

# Edda Weißlau

## Opferschonendes Prozeßverhalten als Strafmilderungsgrund?\*

Im folgenden geht es um die Frage, ob ein Angeklagter, der durch sein Prozeßverhalten zur Schonung des Opfers im Strafverfahren beiträgt, deshalb eine Strafmilderung verdient. In der forensischen Praxis spielt dieser Strafzumessungsgesichtspunkt vor allem bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung eine Rolle<sup>1</sup>, Taten also, bei denen die Opfer oft schwer traumatisiert sind. Eine zeugenschaftliche Vernehmung in der Hauptverhandlung bewirkt für die Betroffenen nicht selten eine »sekundäre Viktimisierung«<sup>2</sup>, schon allein, weil die häufig noch nicht verarbeiteten Tatvorgänge noch einmal in allen Einzelheiten in Erinnerung gerufen und berichtet werden müssen. Es erscheint daher verständlich, wenn die Gerichte in solchen Konstellationen eine Strafmilderung für den Fall gewähren, daß ein Angeklagter – namentlich durch ein Geständnis – die Vernehmung des Opfers in der Hauptverhandlung überflüssig macht.

### *Geständnis als spezieller Strafmilderungsgrund*

Nun wird das Geständnis eines Angeklagten ohnehin in der tatrichterlichen Strafzumessungs-Praxis mit steter Regelmäßigkeit »belohnt«<sup>3</sup>; darüber ist – v. a. mit Blick auf das Phänomen der Absprachen – in den letzten Jahren viel und kontrovers diskutiert worden<sup>4</sup>. Im vorliegenden Zusammenhang hat jedoch das Geständnis als Anlaß für eine Strafmilderung noch einen besonderen Stellenwert.

Zum einen: Der Gesichtspunkt, daß das Tatopfer im Verfahren vor einer »sekundären Viktimisierung« geschützt wird, stellt laut Rechtsprechung und Literatur einen selbständigen bzw. zusätzlichen Strafzumessungsgrund dar<sup>5</sup>. Das Geständnis wird also – was an sich strafzumessungsrechtlich durchaus zulässig ist – zweifach, aber je unter verschiedenen Gesichtspunkten als Strafmilderungsgrund berücksichtigt: Einmal mit Hilfe der (nicht unumstrittenen) »doppelspurigen Indizkonstruktion«, wonach aus dem Geständnis auf Reue und aus der Reue auf eine verminderte Tat-

\* Leicht überarbeitete Fassung eines Vortrages, den die Verfasserin am 17. Februar 1992 vor der juristischen Fakultät der Universität Frankfurt a. M. gehalten hat.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, GA 1962, 339; vgl. auch Schönke/Schröder-Stree, StGB Kommentar, 24. Aufl., 1991, § 46 Rn. 41a.

<sup>2</sup> Vgl. etwa Weis, Die Vergewaltigung und ihre Opfer, 1982.

<sup>3</sup> Vgl. dazu Schönke/Schröder-Stree, (Fn. 1) Bruns, Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl., 1985, S. 233 f.

<sup>4</sup> Die Literatur zu diesem Thema ist inzwischen sehr umfangreich; vgl. hier nur Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren, 1986; Rönnau, Die Absprache im Strafprozeß, 1990; eine Übersicht über die Entwicklung der juristischen Diskussion gibt Bussmann, Die Entdeckung der Informalität, 1991.

<sup>5</sup> Rössner/Wulf, Opferbezogene Strafrechtspflege, 1984, S. 73; vgl. zur Rechtspraxis auch Dencker, ZStW 102 (1990), 61.

schuld sowie auf ein reduziertes Resozialisierungsbedürfnis geschlossen wird<sup>6</sup>. Das wäre ein Thema für sich. Darüber hinaus wird aber ohne Rücksicht auf diese »Indizkonstruktion« die Vermeidung der psychischen Belastungen, die das Opfer durch erneute Vernehmung erleiden würde, als Strafmilderungsgrund behandelt. Diese Unterscheidung ist wichtig. Der selbständige Charakter der hier thematisierten Strafzumessungserwägung kommt nämlich sowohl dann zum Tragen, wenn man die »Indizkonstruktion« prinzipiell ablehnt, als auch dann, wenn man sie – bei grundsätzlicher Anerkennung – auf die konkrete Fallgestaltung beim besten Willen nicht anwenden kann, namentlich also in den Fällen des abgesprochenen Geständnisses<sup>7</sup>.

Und weiter wird nach meiner Beobachtung dieser zweite Gesichtspunkt, also eine Verknüpfung zwischen Strafmilderung und opferschonender Prozeßstrategie des Beschuldigten, nur selten in Frage gestellt. Selbst ein Autor wie Friedrich Dencker, der die Strafmilderung für kooperatives Prozeßverhalten ansonsten scharf kritisiert<sup>8</sup>, meint, daß »in diesem engen speziellen Bereich eine unmittelbare Strafzumessungsrelevanz des prozessualen Verhaltens als Nachtatverhalten diskutabel ist«<sup>9</sup>.

Es gibt also unterschiedliche Bewertungen, je nachdem, welche Motive im Spiel sind. Wenn das Geständnis als solches durch Strafmilderung belohnt wird, wie es namentlich bei den sog. Absprachen der Fall ist, so geht es um instrumentelle Effektivitätssteigerung. Man will sich die umständliche Beweisaufnahme in »streitiger« Hauptverhandlung ersparen und schnell zu einem Urteil kommen. Unter Justizpraktikern steht eine solcherart verstandene Prozeßökonomie zwar hoch im Kurs, die Wissenschaft aber weist derartige Ziele eher zurück, jedenfalls wenn sie auf Kosten dogmatischer Prinzipien verfolgt werden<sup>10</sup>. Ganz anders verhält es sich mit der Honorierung von opferschonendem Prozeßverhalten. Dieser Gesichtspunkt steht im Trend einer der wirkungsmächtigsten kriminalpolitischen Strömungen der Gegenwart: der »Wiederentdeckung des Opfers«. »Opferbezogene Strafrechtspflege«<sup>11</sup>, also die Berücksichtigung von Opferinteressen im Strafprozeß, wird mittlerweile von Vertretern höchst gegensätzlicher straftheoretischer Strömungen und rechtspolitischer Lager gefordert bzw. befürwortet<sup>12</sup>. Und in einer »opferbezogenen Strafrechtspflege« kann eine »opferbezogene Strafzumessung« schließlich nicht fehlen.

### *Gefahren der »Opferorientierung«*

Diese Feststellungen sollen nun allerdings nicht dazu überleiten, das Anliegen des Opferschutzes, um das es im hier thematisierten Zusammenhang geht, als Ausdruck einer bloßen Modeerscheinung geringzuschätzen. Ein humanitäres Strafrecht kann die schweren Verletzungen, die Opfern in ihrer Rolle als Beweismittel im Verfahren zugefügt werden können, nicht ignorieren. Problematisch erscheint mir vielmehr, ob das Strafzumessungsrecht für die Berücksichtigung dieses Anliegens der richtige Ort ist.

6 BHGSt 1, 105; Bruns, (Fn. 3), S. 220 ff., 231 f.; kritisch zur Indizkonstruktion Dencker, (Fn. 5), 56 f.; Frisch, ZStW 99 (1987), 779 f.

7 Ausführlich dazu Rönna, (Fn. 4), S. 97 ff., gegen Schmidt-Hieber, (Fn. 4) Rn. 174, der auch hier nach dem Grundsatz »in dubio pro reo« zu einer Strafmilderung kommen will.

8 Dencker, (Fn. 5), 58 ff.

9 Ebd., 61.

10 Zu den unterschiedlichen Einschätzungen der Absprachepraxis bei Wissenschaftlern einerseits und Praktikern andererseits vgl. Bussmann, (Fn. 4).

11 Vgl. Fn. 5.

12 Vgl. Seelmann, JZ 1989, 670.

Ein möglicher Einwand ergibt sich zunächst aus folgendem Gesichtspunkt: Immer wieder wird auf die mit der Opferorientierung verbundene Gefahr hingewiesen, daß die im geschichtlichen Verlauf mühsam errungenen Rechtspositionen des Beschuldigten durch diese Orientierung wieder in Frage gestellt werden<sup>13</sup>. Dieser Einwand scheint hier zwar auf den ersten Blick fehl am Platze zu sein, geht es doch gerade darum, daß eine für den Angeklagten *günstige* Rechtsfolge (nämlich die Strafmilderung) unter Berufung auf das Anliegen des Opferschutzes erzielt wird. Allerdings ist dies womöglich zu kurzschlüssig gedacht. Thomas Weigand hat in seiner Schrift »Deliktsoffer und Strafverfahren« die Praxis der Gerichte, ein »opferfreundliches« Prozeßverhalten mit Strafmilderung zu honorieren, sehr wohl als einen solchen Fall der Beschränkung von Beschuldigtenrechten ausgemacht<sup>14</sup>. Und zwar mit folgender Argumentation:

Mit Hilfe des Strafzumessungsermessens werde hier, wie stets bei einer strafmildern- den Berücksichtigung des Geständnisses, indirekter Druck auf den Täter zu kooperativem – und in diesem Fall – »opferfreundlichem« – Verhalten ausgeübt. Die Strafmilderung bedeute nämlich umgekehrt, daß derjenige Angeklagte, der durch Wahrnehmung seines Rechts zu schweigen oder durch die Verteidigungstaktik des Leugnens das Opfer zur Aussage in der Hauptverhandlung veranlaßt, eben deshalb eine vergleichsweise härtere Bestrafung in Kauf nehmen müsse.

Müßte also nicht mit Rücksicht auf die Verteidigungsfreiheit des Beschuldigten jedwede Strafzumessungserwägung unzulässig sein, die sich direkt oder indirekt auf das Prozeßverhalten bezieht und damit eben diese Verteidigungsfreiheit – insbesondere das Schweigerecht – beeinträchtigt? Die Rechtsprechung und – ihr folgend – die herrschende Meinung erkennen ein Verbot der Strafschärfung wegen eines Prozeßverhaltens, durch das die Vernehmung des Opfers in der Hauptverhandlung erforderlich wird, durchaus an. Bereits in Band 1 der amtlichen Entscheidungssammlung des BGH<sup>15</sup> ist ausgesprochen, daß es dem Angeklagten nicht strafschärfend zur Last gelegt werden dürfe, wenn durch sein Leugnen die Vernehmung eines jugendlichen Zeugen erforderlich geworden sei, denn andernfalls werde ihm indirekt vorgeworfen, kein Geständnis abgelegt zu haben. Dazu sei er aber nicht verpflichtet, und deshalb dürfe ihm dies auch im Rahmen der Strafzumessung nicht zum Vorwurf gemacht werden. An dieser Rechtsprechung hat der BGH auch in jüngster Zeit festgehalten<sup>16</sup> – trotz der Popularität des Opferschutzgedankens. Die eben von mir formulierte Frage würde insofern über diese Grundsätze hinausgehen, als nunmehr ein generelles Differenzierungsverbot aufgestellt würde. Zu dem anerkannten Verbot einer Strafschärfung würde hinzukommen ein generelles Verbot, das gegenteilige Prozeßverhalten strafmildernd zu berücksichtigen.

#### *Differenzierungsverbot bei der Strafzumessung?*

In der Tat läßt es sich nun gar nicht bestreiten, daß eine Auswirkung auf die Wahrnehmung der Aussage- und Verteidigungsfreiheit nicht nur dann entstehen kann, wenn das Bestreiten oder Schweigen des Beschuldigten strafschärfend bewertet wird, sondern ebenso, wenn das kooperative Verhalten zu einer Strafmilderung führt. Die *Wirkung* auf den Beschuldigten, der von seiner Aussagefreiheit Gebrauch machen will, ist nämlich in beiden Fällen dieselbe; die oben vorgetragene Argumentation von

13 Z. B. Thomas, StV 1985, 431; Weigand, Deliktsoffer und Strafverfahren, 1989, S. 426.

14 Weigand, (Fn. 13), S. 426, Fn. 167.

15 BGHSt 1, 342.

16 Vgl. etwa BGH StV 1986, 429.

Weigend ist daher konsequent. Aber ist sie auch richtig? Richtig wäre sie dann, wenn 1. das Verbot der Strafschärfung tatsächlich *wegen* ihrer *Wirkung* auf die Wahrnehmung der Aussage- und Verteidigungsfreiheit besteht und wenn 2. eine Kollision zwischen Strafzumessungsgesichtspunkten und Aussagefreiheit stets zugunsten der Aussage- und Verteidigungsfreiheit aufgelöst werden müßte.

Friedrich Dencker hat das hier aufgeworfene Problem – also Strafmilderung für opferschonendes Prozeßverhalten – unter dem zweiten Gesichtspunkt verortet, die Frage allerdings im Ergebnis letztlich offengelassen<sup>17</sup>. Fest stehe für ihn jedoch, daß die hier auftretende Kollision nicht mit derselben Argumentation zugunsten der prozessualen Freiheit des Beschuldigten entschieden werden könne wie die Kollision zwischen Aussagefreiheit und dem Interesse an zeit- und kostensparender Aufklärung des Sachverhalts. Denn hier gehe es auf der Gegenseite nicht um ein stets mit dem Strafverfahren vorgegebenes Interesse, sondern um ganz spezielle Opferinteressen.

Die Gefahr dieser Überlegungen wird oft übersehen. Sie laufen letzten Endes auf eine Abwägungsdogmatik hinaus, die im Kollisionsfalle jeweils die beteiligten Interessen zu gewichten und gegeneinander abzuwägen hätte. Es ist nicht verwunderlich, wenn bei diesem methodischen Ansatz die Entscheidung für oder gegen die Zulässigkeit einer Strafmilderung schwerfällt; denn mit dem Abwägungsschema ist lediglich ein äußerer Rahmen vorgegeben, dessen inhaltliche Ausfüllung – nämlich die Gewichtung der je betroffenen Interessen – dann letztlich dem Belieben überlassen bleibt.

Es muß also eine Antwort gefunden werden, die eine generelle Problemlösung anbietet. Es muß die Frage entschieden werden, ob solche Strafzumessungserwägungen, die sich direkt oder indirekt auf das Prozeßverhalten des Angeklagten beziehen, *wegen* ihrer *Wirkung* auf die Wahrnehmung der Aussage- und Verteidigungsfreiheit tabu sein müssen.

### *Offenheit der gesetzlichen Regelung*

Sieht man sich zunächst die gesetzlichen Bestimmungen über die Strafzumessung in § 46 StGB an, dann fällt auf, daß der Gesetzgeber anscheinend eine indirekte Beeinträchtigung der Verteidigungsfreiheit durch bestimmte Strafzumessungserwägungen durchaus in Kauf genommen hat. In Abs. 2 ist nämlich davon die Rede, daß Wiedergutmachungs- und sonstige Ausgleichsbemühungen mit dem Opfer bei der Strafzumessung berücksichtigt werden sollen. Eine Strafmilderung aufgrund solcher Ausgleichsbemühungen kann aber wiederum nur der (mehr oder weniger) geständige Beschuldigte erlangen, da der schweigende oder leugnende Angeklagte seine Verteidigungsposition in der Regel mit derartigen Ausgleichsbemühungen konterkarieren würde. Er ist also im Vergleich zum ausgleichsbereiten Beschuldigten benachteiligt, was einem Differenzierungsverbot widerspricht.

Nun muß diese Entscheidung des Gesetzgebers ja nicht dafür sprechen, daß etwaige Auswirkungen von Strafzumessungserwägungen auf die Wahrnehmung des Schweigerechts generell hinzunehmen sind. Man könnte sogar an einen Umkehrschluß denken, der folgendermaßen lauten würde: Nur soweit der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmte Strafzumessungserwägungen für zulässig erklärt hat, tritt bei einer Kollision mit der Aussagefreiheit diese zurück, während darüber hinaus alle sonstigen Strafzumessungserwägungen, die sich auf das Prozeßverhalten des Angeklagten

<sup>17</sup> Dencker, (Fn. 5), 60 f.

beziehen, unzulässig sind. Immerhin hat der deutsche Gesetzgeber – anders als der österreichische – das Geständnis nicht explizit als Strafmilderungsfaktor im Gesetz aufgezählt.

### *Die Position der BGH-Rechtsprechung zum Differenzierungsverbot*

Die Rechtsprechung und die mit ihr übereinstimmende herrschende Lehrmeinung äußern sich zu der hier behandelten Frage nicht eindeutig. Daß eine Strafschärfung für den nicht-geständigen Angeklagten als Verstoß gegen die Aussagefreiheit abgelehnt wird, habe ich bereits erwähnt. Darüber hinaus hat der BGH auch zur strafmildernden Berücksichtigung des Geständnisses – ebenfalls in Band 1 der amtlichen Entscheidungssammlung<sup>18</sup> – grundlegend Stellung genommen. Dort heißt es wörtlich: »Darum ist es unzulässig, den geständigen Verbrecher nur seines Geständnisses wegen milder und den leugnenden Verbrecher nur seines Leugnens wegen härter zu bestrafen, weil eine solche schematische Berücksichtigung von Geständnis oder Leugnen im Ergebnis als unzulässiger Druck auf den Angeklagten wirken könnte (§ 136a StPO)«<sup>19</sup>. Jedoch wird es für zulässig erachtet, aus dem Prozeßverhalten »Schlüsse daraus zu ziehen, wie der Täter innerlich zu seiner Tat steht, und diesen Umstand . . . bei der Strafzumessung zu berücksichtigen.«<sup>20</sup>

Uneindeutig ist diese Argumentation deshalb, weil sie tatsächlich nicht klarstellt, ob und in welcher Weise die Aussagefreiheit maßgeblich ist für die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit bestimmter Strafzumessungserwägungen. Ginge es um die Vermeidung eines Geständnisdrucks auf den Angeklagten, dann dürfte nämlich nicht nur die »schematische« Berücksichtigung des Geständnisses bzw. des Leugnens verboten sein. Denn im Sinne eines indirekten Drucks auf den Angeklagten wirkt sich eine Strafzumessungspraxis auch dann aus, wenn das Geständnis zwar keine hinreichende, wohl aber eine notwendige Bedingung für die Erlangung einer Strafmilderung wäre. Der Beschuldigte steht auch dann unter einem psychologischen Druck, wenn ihm überhaupt die Alternative »Geständnis« einen Vorteil gegenüber der Alternative »Schweigen« oder »Leugnen« bringt, auch wenn dieser Vorteil nur in der Möglichkeit einer Strafmilderung besteht. Hinsichtlich der Wirkung auf die Wahrnehmung der Aussagefreiheit ist es also gar nicht so entscheidend, ob das Geständnis »schematisch« oder je nach Fallkonstellation strafmildernd berücksichtigt wird. Geht man von der Prämisse aus, daß durch Strafzumessungserwägungen kein Geständnisdruck ausgeübt werden dürfe, dann ist die Rechtsprechung und – ihr folgend – die herrschende Meinung nicht konsequent.

In der zitierten, wegweisenden Entscheidung des BGH argumentieren die Richter aber auch nur scheinbar von dieser Prämisse her. Tatsächlich muß man die Entscheidungsgründe anders verstehen. Unzulässig sind danach Strafzumessungserwägungen, die an das Prozeßverhalten anknüpfen, nicht schon dann, wenn sie einen direkten oder indirekten Geständnisdruck ausüben, sondern dann, wenn sie einen *unzulässigen* Druck ausüben. Was ein »unzulässiger« Druck ist, läßt sich aber nicht von der Aussagefreiheit her entscheiden, sondern ergibt sich aus dem Strafzumessungsrecht selbst. Das bedeutet: Soweit es einen strafzumessungsdogmatisch gerechtfertigten Grund für eine Differenzierung zwischen geständigen und nicht-geständigen Angeklagten gibt, handelt es sich nicht um einen »unzulässigen« Druck; eine entsprechende Strafzumessungserwägung ist zulässig, selbst wenn sie faktisch

<sup>18</sup> BGHSt 1, 105.

<sup>19</sup> BGHSt 1, 105, 106.

<sup>20</sup> BGHSt 1, 105, Leitsatz.

die Aussagefreiheit berührt. Nur so läßt sich die ständige Rechtsprechung des BGH widerspruchsfrei deuten: Das Leugnen des Angeklagten darf ebensowenig wie das Geständnis »als solches« bei der Strafzumessung berücksichtigt werden, weil es für beides keine sachlich berechtigten Erwägungen geben kann. Gibt es aber eine sachlich berechnete Erwägung, die es erlaubt, das Prozeßverhalten strafmildernd (oder vielleicht auch strafscharfend) zu bewerten, dann darf dies bei der Strafzumessung auch zur Geltung kommen. Die Rechtsprechung erblickt eine solche berechnete Erwägung vor allem in der Verwertung des Geständnisses als Indiz für Reue, Schuld-einsicht und geringe Gefährlichkeit des Täters. Ob diese sog. Indizkonstruktion überzeugend ist, kann hier offen bleiben. Wesentlich ist, wie die Rechtsprechung das Verhältnis von Aussagefreiheit und Strafzumessungsrecht sieht.

### *Keine Kollision zwischen Strafzumessungsrecht und Aussagefreiheit*

Sehr plausibel wird von der Rechtsprechung die Zulässigkeit einer bestimmten Strafzumessungserwägung bejaht bzw. verneint, ohne in erster Linie auf die Wirkung abzustellen, die diese für die Aussage- und Verteidigungsfreiheit hat. Dabei führt diese Auffassung keineswegs dazu, die Bedeutung der Aussagefreiheit für das Strafzumessungsrecht zu ignorieren. Vielmehr stellen die prozessual garantierten Freiheiten des Beschuldigten durchaus eine *normative* Schranke für das Strafzumessungsrecht dar. Eine Rechtsordnung wäre widersprüchlich, wenn sie einerseits dem Beschuldigten aus rechtsstaatlichen Gründen das Recht gibt, zu den Anklagepunkten zu schweigen, ihm andererseits jedoch die Inanspruchnahme dieses Rechts vorwerfen würde. Nichts anderes als ein solcher Vorwurf könnte aber hinter einer Strafschärfung für Schweigen oder Leugnen stecken. Ein solches Motiv für eine Strafzumessungserwägung ist daher mit Blick auf die Aussagefreiheit unzulässig.

Ein so begründetes Verbot der Strafschärfung besagt aber noch nichts für die umgekehrte Bewertungsrichtung. Wird ein bestimmtes Prozeßverhalten, namentlich das Geständnis, strafmildernd berücksichtigt, so muß für diese Bewertungsrichtung ebenfalls nach einem berechtigten Grund im Sinne der Strafzumessungsdomatik gefragt werden. Für das Geständnis »als solches« kann es wiederum unter keinem aner kennenswerten Gesichtspunkt eine Strafmilderung geben. Die Erleichterung der Tataufklärung ist weder im Hinblick auf den Schuldumfang noch im Hinblick auf die Wirkungen der Strafe auf den Täter ein relevanter Faktor<sup>21</sup>. Eine »Kollision« zwischen Strafzumessungsrecht und Aussagefreiheit besteht hier also in Wirklichkeit nicht<sup>22</sup>. Denn gerade nur dann, wenn die Begünstigung des Geständigen durch keine zutreffenden Strafzumessungserwägungen gerechtfertigt ist, liegt eine *unzulässige* Beeinträchtigung der Aussagefreiheit vor.

Dagegen läuft die These von einer »Kollision« darauf hinaus, die Frage der Zulässigkeit von Strafzumessungserwägungen von der faktischen Ausstrahlung solcher Erwägungen auf die Aussagefreiheit abhängig zu machen. Bei dieser Betrachtung wird aber der Gewährleistungsbereich der Aussagefreiheit überdehnt. Die Aussagefreiheit steht nicht derart über allen anderen Zielen, die von der Rechtsordnung anerkannt werden, daß die Verwirklichung dieser Ziele wegen möglicher Rückwirkungen auf die Wahrnehmung der Aussagefreiheit aufgegeben werden müßte. Im

<sup>21</sup> Gegen die Berücksichtigung der erleichterten Tataufklärung bei der Strafzumessung auch Dencker, (Fn. 5), 58 ff.; Weigend, JZ 1990, 778; Rönnau, (Fn. 4), S. 103 f.

<sup>22</sup> Anders Dencker, (Fn. 5), der von einer Kollision ausgeht, die er jedoch zugunsten der Aussagefreiheit lösen will.

Bereich des Strafzumessungsrechts lautet dieses Ziel, daß jeder Verurteilte eine gerechte, d. h. schuldangemessene und seine spezialpräventiven Bedürfnisse berücksichtigende Strafe erhalten soll (§ 46 Abs. 1 StGB). Darauf hat jeder, auch der geständige Täter einen Anspruch. Angenommen nun, es gibt für das Geständnis unter Schuldgesichtspunkten oder unter dem Gesichtspunkt des Resozialisierungsziels einen berechtigten Strafmilderungsgrund, dann ist in der Tat nicht einsichtig, warum der Anspruch des geständigen Täters auf gerechte Bestrafung nicht soll eingelöst werden dürfen, weil sich potentielle andere Beschuldigte dann bei ihrer Entscheidung über die Wahrnehmung des Schweigerechts beeinträchtigt fühlen könnten. Gegen die Aussagefreiheit können vielmehr nur solche Maßnahmen oder Praktiken verstoßen, die eine Beeinflussung des Beschuldigten zugunsten eines bestimmten Aussageverhaltens *intendieren*. Wenn jedoch die Anwendung einer durch *andere* Motive gerechtfertigten Norm faktisch den Geständigen begünstigt, so verstößt diese Norm nicht wegen ihrer Auswirkungen auf die Wahrnehmung des Schweigerechts gegen die Aussagefreiheit. Gestützt wird diese Argumentation durch § 136a StPO. Danach ist u. a. das Versprechen von gesetzlich *nicht vorgesehenen* Vorteilen verboten. Diese Formulierung schließt ein, daß es gesetzlich vorgesehene »Vorteile« geben kann, die an ein bestimmtes Aussageverhalten anknüpfen.

#### *Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis kann also festgehalten werden: Die Berücksichtigung von Opferschutzinteressen bei der Strafzumessung schränkt die prozessualen Rechte des Beschuldigten nicht von vornherein unzulässig ein. Der eingangs referierte, von Thomas Weigend geltend gemachte Einwand gegen diesen Strafmilderungsgrund beruht auf einer zu kurzschlüssigen Argumentation, die die Perspektive der Strafzumessungsdogmatik ausblendet.

#### *Schonung des Opfers als Strafmilderungsgrund?*

Es kommt jetzt also darauf an, von der Strafzumessungsdogmatik her zu klären, ob die Schonung des Opfers im Verfahren unter irgendeinem Gesichtspunkt strafzumessungsrelevant ist. Gemeint ist dabei nicht – um dies noch einmal zu sagen – die allgemeine Indizkonstruktion. Sondern es geht darum, ob die Schonung des Opfers ein davon unabhängiger Strafmilderungsfaktor sein kann.

Als Ansatzpunkt kommt § 46 Abs. 2 letzter Halbsatz StGB in Betracht, wonach Wiedergutmachungs- und Ausgleichsbemühungen des Täters als Nachtatverhalten zu berücksichtigen sind. Da unter Wiedergutmachung ein finanzieller Schadensausgleich verstanden wird, kommt hier nur der Gesichtspunkt sonstiger Ausgleichsbemühungen in Frage. Aber schon vom Wortsinn her liegt auch diese Variante eher fern. Denn durch die Vermeidung einer psychischen Streßsituation während der zeugenschaftlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung wird dem Opfer lediglich zusätzliches Leid erspart, aber die ursprüngliche Verletzung durch die Tat nicht »ausgeglichen«. Zwar behauptet Böttcher in seinem Referat für den 58. DJT, daß »letztlich jedes Verhalten, das – opferbezogen – der Wiederherstellung des Rechtsfriedens dient«, als Ausgleichsbemühen anzusehen sei, und er zählt »die Vermeidung zusätzlicher Belastungen im Verfahren« ausdrücklich auf<sup>23</sup>. In der amtlichen Begründung des Opferschutzgesetzes finden so weitreichende Vorstellungen aber keine

<sup>23</sup> Verhandlungen des 58. DJT, Band II, Teil L, 1990.



Stütze. Es sollte lediglich klargestellt werden, daß nicht nur finanzielle Wiedergutmachungsleistungen, sondern auch immaterielle Leistungen an den Verletzten berücksichtigt werden sollen<sup>24</sup>. Von der ratio des Gesetzes her ist somit entscheidend, ob es sich um Leistungen handelt, die das aufwiegen, was dem Opfer mit der Straftat zugefügt worden ist. Völlig zutreffend heißt es daher etwa in der Kommentierung von Stree zu § 46 StGB<sup>25</sup>: »Eine Strafmilderung für ein Geständnis unter dem Aspekt einer Genugtuungs- und Friedensfunktion läßt sich nicht mit Blick auf ›Ausgleich mit dem Verletzten‹ rechtfertigen. Daß der Täter seine Tat eingesteht, ergibt für die Verletzten noch keinen Ausgleich für das ihnen Zugesfügte«.

Allerdings befürwortet Stree kurz darauf<sup>26</sup> eine strafmildernde Bedeutung für den Fall, »daß der Täter mit seinem Geständnis weitere Nachteile vom Opfer abwendet, etwa dadurch, daß sich die Vernehmung eines sexuell mißbrauchten Kindes erübrigt«. Unter welchem Gesichtspunkt hier also doch eine Strafzumessungsrelevanz anerkannt wird, geht aus der Kommentierung allerdings nicht hervor. Möglicherweise steht dahinter aber ein Gedankengang, wie er in der schon mehrfach erwähnten Abhandlung von Friedrich Dencker ausgeführt worden ist<sup>27</sup>: Als Strafmilderungsgrund komme stets ein solches Nachtatverhalten in Frage, das eine den unrechtsbegründenden Faktoren gegenläufige Tendenz habe, gewissermaßen ein rücktrittsähnliches Verhalten nach der Tat. Dieses Verhalten müsse sich also auf das durch die Tat verletzte Rechtsgut beziehen. Das Prozeßverhalten des Beschuldigten komme als Milderungsgrund daher nur bei solchen Taten in Betracht, bei denen der Täter durch seine Verteidigungsaktivitäten genau diejenigen Interessen nochmals verletzen könne, die bereits durch die ihm vorgeworfene Tat betroffen waren. Als Beispiel nennt Dencker den Tatbestand des § 176 StGB: sexueller Mißbrauch von Kindern.

Aber auch diese Begründung ist aus einem ähnlichen Grunde anfechtbar, der gegen die Subsumtion unter den Gesichtspunkt der Ausgleichsbemühungen spricht. Gerade wenn es zutrifft, daß die strafzumessungsrechtliche Relevanz des Nachtatverhaltens sich aus dessen »rücktrittsähnlichem« Charakter erschließen muß, dann ist die von Dencker gezogene Konsequenz wenig überzeugend. Denn *diese* Qualität hat doch das Prozeßverhalten nicht schon deshalb, weil es eine *erneute* Schädigung des bereits durch die Tat verletzten Rechtsgutes vermeidet. Eine solche Gleichsetzung erscheint mir auch dann problematisch, wenn man in Rechnung stellt, daß die erneute Schädigung durch ein *rechtmäßiges* Verhalten (nämlich durch Wahrnehmung von Verteidigungsrechten) hervorgerufen werden kann. Denn das ändert nichts daran, daß ja nicht die unmittelbaren Tatfolgen minimiert werden, sondern Schäden, die durch die Ahndung der Tat in einem rechtsstaatlichen Verfahren beim Opfer entstehen können. Und die Vermeidung *dieser* Schäden ist auch nicht, wie beim Rücktritt bzw. der tätigen Reue, einer bestimmten Handlung des Täters zuzurechnen, sondern einer bestimmten Entscheidung des erkennenden Gerichts. Die deutsche Strafprozeßordnung kennt nämlich keine Vorschrift, die dahin geht, daß bei einem Geständnis des Angeklagten automatisch die weitere Beweisaufnahme – mit hin auch die Vernehmung des Opfers – unterbleiben könne. Vielmehr bleibt das Tatgericht an die Aufklärungspflicht gebunden, und es kommt daher auf die Umstände des jeweiligen Falles an, ob infolge eines Geständnisses das Opfer gar nicht mehr vernommen werden muß. Der Angeklagte hat auf diese Entscheidung (über die

<sup>24</sup> Vgl. Weigend, NJW 1987, 1176.

<sup>25</sup> Schönke/Schröder-Stree, (Fn. 1), Rn. 41a.

<sup>26</sup> Ebd.

<sup>27</sup> Dencker, (Fn. 5), 60 f.



Ablegung des Geständnisses hinaus) keinen Einfluß. Das Geständnis des Angeklagten schafft somit lediglich eine veränderte Beweislage, die sich für das Opfer günstig auswirken *kann*, aber nicht muß.

Zuletzt bliebe noch die Möglichkeit, zur Rechtfertigung der Strafmilderung unmittelbar auf den Gedanken des Opferschutzes zurückzugreifen. Das Anliegen, die Interessen und Bedürfnisse des Opfers im Strafverfahren stärker zu berücksichtigen, kann – wie ich eingangs schon hervorgehoben habe – mit breiter Zustimmung rechnen. Die Frage ist aber, ob die Interessen des Opfers tatsächlich so direkt die Strafzumessung beeinflussen können.

Das Hanseatische OLG Hamburg hat – in anderem Zusammenhang – diese Frage bejaht<sup>28</sup>. Es ging in dem betreffenden Fall um die Bestrafung eines sog. Heiratschwindlers. Das Tatgericht hatte eine Strafschärfung auf die Überlegung gestützt, »dem Opfer eine immaterielle Genugtuung für die erlittenen Schäden zu gewähren«. Das OLG hat diese Erwägung für zulässig gehalten, jedenfalls »in besonders gelagerten Ausnahmefällen«. Zur Begründung stützte sich das OLG auf den neu gefaßten § 46 Abs. 2 StGB und führte dazu aus: Der Gesetzgeber habe mit der Gesamtkonzeption des Opferschutzgesetzes zum Ausdruck gebracht, daß dem Interesse der Tatopfer vermehrt Rechnung zu tragen ist, und dies durch die ausdrückliche Erwähnung des Täter-Opfer-Ausgleichs in § 46 Abs. 2 StGB noch zukunftsweisend unterstrichen. Damit – so das Gericht weiter – könne es dem Tatgericht nicht verwehrt sein, bei entsprechenden Fallgestaltungen innerhalb der Strafzumessungsgründe zum Nachteil des Täters ergänzend auch den Genugtuungsgedanken heranzuziehen.

Das Gericht ist also der Auffassung, daß die (tatsächlichen oder vermeintlichen) Interessen des Opfers – z. B. nach immaterieller Genugtuung – als *eigenständiger* Strafzumessungsgrund (nämlich »ergänzend«) berücksichtigt werden dürfen, jedenfalls bei »entsprechenden Fallgestaltungen«.

Auf dem gleichen methodischen Wege könnte man nun auch das Interesse des Opfers an Vermeidung extremer psychischer Streßsituationen im Verfahren bei der Strafzumessung berücksichtigen. Allerdings erweist sich auch dieser Weg als problematisch. Es erscheint nämlich methodisch bedenklich, wenn nun nicht mehr das Nachtatverhalten des Täters in seiner strafzumessungsrechtlichen Relevanz bewertet wird, sondern unmittelbar die Interessen des Opfers zur Rechtfertigung von Strafzumessungserwägungen herangezogen werden, wie es in der Argumentation des OLG deutlich geworden ist<sup>29</sup>. Der Hinweis auf eine »Gesamtkonzeption« des Opferschutzgesetzes kann dieses Umschalten von einem tat- und täterbezogenen auf ein »opferbezogenes« Strafzumessungsrecht nicht rechtfertigen. Zunächst muß man schon skeptisch werden, wenn statt auf anerkannte juristische Auslegungsmethoden auf eine angebliche »Gesamtkonzeption« des Gesetzgebers abgestellt wird<sup>30</sup>. Davon abgesehen lassen sich aus dem Opferschutzgesetz derartige Schlüsse auch gar nicht ziehen. Weder mit dem neu hinzugefügten Passus in § 46 Abs. 2 StGB noch mit sonstigen Neuregelungen dieses Gesetzes sollten die Grundlagen des geltenden Strafzumessungsrechts angetastet werden<sup>31</sup>. Diese Grundlagen ergeben sich aus § 46 Abs. 1 StGB, wonach die Schuld sowie die Auswirkungen der Strafe auf den Täter die Orientierungspunkte des Strafzumessungsvorgangs zu sein haben. Von dieser

28 StV 1989, § 31, m. Anm. Hillenkamp = JR 1990, 28, m. Anm. Weigend = JZ 1990, 703, m. Anm. Grasnack.

29 Kritisch in diesem Sinne auch Hillenkamp, (Fn. 28), § 33.

30 Ähnliche Kritik bei Grasnack, (Fn. 28), 705.

31 Vgl. auch Weigend, JR 1990, 30.

Orientierung löst sich das Opferschutzgesetz keineswegs, denn die Ergänzung des § 46 Abs. 2 StGB um den Gesichtspunkt des Täter-Opfer-Ausgleichs läßt sich ebenso wie der seit jeher gesetzlich verankerte Gesichtspunkt der Schadenswiedergutmachung in das Strafzweckkonzept des Gesetzes integrieren. Diese Gesichtspunkte berücksichtigen zwar Opferinteressen, jedoch nicht um ihrer selbst willen; vielmehr ergibt sich die Strafzumessungsrelevanz aus dem Nachtatverhalten, das in den Fällen der Wiedergutmachung bzw. Ausgleichs unrechts- und schuld mindernd wirkt<sup>32</sup>. Wenn sich dagegen die Opferorientierung verselbstständigt, indem »ideelle Genugtuungsbedürfnisse« oder auch Schutzbedürfnisse des Opfers im Verfahren zu »ergänzenden« Strafzumessungsgründen erhoben werden, so löst sich der Bezug zu den gesetzlich anerkannten Strafzwecken auf.

#### *Fazit:*

Die Praxis der Tatgerichte, das Geständnis des Angeklagten wegen der dadurch ermöglichten Vermeidung einer für das Opfer seelisch belastenden Vernehmung in der Hauptverhandlung als eigenständigen Strafmilderungsgrund zu behandeln, ist mit strafzumessungsrechtlich anerkannten Gesichtspunkten kaum zu rechtfertigen. Der populäre Gedanke einer »opferorientierten Strafrechtspflege« kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß eine solche Opferorientierung bei der Strafzumessung nur in den Grenzen der gesetzlich anerkannten Strafzwecke möglich ist. Für das berechnete kriminalpolitische Anliegen, den Opfern insbesondere von sexuellen Gewaltdelikten eine »sekundäre Viktimisierung«, im Verfahren zu ersparen, kann die Honorierung von opferschonendem Prozeßverhalten des Angeklagten keine Lösung bieten. Die von den Tatgerichten gewährte Strafmilderung läuft darauf hinaus, das Strafzumessungsrecht als Notnagel für ein ungelöstes kriminalpolitisches Problem zu gebrauchen – ein gar nicht untypisches Phänomen, wenn man bedenkt, daß die Rechtsprechung auch in anderen Zusammenhängen auf das »dogmatische Dunkelfeld« des Strafzumessungsrechts ausgewichen ist, etwa beim Problem des Umgangs mit Straftaten, die durch einen agent provocateur initiiert worden sind oder beim Problem der überlangen Verfahrensdauer<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Vgl. Hillenkamp, (Fn. 28), 533.

<sup>33</sup> Die Beteiligung eines agent provocateur gilt nach der Rechtsprechung des BGH als Strafmilderungsgrund, vgl. BGHSt 32, 345 (355); vgl. auch BGHSt (GS) 33, 356 (362); dasselbe gilt für die überlange Verfahrensdauer, vgl. BGHSt 35, 137, 140. Vgl. zu beiden Fragen ausführlich mit weiteren Nachweisen aus der Literatur: Imme Roxin, Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege, 1988.