Stuckenberg* HRRS 2013, 212, 215: miteinander unvereinbar. Näher dazu unten D.

3 BGBl. I S. 2353.

4 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11.

5 BVerfG (Fn. 4) Abs. 116 ff. Kritisch *Fezer* HRRS 2013, 117, 119. Die Überwachungs- und Nachbesserungspflicht findet aber unschwer in der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers Platz.

### A. Altenhain / Dietmeier / May: „Die Praxis der Absprachen in Strafverfahren“

Dass die Praxis in erheblichem Umfang gesetzwidrig verfährt, diese Einschätzung stützt das BVerfG auf eine vom Gericht in Auftrag gegebene empirische Studie.<sup>6</sup> Die Studie liegt dem Buch von *Altenhain, Dietmeier* und *May* zugrunde. Sie fügt sich ein in eine Reihe rechtstatsächlicher Untersuchungen, unter anderem von *Schünemann* und *Schöch* (S. 12 ff.). *Altenhain* hatte schon 2007 die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren untersucht.<sup>7</sup> Und die Verfasser gehen davon aus, dass ihre Studie nicht die letzte sein wird (S. 5).

Die Befragung thematisierte die Praxis urteilsvorbereitender Gespräche. Sie beschränkte sich auf Nordrhein-Westfalen. Und sie erstreckte sich auf alle überwiegend mit Erwachsenenstrafrecht befassten Richter beim Amtsgericht und alle Vorsitzenden Richter am Landgericht, die ihre Funktion seit mehr als einem Jahr innehatten und schon an Absprachen beteiligt waren. Als Kontrollgruppe wurden die Staatsanwälte und die Fachanwälte für Strafrecht einbezogen; aus der Kontrollgruppe wurde nach dem Zufallsprinzip eine repräsentative Stichprobe gezogen (S. 5, 10, 19 ff.). Die Ausschöpfungsquote lag zwischen 42 % (Fachanwälte) und 68 % (Richter am Landgericht – S. 22). *Grube* bezweifelt in seiner Rezension Repräsentativität und Aussagekraft der Studie.<sup>8</sup> Seine Einwände sind aber nicht sozial-, sondern alltagswissenschaftlich.<sup>9</sup>

Um eine statistische Auswertung der Ergebnisse zu ermöglichen, benutzten die Verfasser einen vollstandardisierten Fragebogen – es wurden ausschließlich geschlossene Fragen gestellt. Weil der Gutachtenauftrag enge zeitliche Grenzen setzte und weil andernfalls eine hohe Abbrecherquote befürchtet wurde, entschied man sich für ca. 45-minütige computerunterstützte Telefoninterviews (CATI-Verfahren), die von April bis August 2012 durchgeführt wurden (S. 16 ff.). Die Ergebnisse der Befragung sind erhellend bis erschreckend und am Ende des Buches zusammengefasst (S. 181 – 184, Tabellenanhang auf S. 186 ff.). Im Hauptteil (S. 27 – 180) werden die erhobenen Daten aussagekräftig interpretiert.

Ein kleiner Vorgeschmack auf die Ergebnisse der Studie:

- (1) Quer durch alle Berufsgruppen nutzen ca. 55 % der Befragten das Instrument Absprache ungefähr seit dem Grundsatzurteil des BGH aus dem Jahr 1997<sup>10</sup>. Während nur ca. 25 % der Richter und Staatsanwälte schon vorher Absprachen schlossen, waren es bei den Fachanwälten 40,8 % (S. 24). Das heißt aber nicht, dass der BGH, in der guten Absicht, die Praxis zu zügeln, Absprachen Tür und Tor geöffnet hätte. Denn die Möglichkeit, vor diesem Urteil Absprachen zu treffen, hatte naturgemäß nur, wer schon damals seinen Beruf ausübte.

<sup>6</sup> BVerfG (Fn. 4) Abs. 48 f.

<sup>7</sup> *Altenhain / Hagemeier / Haimerl / Stamm*, Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren, Baden-Baden 2007.

<sup>8</sup> StV 2013, 794 ff.

<sup>9</sup> Vgl. die Stellungnahme von *Altenhain, Dietmeier* und *May* StV 2013, 796 f.

<sup>10</sup> BGHSt 43, 195.

- (2) Zwischen 51,5 % (Staatsanwälte) und 68 % (Fachanwälte) der Befragten gaben an, mehr als die Hälfte ihrer Absprachen werde informell, also am Gesetz vorbei geschlossen. 26,7 % der Richter bekundeten sogar, ausschließlich informelle Absprachen zu treffen. Auf die Amtsgerichte beschränkt lag die Quote noch höher (S. 36 ff.).
- (3) Abgesprochene Geständnisse erfolgen überwiegend in Form der Verlesung einer Erklärung durch den Verteidiger. Das bekundeten 50,9 % der Richter und 71,2 bzw. 71,4 % der Staatsanwälte bzw. Fachanwälte. Lässt sich der Angeklagte selbst ein, besteht sein Geständnis oft nur aus einer mehr oder weniger formalen Bestätigung der Anklagevorwürfe. 38,2 % der Richter, 52,6 % der Staatsanwälte und 68,9 % der Fachanwälte erklärten das für typisch. Vom Verteidiger verlesene Erklärungen erschöpfen sich überwiegend in einer knappen Zusammenfassung des Tatgeschehens. 28,1 % der Richter gaben an, Geständnisse allenfalls manchmal auf ihre Glaubwürdigkeit zu überprüfen. Die Kontrollgruppe schätzte diesen Wert deutlich höher: 44,8 % (Staatsanwälte) bzw. 70,7 % (Fachanwälte). Und die Überprüfung erfolgt am häufigsten durch einen Vergleich mit den Akten und durch Rückfragen an den Angeklagten (S. 89 ff.). Dass die Überprüfung sich dann auf diese Methoden beschränkt, ist den Ergebnissen auf S. 100 ff. allerdings nicht zu entnehmen; insofern führt die Zusammenfassung auf S. 182 („nur“) in die Irre. – Dass ein Vergleich mit der Aktenlage nicht ausreicht, weil das Urteil aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft werden muss, § 261 StPO, hat das BVerfG in seinem Urteil vom 19.3.2013 ausdrücklich klargestellt.<sup>11</sup>
- (4) Absprachen führen in einer erheblichen Zahl der Fälle zu Strafen, die die Beteiligten nicht für schuldangemessen halten. 16,4 % der Richter und 30,9 % der Staatsanwälte haben sich schon auf ihrer Ansicht nach zu milde Strafen eingelassen – 30,3 % der Fachanwälte auf eine ihrer Ansicht nach zu hohe Strafe, meist um eine noch höhere Strafe zu verhindern und mangels Vertrauen in die höhere Instanz (S. 111 ff.). Der Strafabschlag im Falle eines abgesprochenen Geständnisses liegt in der Regel zwischen einem Viertel (51,4 % der Richter) und einem Drittel (26,1 % der Richter – S. 115 ff.).
- (5) § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO schließt einen Rechtsmittelverzicht aus, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Doch 76,1 % der Richter, 83,6 % der Staatsanwälte und 93,4 % der Fachanwälte bekundeten, es habe in ihren Verfahren schon Rechtsmittelverzichtserklärungen nach einer Absprache gegeben – überwiegend sogar häufig oder immer (71,3 % der Richter, 70,4 % der Staatsanwälte, 81,7 % der Fachanwälte). Und in einer erheblichen Zahl der Fälle werden Absprachen informell geschlossen, um einen Rechtsmittelverzicht zu ermöglichen (S. 165 ff.).

Diese Tendenz zum Rechtsmittelverzicht liegt nahe, wenn Verständigungen als ein Instrument konsensualer Verfahrenserledigung (miss-)verstanden werden. Aus dieser Perspektive disponieren die Beteiligten über den Prozessgegenstand, ganz so, wie ein adversatorisches Prozessmodell es vorzusehen scheint.<sup>12</sup> Und Rechtsmittel sind nur schein-

11 BVerfG (Fn. 4) Abs. 71.

12 Zu Zweifeln an dieser Vorstellung *Goldstein* Stanford Law Review 26 (1974), 1009, 1020, 1022 f.

bar Ausdruck adversatorischen Prozessierens, in Wahrheit jedoch typisch für ein inquisitorisches Verfahren.<sup>13</sup> Doch das Verständigungsgesetz etabliert gerade keine neue, rechtsmittelfeindliche adversatorische Prozessvariante.<sup>14</sup> Vielmehr will der Gesetzgeber an inquisitorischer Wahrheitserforschung festhalten und lückenlose Kontrolle durch die Rechtsmittelgerichte sicherstellen.<sup>15</sup> Zu Recht hat das BVerfG § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO auf informelle Absprachen erstreckt.<sup>16</sup>

### B. Informelle Absprachen

Was aber ist eine informelle Absprache? Wesentliche Ergebnisse der Studie von *Altenhain, Dietmeier* und *May* – beispielsweise die Feststellung, dass Absprachen überwiegend informell, also am Gesetz vorbei geschlossen würden (siehe oben A.[2]) – beziehen Aussage- und Sprengkraft aus dem Begriff der informellen Absprache. *Grube* wirft den Autoren der Studie in seiner Rezension vor, sie hätten den zentralen Begriff Absprache zu weit gefasst.<sup>17</sup> *Altenhain, Dietmeier* und *May* bezeichnen „jede einvernehmliche Beendigung eines Strafverfahrens durch ein Urteil“ als Absprache (S. 9 f.). *Grube* rügt die Einbeziehung von Gesprächen ohne Rechtsbindungswillen.<sup>18</sup> In der Tat bleibt der von *Altenhain, Dietmeier* und *May* verwendete Absprachebegriff unscharf. Inwieweit jedoch der Rechtsbindungswille entscheiden sollte, bedarf näherer Untersuchung, wie der Sachverhalt beweist, über den das OLG München, Beschluss vom 17.5.2013, 2 Ws 1149, 1150/12, zu entscheiden hatte: Was, wenn ein Richter ausdrücklich die rechtliche Unverbindlichkeit betont – „eine Verständigung (...) ‚gibt es bei mir nicht‘“ – und trotzdem einen Vertrauenstatbestand schafft – „Zusagen pflege er einzuhalten“?<sup>19</sup>

Den Verfassern der Studie wird man dreierlei zugute halten müssen: Ihr Absprachebegriff stellt einschränkend auf die Verfahrensbeendigung ab. Sie unterscheiden zwischen Gesprächen und Absprachen (S. 61 ff.), fragen explizit nach der Beachtung der gesetzlichen Vorgaben (S. 70, 83 ff., 178 ff.) und der Bindung an Absprachen (S. 136 ff.). Und eine empirische Studie hat nicht die Aufgabe, ungeklärte dogmatische Begriffe zu definieren, sie tut gut daran, mit Begriffen zu arbeiten, die für das Vorverständnis der Befragten offen sind. Doch wenn das BVerfG urteilt, dass informelle Absprachen unzulässig sind,<sup>20</sup> müssen solche Absprachen trennscharf von ohne weiteres zulässigen Hinweisen und Gesprächen abgegrenzt werden.

Schon 1987 erklärte das BVerfG einen „Vergleich“ im Gewande des Urteils“ für unzulässig, den „Hinweis auf die (...) strafmildernde Wirkung eines Geständnisses“ dage-

13 *Harding* 2004, 10, 13 ff.; *Trüg* 2003, 18 f., 23; *Weigend* StraFo 2013, 45, 49.

14 Zu den Prozessmodellen *Eckstein* 2014.

15 Deutscher Bundestag Drucksache 16/12310 S. 1 f., 8 f.

16 BVerfG (Fn. 4) Abs. 78; a. A. *Niemöller* GA 2014, 179, 184f.

17 StV 2013, 794 ff.

18 StV 2013, 794, 795.

19 OLG München StV 2013, 495, 497.

20 BVerfG (Fn. 4) Abs. 115.

gen ließ es zu.<sup>21</sup> In seinem Urteil vom 19.3.2013 misst das BVerfG Absprachen am Schuldprinzip. Das Schuldprinzip gebiete Erforschung der materiellen Wahrheit und schuldangemessenes Strafen und es dürfe nicht zur Disposition des Gerichts oder der Verfahrensbeteiligten gestellt werden. Dennoch hält das BVerfG Verständigungen über Stand und Aussichten der Hauptverhandlung nicht für schlechthin unzulässig. Es verlangt aber Sicherungsvorkehrungen gegen das Risiko einer Verletzung des Schuldprinzips. Informelle Absprachen, also Absprachen außerhalb der gesetzlichen Vorgaben des Verständigungsgesetzes, erklärt das BVerfG für unzulässig.<sup>22</sup> Beeinflusst der dogmatische Ausgangspunkt den Begriff der Absprache?

Grundrechtsdogmatisch wird man das BVerfG so verstehen müssen: Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG (Rechtsstaatsprinzip)<sup>23</sup> – keine Strafe ohne Schuld – formulieren eine Schranken-Schranke, die die Befugnis zum Grundrechtseingriff durch Strafrecht begrenzt.<sup>24</sup> Diese Schranken-Schranke verlangt unter anderem richterliche Überzeugung von der Schuld des Angeklagten. Absprachen, die die Wahrheitserforschung beeinträchtigen, delegitimieren den Grundrechtseingriff durch Strafrecht. Lässt der Gesetzgeber Absprachen zu, muss er Sicherungsvorkehrungen zum Schutz der Wahrheitserforschung treffen, wenn und weil Absprachen die Wahrheitserforschung gefährden. Absprachen, die dieses Schutzkonzept nicht beachten, sind deshalb unzulässig. Als aufschlussreich erweisen sich auch die Ausnahmen und Einschränkungen, die das BVerfG formuliert: Das Schuldprinzip lässt es zu, in gesetzlich zu regelnden Fällen von der Strafverfolgung abzusehen, wenn eine Kriminalstrafe nicht zwingend geboten ist. Und für Fälle mit einfach gelagertem Sachverhalt darf der Gesetzgeber ein vereinfachtes Verfahren der richterlichen Überzeugungsbildung vorsehen. Vertragsähnliche Disposition über Wahrheitserforschung, Schuld und Strafe ist dagegen ausgeschlossen.<sup>25</sup>

Die Konzeption des BVerfG zielt also summa summarum auf Absprachen, die die verfahrensabschließende Entscheidung betreffen. Schlichte Gespräche sind grundsätzlich nicht gemeint. §§ 160b, 202a, 212, 257b StPO lassen Erörterungen des Verfahrensstandes umfassend zu. Unverbindliche Gespräche über die Sach- und Rechtslage sind nach Ansicht des BVerfG Ausdruck sachgerechter, offen kommunikativer Verhandlungsführung.<sup>26</sup> Doch sobald Vorgespräche die verfahrensabschließende Entscheidung betreffen, greift das strenge Regelungskonzept zur Absicherung des Schuldprinzips. Sub specie Pflicht zur Mitteilung – in der Hauptverhandlung nach § 243 Abs. 4 StPO – stellt das BVerfG in seinem Urteil vom 19.3.2013 darauf ab, ob ein Bezug zum Verfahrensergebnis besteht. Gespräche, die allein der technischen Organisation der Hauptverhandlung dienen, sollen nicht der Pflicht zur Mitteilung unterliegen, weil sie nicht die Mög-

21 BVerfG NJW 1987, 2662, 2663.

22 BVerfG (Fn. 4) Leitsätze 1, 2, 4 und Abs. 75, 100 ff.

23 BVerfG (Fn. 4) Abs. 53 f.

24 Eckstein 2001, 236 f. m.w.N.

25 BVerfG (Fn. 4) Abs. 103 ff.

26 BVerfG (Fn. 4) Abs. 106.

lichkeit einer Verständigung betreffen.<sup>27</sup> Informelle Absprachen, die sich auf das Strafurteil beziehen, erklärt das BVerfG für unzulässig.<sup>28</sup>

Das ist verfassungsrechtlich schlüssig und greift doch einfachgesetzlich zu kurz. Denn § 257c Abs. 1 Satz 1 StPO beschränkt sich nicht auf Urteilsabsprachen, sondern erklärt auch den Fortgang des Verfahrens zum möglichen Gegenstand einer Verständigung. Das Wort „und“ ist aufzählend zu verstehen, wie die Aufzählung möglicher Verständigungsinhalte in § 257c Abs. 2, 3 Satz 2 StPO beweist. Auch der Begriff der informellen Absprache muss also weiter reichen. Im Ausgangspunkt liegt eine Absprache erst und immer dann vor, wenn verbindliche Zusagen gemacht und angenommen werden.<sup>29</sup> Denn nur verbindliche Zusagen können mit prozessualen Rechten und Pflichten kollidieren und führen ins Spannungsfeld zwischen Vertrauensschutz und Gesetzesbindung.<sup>30</sup> Naturgemäß meint Verbindlichkeit dabei nicht Rechtsverbindlichkeit, an der es gerade fehlen kann, nicht nur wegen Verstoßes gegen die Regelungen des Verständigungsgesetzes, sondern beispielsweise auch mangels Beteiligung der Schöffen. Verbindlichkeit meint vielmehr Bindungswillen. Den Ausschlag gibt im Zweifel der Empfängerhorizont.

An einer Absprache müssen nur Gericht oder Staatsanwaltschaft und Beschuldigter, Verteidiger oder ein anderer Beteiligter teilnehmen. § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO gilt für Verständigungen, aber nicht für informelle Absprachen. Denn maßgeblich ist der Konflikt zwischen Vertrauensschutz und Gesetzesbindung, in den beispielsweise auch eine Absprache zwischen Verteidiger und Staatsanwaltschaft führt, auf Rechtsmittel zu verzichten. Und es geht zu weit, wenn das BVerfG informellen Absprachen der Staatsanwaltschaft jeden Vertrauensschutz versagt.<sup>31</sup> Der Gesetzgeber nimmt solche Absprachen nur von der Bindungswirkung des § 257c Abs. 4 StPO aus; er ermuntert die Behörden im Bußgeldverfahren sogar zu informellen Absprachen;<sup>32</sup> nur im Rahmen einer Absprache mit dem Gericht gilt die Beschränkung auf Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren, § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO.<sup>33</sup> Zu Recht leitet der BGH aus dem Fair-Trial-Grundsatz ab, dass der Beschuldigte bei Absprachen mit der Staatsanwaltschaft Vertrauensschutz genießt.<sup>34</sup> Nicht einmal bei rechtswidrigem Vorgehen der Staatsanwaltschaft darf der Beschuldigte völlig schutzlos gestellt sein.

27 BVerfG (Fn. 4) Abs. 84 f.

28 BVerfG (Fn. 4) Abs. 115.

29 So beispielsweise OLG Celle StV 2012, 141, 142. Austauschcharakter im Sinne eines Synallagmas muss eine Absprache nicht haben. *Kudlich* ZRP 2013, 162, 165 lässt die beabsichtigte Verbindlichkeit einer Aussage im Sinne einer – einseitigen – Willenserklärung genügen, verlangt aber Bezug zum Verfahrensausgang.

30 Vgl. dazu BVerfG (Fn. 4) Abs. 78 f.

31 BVerfG (Fn. 4) Abs. 79. Kritisch auch *Beulke / Stoffer* JZ 2013, 662, 667.

32 Deutscher Bundestag Drucksache 16/12310 S. 13, 16.

33 Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Auflage, Berlin 2013, *Stuckenberg* § 257c Rn. 34, 36 bezieht diese Beschränkung sogar ausschließlich auf Maßnahmen des Gerichts. Es liegt aber näher, die Beschränkung mit dem BVerfG (Fn. 4) Abs. 79 auf das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten zu erstrecken. § 257c StPO und seine Ausschlusswirkung jedoch – Unzulässigkeit informeller Absprachen – betreffen eben nur Absprachen mit dem Gericht.

34 BGHSt 37, 10, 13 ff. und BGHSt 52, 165, 173 f.

Als Absprachen firmieren somit *cum grano salis* alle zwischen den oben genannten Beteiligten verbindlich gemachten und angenommenen prozessbezogenen Zusagen, also Zusagen, die Einleitung, Fort- und Ausgang eines Strafprozesses betreffen. Andere Vereinbarungen sollten terminologisch von den Absprachen unterschieden werden. Die Absprachen gliedern sich in Verständigungen und informelle Absprachen. Zu den Absprachen gehören gerade auch solche, die völlig außerhalb der Bandbreite zulässiger Verständigung im Sinne von § 257c StGB liegen.<sup>35</sup> Nur das wird dem abschließenden Charakter des Verständigungsgesetzes und der daraus folgenden Sperrwirkung gerecht. Allerdings zielt das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren nur auf Absprachen des Gerichts.<sup>36</sup> Informelle Absprachen, also Absprachen außerhalb der gesetzlichen Vorgaben des Verständigungsgesetzes, sind deshalb nur insofern schlechthin unzulässig. Ausnahmsweise zulässig sind allenfalls marginale einseitig das Gericht verpflichtende Vereinbarungen, beispielsweise die Einigung auf einen Termin für die Hauptverhandlung. Absprachen ohne Beteiligung, ohne Bindungswillen des Gerichts dagegen verfallen nicht, wie das BVerfG meint,<sup>37</sup> der Ausschlusswirkung des Verständigungsgesetzes.<sup>38</sup> Solchen informellen Absprachen ohne Beteiligung des Gerichts sind nur die allgemeinen rechtsstaatlichen Grenzen gezogen.

### C. Informelle Absprache und Geständnis

Wenn informelle Absprachen – des Gerichts – unzulässig sind, dürfen dann informell abgesprochene Geständnisse verwertet werden? Der BGH hat informelle Absprachen nicht als Vertrauensstatbestand angesehen.<sup>39</sup> Das BVerfG beschränkt Vertrauensschutz auf zulässige Verständigungen.<sup>40</sup> Andererseits erstreckt es die Schutzvorschriften in § 302 Abs. 1 Satz 2 und § 273 Abs. 1a StPO auf unzulässige Absprachen.<sup>41</sup> Was heißt das für § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO, der die Verwertung von Geständnissen verbietet? Das OLG München misst unzulässige Absprachen unter anderem an § 257c Abs. 4 und 5 StPO.<sup>42</sup> Doch daraus folgt nicht, dass § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO die Verwertung informell abgesprochener Geständnisse verböte.

Absprachen müssen umfassend am Gesetz gemessen werden, um festzustellen, ob eine gesetzmäßige Verständigung vorliegt oder nicht. § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO regelt aber nur den Fall, dass das Gericht aus bestimmten Gründen von einer getroffenen Absprache abweicht. Insofern muss ein Geständnis erst recht nach unzulässiger informeller Absprache unverwertbar sein. Denn die Strafverfolgungsbehörden müssen das Verfahrensrecht beachten. Tun sie das nicht, darf dem Beschuldigten daraus kein Nachteil erwach-

35 So beispielsweise OLG Celle StV 2012, 141, 142.

36 Vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 16/12310 S. 12.

37 BVerfG (Fn. 4) Abs. 75 ff.

38 Vgl. *Niemöller / Schlotbauer / Weider* 2010, *Niemöller* Teil A Rn. 32 und Teil B § 257c Rn. 38 ff.

39 BGH StV 2011, 74 f.

40 BVerfG (Fn. 4) Abs. 79, 99.

41 BVerfG (Fn. 4) Abs. 78; ablehnend *Niemöller* GA 2014, 179, 182ff.

42 OLG München StV 2013, 495, 501 f.

sen. § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO gilt also auch für unzulässige informelle Absprachen. Und daraus wird man schließen müssen, dass § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO immer dann gilt, wenn das Gericht, aus welchem Grund auch immer, von einer Absprache abweicht.<sup>43</sup> Die Unzulässigkeit der Absprache allein jedoch erfüllt nicht die Tatbestandsvoraussetzungen des § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO.

Allerdings stellt das BVerfG einen Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO dem Verstoß gegen die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO gleich.<sup>44</sup> Ausdrücklich spricht das BVerfG zwar nur von einem Revisionsgrund: Das Urteil, dem die Verständigung vorausgegangen ist, beruht auf dem Verstoß gegen § 257c Abs. 5 StPO.<sup>45</sup> Bindeglied ist aber das Geständnis. Entscheidend ist, ob das Geständnis ins Urteil eingegangen ist.<sup>46</sup> Also ist es das Geständnis, dessen Unverwertbarkeit die Revision begründet. Folgerichtig berücksichtigt der BGH bei der Beruhensprüfung (§ 337 StPO), ob die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO vor Ablegung des Geständnisses nachgeholt wurde und der Beschuldigte wusste, dass er nicht zum Geständnis verpflichtet ist.<sup>47</sup> Weil unzulässige informelle Absprachen regelmäßig gegen § 257c Abs. 5 StPO verstoßen werden, schrumpft die Anzahl potentiell verwertbarer Geständnisse. *Meyer-Goßner* plädiert für generelle Unverwertbarkeit unzulässig informell abgesprochener Geständnisse.<sup>48</sup> Meines Erachtens genügt stattdessen die Unverwertbarkeit nach § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO, wann immer ein Gericht, auch im Rechtsmittelverfahren, von der Absprache abweicht.<sup>49</sup>

#### D. Ökonomische Geständnisse

Ein Geständnis soll Bestandteil jeder Verständigung sein, § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO. Das BVerfG beschreibt das Spannungsverhältnis zwischen Verständigung und Nemo-tenetur-Grundsatz als problematische Anreiz- und Verlockungssituation:<sup>50</sup> Die Möglich-

43 Vgl. *Dölling / Duttge / Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2013, *König / Harrendorf* § 257c StPO Rn. 26 m.w.N., beispielsweise zur Abweichung im Rechtsmittelverfahren; *Velten* StV 2012, 172, 175f. – Auch BGH NStZ 2013, 353, 355 und BGH NJW 2011, 1526 f. scheiden aus § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO nur Fälle aus, in denen das Gericht sich nicht von der Verständigung löst. – Zur Frage der Fernwirkung *Jahn / Müller* NJW 2009, 2625, 2629.

44 BVerfG (Fn. 4) Abs. 99 am Ende, 112, 126.

45 BVerfG (Fn. 4) Abs. 99, 127; BVerfG StV 2013, 674 f.

46 BVerfG (Fn. 4) Abs. 127; BVerfG StV 2013, 674.

47 BGH StV 2013, 682, 683 f.

48 *Meyer-Goßner*, *Strafprozessordnung*, 56. Auflage, München 2013, § 257c Rn. 31 m.w.N.

49 Vgl. *Dölling / Duttge / Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2013, *König / Harrendorf* § 257c StPO Rn. 26 m.w.N. *Wenske* DRiZ 2012, 123, 126 f. m.w.N. will im Rechtsmittelverfahren anstatt eines Verwertungsverbots Vertrauensschutz nach Art. 6 Abs. 1 EMRK gewähren, wenn allein die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel eingelegt hat. Das greift jedoch einerseits zu kurz – auch bei beiderseitigem Rechtsmittel ist der Beschuldigte schutzwürdig – und geht andererseits zu weit: *Wenske* lässt den Verständigungsstrafrahmen fortgelten, macht also eine Korrektur im Rechtsmittelverfahren unmöglich.

50 Vgl. BVerfG (Fn. 4) Abs. 68, 112.

keit, eine verbindliche Strafobergrenze zu erlangen, beeinflusst die freie Entscheidung über das Schweigerecht. Wenn ein Geständnis dem Beschuldigten Vorteile bringt, geht das Schweigen zu seinen Lasten. Freilich verbietet der Nemo-tenetur-Grundsatz richtigerweise nur Zwang und zwangsgleiche Einwirkungen<sup>51</sup> und § 136a Abs. 1 Satz 3 2. Alt. StPO verbietet nur, gesetzlich nicht vorgesehene Vorteile zu versprechen. Der Fair-Trial-Grundsatz reicht aber weiter.<sup>52</sup> Und das BVerfG erklärt, für den Fall eines abgesprochenen Geständnisses, die Belehrung nach § 257c Abs. 5 StPO zum Gebot der Fairness.<sup>53</sup>

Bloße Gespräche und der Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses sollen dagegen ohne weiteres zulässig sein<sup>54</sup> – obwohl der lockende Geständnisvorteil schon bei schlichtem Hinweis die autonome Entscheidung zwischen reden und schweigen beeinflusst. Wie lässt sich dieser Unterschied erklären? Das BVerfG beschwört ihn mehr, als dass es ihn begründete: Die Aussicht auf eine verbindliche Absprache reizt und verlockt wesentlich stärker, schaffe eine „Anreiz- und Verführungssituation“.<sup>55</sup> Doch nüchtern betrachtet verfängt der Verführungsgedanke nicht, solange das Geständnis als Nachtatverhalten im Sinne von § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB<sup>56</sup> ohne weiteres anerkannter Strafmilderungsgrund ist: Soll eine Verständigung größeren Reiz entfalten als das Gesetz?

Diese Paradoxie verweist auf tiefer liegende Verwerfungen. Die Untersuchung von *Altenhain*, *Dietmeier* und *May* hat ergeben, dass die Strafmilderung für ein abgesprochenes Geständnis vor allem deshalb erwartet und gewährt wird, weil das Geständnis das Verfahren vereinfacht und beschleunigt (S. 112 ff.). Prozessökonomie ist der tiefere Grund für Absprachen und abgesprochene Geständnisse (S. 51). Materiell-rechtlich dagegen, also unmittelbar sub specie § 46 StGB oder mittelbar durch Aufzeigen von Strafzumessungstatsachen, lässt sich die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses, wie *Dencker* herausgearbeitet hat,<sup>57</sup> nur in zwei Fällen rechtfertigen: Entweder der Beschuldigte verzichtet, indem er gesteht, auf weitere Beeinträchtigung des Rechtsguts, gegen das sich die Tat, die ihm vorgeworfen wird, tatbestandlich richtete, oder der Beschuldigte offenbart in seinem Geständnis strafmildernde Tatsachen.

Davon, dass ein Geständnis es generell rechtfertigt, nach § 46 StGB die Strafe zu mildern, kann somit nicht die Rede sein. Ebenso wenig lässt umgekehrt das Ausbleiben eines Geständnisses darauf schließen, der Beschuldigte verweigere sich der Unrechtseinsicht. Von der Unschuldsvermutung ganz abgesehen, spricht gegen ein solches Junktim: Ein Beschuldigter kann leugnen, um sein Gesicht zu wahren, um sozialer Ächtung zu entgehen und gerade weil er einsieht, dass die Tat, die ihm vorgeworfen wird, Unrecht

51 *Eckstein* 2013, 54 ff., 59 f.

52 BVerfG (Fn. 4) Abs. 112.

53 BVerfG (Fn. 4) Abs. 112, 126.

54 BVerfG (Fn. 4) Abs. 106.

55 BVerfG (Fn. 4) Abs. 99, 126.

56 Schönke / Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Auflage, München 2010, *Stree / Kinzig* § 46 Rn. 41a m.w.N.

57 *Dencker* ZStW 102 (1990), 51, 60, 66 f., 74 ff. m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten.

ist.<sup>58</sup> Für § 257c StPO heißt das: Die strafmildernde Wirkung abgesprochener Geständnisse ergibt sich erst – konstitutiv – aus der gesetzlichen Regelung der Verständigung. Diese Strafmilderung ordnet das Gesetz aus prozessökonomischen Gründen an. Und diese über § 46 StGB hinausgehende Strafmilderung ist eine besondere Verlockung, die das Schweigerecht des Beschuldigten gefährdet und mit dem Fair-Trial-Grundsatz in Einklang gebracht werden muss.

Diese Lesart harmoniert mit den Vorgaben zur Strafzumessung in § 257c Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 Satz 1 StPO: „(...) unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen“ darf es nicht so weit kommen, „dass der in Aussicht gestellte Strafraum nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist“. Außerdem wertet diese Lesart das Institut Verständigung auf. Auf Seiten der Strafverfolgungsbehörden spitzt sich die Frage nach dem Wert eines Geständnisses zu. Meines Erachtens trägt auch ein erst noch zu überprüfendes Geständnis substantiell zur Wahrheitserforschung bei und zeitigt dadurch prozessökonomischen Nutzen. Prozesstheoretisch befreit diese Konzeption das Geständnis ein weiteres Stück von der inquisitorischen Erblast des reformierten Prozesses. Die Einlassung des Beschuldigten setzt ihre Verwandlung fort, weg von ihrer Rolle als Königin der Beweismittel, *regina probationum*, hin zum Verteidigungsinstrument des Beschuldigten.<sup>59</sup>

### E. Fazit

Informelle Absprachen sind unzulässig. Das gilt aber nur für Absprachen unter Beteiligung des Gerichts. Geständnisse wirken nicht schlechthin strafmildernd. Die strafmildernde Wirkung abgesprochener Geständnisse ordnet § 257c StPO konstitutiv und aus prozessökonomischen Gründen an. Inwieweit die Strafverfolgungsbehörden einer Verständigung prozessökonomischen Nutzen zuschreiben, obwohl § 257c Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 244 Abs. 2 StPO zu Aufklärung und Überprüfung eines Geständnisses zwingt, muss die künftige Praxis erweisen. Die bisherige Praxis der Absprachen in Strafverfahren, wie sie das Buch von *Altenhain*, *Dietmeier* und *May* beleuchtet, ergibt ein ebenso problematisches wie aufschlussreiches Bild. Dem Buch sind viele Leser zu wünschen.

### Literatur:

*Altenhain / Dietmeier / May* Verfahrensabsprachen, in: StV 2013, 796 f.

*Altenhain / Hagemeyer / Haimerl / Stammen* (2007) Die Praxis der Absprachen in Wirtschaftsstrafverfahren

*Beulke / Stoffer* Bewährung für den Deal?, in: JZ 2013, 662 ff.

<sup>58</sup> *Schlothauer / Weider* StV 2009, 600, 603. Vgl. auch *Brettel* 2007.

<sup>59</sup> Vgl. dazu *Mittermaier* 1856, 462 ff. und *ders.* 1834, 233 ff.

- Brettel* (2007) Tatverleugnung und Strafrestausssetzung
- Dencker* Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht, in: ZStW 102 (1990), 51 ff.
- Eckstein* (2001) Besitz als Straftat
- Ders.* (2013) Ermittlungen zu Lasten Dritter
- Ders.* (2014) Inquisitorischer und adversatorischer Prozess und das Fair-Trial-Prinzip, in: Schroeder / Kudratov (Hrsg.), Die strafprozessuale Hauptverhandlung zwischen inquisitorischem und adversatorischem Modell
- Fezer* Vom (noch) verfassungsgemäßen Gesetz über den defizitären Vollzug zum verfassungswidrigen Zustand, in: HRRS 2013, 117 ff.
- Goldstein* Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure, in: Stanford Law Review 26 (1974), 1009 ff.
- Grube* Verfahrensabsprachen, in: StV 2013, 794 ff.
- Harding* (2004) Überblick über verschiedene Formen des Strafverfahrens, in: Eser / Rabenstein (Hrsg.), Strafjustiz im Spannungsfeld von Effizienz und Fairness, 10 ff.
- Jahn / Müller* Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren – Legitimation und Reglementierung der Absprachenpraxis, in: NJW 2009, 2625 ff.
- Kudlich* Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den strafprozessualen Absprachen – Konsequenzen für den Gesetzgeber?, in: ZRP 2013, 162 ff.
- Mittermaier* (1834) Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse nach der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und deutsche Gesetzbücher in Vergleichung mit den Ansichten des englischen und französischen Strafverfahrens
- Ders.* (1856) Die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung
- Niemöller* Zum Geltungsanspruch und -umfang des Verständigungsgesetzes, in GA 2014, 179ff.
- Niemöller / Schlothauer / Weider* (2010) Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren
- Schlothauer / Weider* Das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 3. August 2009, in: StV 2009, 600 ff.
- Stuckenberg* Entscheidungsbesprechung (BVerfG, Urt. v. 19.3.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11), in: HRRS 2013, 212 ff.
- Trüg* (2003) Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen im deutschen und US-amerikanischen Strafverfahren
- Velten* Die Rückabwicklung unzulässiger Absprachen – Kritik der aktuellen Rechtsprechung zur Reichweite der §§ 257c Abs. 4 S. 3, 136a StPO, in: StV 2012, 172ff.

Weigend Strukturelle Probleme im deutschen Strafprozess, in: StraFo 2013, 45 ff.

Wenske Die Verständigung im Strafverfahren – Teil 2, in: DRiZ 2012, 123 ff.

Kontakt:

PD Dr. Ken Eckstein, Universität Regensburg  
ken.eckstein@jura.uni-regensburg.de



## Die Strafbarkeit von Masernpartys

Von Dr. Christopher Leander Roth

2013, 208 S., brosch., 54,- €

ISBN 978-3-8487-0378-4

(Gießener Schriften zum Strafrecht und zur  
Kriminologie, Bd. 47)

[www.nomos-shop.de/20960](http://www.nomos-shop.de/20960)

Aus Angst und Skepsis gegenüber Impfungen infizieren Eltern durch die Veranstaltung sogenannter Masernpartys ihre Kinder mit dem Masernvirus, damit diese die lebenslange Immunität gegen den Erreger erlangen. Roth untersucht in seiner Dissertation die Frage, ob die Veranstaltung einer sogenannten Masernparty ein strafrechtlich relevantes Verhalten darstellt.

Im Fokus der Untersuchung stehen Körperverletzungsdelikte, namentlich der Tatbestand der Gefährlichen Körperverletzung. Schwerpunkt der Untersuchung ist sodann die Frage, ob eine Einwilligung der Eltern strafrechtsdogmatisch möglich ist bzw. unter welchen Voraussetzungen die Rechtswidrigkeit entfallen kann. Die Frage, wie es zu bewerten ist, dass die Eltern zum vermeintlich Besten ihrer Kinder handeln, wird im Rahmen des Unrechtsbewusstseins der Eltern als Bestandteil des Schuldvorwurfs diskutiert.

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter 07221/2104-37  
Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**