

Zur Urteilsabsprache im Strafprozess: ein amerikanischer Fall

Von Prof. Dr. Andreas Ransiek, LL.M. (Berkeley), Bielefeld

I. Einleitung

Durch eine Urteilsabsprache wird ein Strafverfahren einvernehmlich beendet. Es geht also nicht nur um die Verständigung über Stand und Aussichten des Verfahrens zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung, sondern um die Vereinbarung des Ergebnisses.¹ Im Kern handelt es sich um ein Verfahren, in dem für die Abgabe eines Geständnisses die Strafhöhe verbindlich zugesagt wird.² Die Urteilsabsprache bewegt sich damit in die Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung zwischen Gericht und den übrigen Verfahrensbeteiligten,³ ist eine Art Vergleich.⁴ Zum Teil wird das auch weniger neutral mit dem Satz „Tausche Geständnis gegen Bewährung“ beschrieben. Jedenfalls ist es „a shortcut to conviction“⁵ und deshalb attraktiv, um der Verfahrensflut Herr zu werden.

II. Die Absprache im deutschen und amerikanischen Strafprozess

1. Ähnlichkeiten oder Gegensätze?

In der Bundesrepublik ist das Thema seit gut 25 Jahren auf der Tagesordnung. Der BGH hält Absprachen mit einigem Unbehagen grundsätzlich für zulässig, hat aber versucht, Grenzen für ihr Zustandekommen aufzustellen.⁶ Dass es solcher Grenzen bedarf, ist unstrittig und lässt sich unschwer durch den Hinweis auf die berühmte Autorenangabe „Detlef Deal, Mauschelhausen“ im wohl ersten einschlägigen deutschen Aufsatz zur Thematik begründen.⁷ Der *Große Senat* des BGH hat den Gesetzgeber aber eindringlich aufgefordert, „die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln“.⁸ Ein Gesetzentwurf des Bundesrates⁹ liegt seit Anfang 2007 vor, es gibt aber auch Appelle zum Innehalten.¹⁰

Bei diesem Thema bietet sich ein rechtsvergleichender Blick auf die Abgabe einer guilty plea und das plea bargaining nach U.S.-amerikanischem Recht an. Das sind die Erklärung des Angeklagten gegenüber dem Gericht, sich schuldig zu bekennen und auf die Durchführung eines Hauptverfahrens¹¹ zu verzichten, bzw. die Verhandlung, die zu dieser Erklärung führt. Die Abgabe einer guilty plea ist dort gesetzlich vorgesehen, und zwar sowohl auf Ebene der Einzelstaa-

ten, die für das „normale“ Kernstrafrecht zuständig sind, als auch für das Bundesstrafverfahren. Der 4. *Strafsenat* des BGH verweist darauf, dass Gegner von Absprachen das deutsche Strafprozessrecht im Gegensatz zum amerikanischen als grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet ansehen; ein Aushandeln von Schuld und Strafe im Sinne des amerikanischen Rechts kenne das deutsche Recht nicht.¹² Ein solcher Gegensatz zweier Rechtssysteme könnte erklären helfen, ob und evtl. warum bei uns Bedenken gegen die Absprachepraxis zu Recht oder zu Unrecht geltend gemacht werden. Wenn der Gegensatz überhaupt besteht:¹³ In den 1970er Jahren wurde das plea bargaining in den USA von der Strafrechtswissenschaft mit der mittelalterlichen Geständnisfolter verglichen und das Strafverfahren der Bundesrepublik geradezu als Vorbild für eine Alternative empfohlen.¹⁴ Ebenso gab es zu dieser Zeit Vorschläge, das System des plea bargaining abzuschaffen.¹⁵

2. Das Ziel des Strafprozesses: Parteidisposition versus Wahrheit?

Schaut man zunächst auf das jeweilige grundlegende Ziel des Strafverfahrens, so bleibt nur die Feststellung, dass es identisch ist und grundsätzlich keine unterschiedliche Einschätzung der Absprachen rechtfertigt. Der *Große Senat* des BGH sieht es als zentrales Ziel des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens an, dass der wahre Sachverhalt als notwendige Grundlage eines gerechten Urteils ermittelt wird.¹⁶ Eher nebulöse Hinweise auf das „Parteiverfahren“ in den USA oder das in Fernsehserien vermittelte Bild mögen zwar die Vermutung aufkommen lassen, dass dies dort anders ist und jede Partei – auch der Staatsanwalt – nur die Aufgabe hat, ihren Fall zu gewinnen. Das aber ist schlicht falsch. Auch in den USA geht es um Wahrheit: Es soll nur der wirklich Schuldige einer Strafe zugeführt werden. Es ist selbstverständlich nicht Aufgabe der Anklage, irgendwelche Anschuldigungen zu fabrizieren, um einen Fall zu gewinnen, sondern es ist ihre Aufgabe, der Gerechtigkeit Genüge zu tun.¹⁷ Ich

¹ BGHSt 50, 40 (46).

² BGHSt 50, 40 (51).

³ BGHSt 50, 40 (63).

⁴ *Schmitt*, GA 2001, 411 (412).

⁵ *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211. Vgl. auch E-§ 243a Abs. 3 S. 1 StPO, BT-Drs. 16/4197, S. 5 und Begründung a.a.O., S. 8.

⁶ BGHSt 50, 40; 43, 195.

⁷ StV 1982, 545.

⁸ BGHSt 50, 40 (64).

⁹ BT-Drs. 16/4197.

¹⁰ *Fischer*, NSTZ 2007, 433.

¹¹ Das jury trial.

¹² BGHSt 43, 195 (196 f.).

¹³ Vgl. auch *Schünemann*, ZStW 119 (2007), 945 (952 Fn. 26: „Fassungsloses Entsetzen“ amerikanischer Gesprächspartner über die Beteiligung des Richters an der Absprache).

¹⁴ *Langbein*, 46 U.Chi.L.Rev. (1978), 3 (22 mit Fn. 51).

¹⁵ *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (243 Fn. 37). Vgl. auch *McDonald*, 13 Law and Society Rev. (1985), 385 (391).

¹⁶ BGHSt 50, 40 (48); 43, 195 (204).

¹⁷ *Berger v. U.S.*, 295 U.S. 78 (88) (1935); zustimmend wörtlich zitiert in *Kyles v. Whitley*, 514 U.S. 419 (439) (1995); siehe auch *Rose v. Clark*, 478 U.S. 570 (577 f.) (1986); *Estes v. Texas*, 381 U.S. 532 (540) (1965); *Brady v. Maryland*, 373 U.S. 83 (87) (1963); *Banks v. Dretke*, 540 U.S. 668 (691) (2004); *Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (55) (1988); *U.S. v. Bagley*, 473 U.S. 667 (673) (1985); *U.S.*

sehe nicht, dass sich in diesem Ziel deutsches und amerikanisches Recht irgendwie unterscheiden. Aus diesem Grund ist das amerikanische Recht jedenfalls nicht „vergleichsfreundlich“, wie der BGH meint¹⁸.

3. Das Verfahren

Das grundlegende Prinzip der Absprache ist ebenfalls das Gleiche. In den USA kann sich der Angeschuldigte vor dem Richter schuldig i.S.d. Anklagevorwurfs bekennen. Tut er das, erfolgt die Strafzumessung, und zwar nach einer Absprache aus Sicht des Angeschuldigten milder als bei streitigem Verfahren. Bekennt er sich hingegen nicht schuldig, kommt es zur Hauptverhandlung, dem jury trial. Fast deckungsgleich sind rechtspolitische Vorschläge in der Bundesrepublik. *Meyer-Goßner* etwa schlägt vor, dass es nach gerichtlicher Zulassung der Anklage dem Angeklagten freigestellt werden solle, ob er den Anklagevorwurf anerkennt oder nicht. Im Fall der Anerkennung soll es nicht zum Hauptverfahren mit Beweisaufnahme kommen, sondern zur Verurteilung entsprechend der Anklage. Kraft Gesetzes würde dann – aber nur dann – der anwendbare Strafrahmen halbiert.¹⁹

Im Grundsatz genauso empfehlen *Altenhain/Hagemeyer/Haimerl* ein sog. Unterwerfungsverfahren, in dem das Gericht dem Angeklagten in einem mündlichen Termin ein Strafmaß für den Fall der Unterwerfung zusichert. Bei einer solchen Unterwerfung entfällt die Hauptverhandlung. Erfolgt keine Unterwerfung, wird sie hingegen streitig durchgeführt.²⁰ Der Vorschlag *Meyer-Goßners* ist dabei in den Voraussetzungen weniger anspruchsvoll als das U.S.-amerikanische Recht, da dort immerhin eine mündliche Verhandlung stattfindet. Der U.S. Supreme Court: „Central to the plea and the foundation for entering judgment against the defendant is the defendant’s admission in open court, that he committed the acts charged in the indictment“.²¹ Lässt man diese Unterschiede beiseite, bleibt aber nur der Schluss, dass das zugrunde liegende Prinzip identisch ist: eine mildere Strafe für ein Geständnis.²²

3. Der Verdacht des Mausehelns

Ein Weiteres ist identisch – der Verdacht des Mausehelns. Schuld und Strafe werden zur bloßen Ware und man kann

sich notfalls vom Strafrecht freikaufen.²³ Das Aushandeln der Strafe war auch in den USA ursprünglich ein Geheimverfahren.²⁴ *Miller* sprach in der ersten Ausgabe der *Southern California Law Review* von 1927 von einem „undercover system of criminal law administration“.²⁵ Dass auch Detlef Deal aus Mausehelns²⁶ kein Freund der Öffentlichkeit ist, bedarf keiner weiteren Begründung. Der BGH²⁷ betont deshalb, dass die Verständigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung stattfinden muss. Eine Absprache über den Schuldspruch sei dabei ausgeschlossen.²⁸ Der Zwang zur Öffentlichkeit gilt allerdings nicht für Vorgespräche, was deutlich macht, um was es eigentlich geht: Nicht die Verhandlung über das Ergebnis ist öffentlich, sondern das Ergebnis der Verhandlungen ist öffentlich mitzuteilen.

Der Boden, auf dem sich in den USA das plea bargaining ausbreitete, ist für die Verfechter eines solchen Systems dabei wenig erfreulich: Korruption. Die Unterhändler wurden treffend als „fixer“ bezeichnet.²⁹ Es ist deshalb wenig überraschend, dass in den 1920er Jahren in Chicago Verfahren zur Entlassung von Richtern eingeleitet wurden, *allein* weil sie im Austausch für guilty pleas Verbrechenanklagen auf solche wegen eines Vergehens reduziert hatten.³⁰ Ein Zitat aus der *Chicago Tribune* vom April 1928: Das plea bargaining System ist „an incompetent, inefficient and lazy method of administering justice“, eine Kritik, die in Berichten von „crime commissions“ geteilt wurde.³¹ Die Akzeptanz des plea bargaining ist also erst eine neuere Entwicklung, nichts, was tradierter Bestandteil des anglo-amerikanischen Strafverfahrens ist.³²

Die einzelstaatlichen Obergerichte in den USA waren zuvor außerordentlich kritisch gegenüber guilty pleas – und das ganz unabhängig von der Zusage strafmildernder Wirkungen. Zum Teil wurden Angeklagte geradezu gedrängt, eine guilty plea zurückzunehmen, und diese trotz späterer Wiederholung erst dann akzeptiert, nachdem Sheriff, Gefängniswärter und Ermittlungsrichter unter Eid versichert hatten, dass sie dem Angeklagten keine wie auch immer gearteten Vorteile für das

v. Agurs, 427 U.S. 97 (104) (1976); Moore v. Illinois, 408 U.S. 786 (794 f.) (1972).

¹⁸ Vgl. BGHSt 43, 195 (196, 203).

¹⁹ NStZ 1992, 167 (168); ders., NStZ 2007, 425 (431); vgl. auch *Ignor*, ZStW 119 (2007), 926 (931).

²⁰ NStZ 2007, 71 (78).

²¹ Brady v. U.S., 397 U.S. 742 (748) (1970).

²² BGHSt 43, 195 (203); *Langbein*, 13 Law and Society Rev. (1979), 261 (262). Der Gesetzentwurf des Bundesrates spricht von einem „mit Blick auf die Absprache [...] abgelegte[n] Geständnis“, BT-Drs. 16/4197, S. 3. Auf S. 14 ist von „Verschlankung des Prozessstoffs“ die Rede. Betont wird aber das Erfordernis einer an der Gesamtheit der Tatvorwürfe ausgerichteten schuldangemessenen Strafe.

²³ Vgl. bspw. BGH JR 2005, 161 (162 f.) (Haffa), insoweit in BGHSt 49, 381 nicht abgedruckt.

²⁴ *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 362 (1978): „[...] guilty plea and [...] plea bargain are important components of this country’s judicial system. [...] The open acknowledgment of this *previously clandestine practice* has led this court [...]“ (*Hervorhebung* von mir).

²⁵ Zitiert nach *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (233).

²⁶ StV 1982, 545.

²⁷ BGHSt 50, 40 (47); 43, 195 (205 f.).

²⁸ BGHSt 50, 40 (47); 43, 195 (204). Siehe auch den Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 16/4197, S. 2.

²⁹ *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (228).

³⁰ *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (232).

³¹ Zitiert nach *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (233).

³² *Alschuler*, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (233).

Eingeständnis der Tat in Aussicht gestellt hatten.³³ Ursprünglich war das amerikanische Strafverfahren damit vergleichsfeindlich,³⁴ und es kann keine Rede davon sein, dass es auf einem Aushandeln von Schuld und Strafe beruht.

4. Die faktische Notwendigkeit der Absprachen

Auch der liberale Supreme Court der 1960er Jahre unter Chief Justice *Earl Warren* nutzte mehrere Gelegenheiten nicht, das plea bargaining für unzulässig zu erklären – vielleicht gerade weil der Court die Rechte der Beschuldigten insgesamt deutlich gestärkt und damit auch einen Grund für längere und kompliziertere Verfahren gesetzt hatte.³⁵ Noch 1958 befürchteten aber anscheinend Befürworter des Systems, dass der Court doch so weit gehen könnte.³⁶

Grund für diese Zurückhaltung und schließlich für die verfassungsrechtliche Anerkennung des plea bargaining im Jahr 1970³⁷ waren zumindest auch ganz praktische Erwägungen. Beruhen mehr als ¾ aller Verurteilungen auf guilty pleas,³⁸ werden in manchen Gerichtsbezirken gar bis zu 99% aller Fälle so erledigt,³⁹ wäre die Befürchtung, die Strafrechtspflege könne bei Unzulässigkeit einer solchen Verfahrensweise zum Erliegen kommen, zumindest nicht fernliegend gewesen⁴⁰. Das gilt besonders, wenn man berücksichtigt, dass das amerikanische jury trial aufwändiger und formalisierter als eine Hauptverhandlung nach deutschem Recht ist.⁴¹ Dass in der Bundesrepublik dasselbe Argument vorgebracht wird – gerade im Wirtschaftsstrafrecht –, ist bekannt: Ohne Absprachen sei die Verfahrensflut⁴² nicht zu bewältigen, so dass man zum herkömmlichen Modell der streitigen Hauptverhandlung nicht zurückkehren könne.⁴³

³³ *Alschuler*, 13 *Law and Society Rev.* (1979), 211 (224 f.) mit zahlreichen Beispielen, insbesondere *Commonwealth v. Battis*, 1 *Mass.* 95 (1804).

³⁴ *Alschuler*, 13 *Law and Society Rev.* (1979), 211. Das gilt auch für das englische Recht, vielleicht beeinflusst durch die Todesstrafe als Regelstrafe und fehlende anwaltliche Beratung des Angeklagten, S. 217.

³⁵ *Alschuler*, 13 *Law and Society Rev.* (1979), 211 (239). Vgl. *Harms*, in: Griesbaum u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Justizgewährung*, Festschrift für Kay Nehm zum 65. Geburtstag, 2006, S. 289, 290.

³⁶ *Alschuler*, 13 *Law and Society Rev.* (1979), 211 (237). Vgl. auch *Weigend*, *Absprachen in ausländischen Strafverfahren*, 1990, S. 71.

³⁷ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970); *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (1970).

³⁸ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (752) (1970).

³⁹ *Langbein*, 46 *U.Ch.L.Rev.* (1978), 3 (9) für Detroit.

⁴⁰ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (753) (1970).

⁴¹ *Langbein*, 13 *Law and Society Rev.* (1979), 261 (269 ff.).

⁴² BGHSt 43, 195 (197). Siehe auch BT-Drs. 16/4197, S. 1, 8: Schonung der mitunter knappen Ressourcen der Justiz.

⁴³ BGHSt 50, 40 (53 f.); *Meyer-Göfner*, ZStW 119 (2007), 938 (942); *ders.*, NStZ 2007, 423 (429); vgl. *Burger*, in: *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257 (260) (1971): "If every criminal charge were subjected to a full scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply

III. Ein amerikanischer Fall: North Carolina v. Alford

1. Absprache und Geständniszwang – unklare Fälle

1970 entschied der U.S. Supreme Court den Fall *North Carolina v. Alford* und bestätigte damit endgültig die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen.⁴⁴ Alford wurde 1963 wegen Mordes (first degree murder) angeklagt. Nach dem damals geltenden Recht North Carolinas kam es wegen dieser Tat zu einem jury trial, wenn der Angeklagte sich „nicht schuldig“ bekannte. Verurteilte die jury den Angeklagten, war die Todesstrafe zu verhängen, es sei denn, sie empfahl lebenslange Freiheitsstrafe. Die Todesstrafe war hier also die Regel. Bei einer guilty plea im Hinblick auf die Mordanklage entfiel das jury trial. Die Strafe war dann lebenslange, bei einer guilty plea in Bezug auf Totschlag (second degree murder) zwei bis höchstens 30 Jahre Freiheitsstrafe.

Stellt man sich einen Angeklagten vor, dem der Staatsanwalt anbietet, er würde eine guilty plea oder ein Geständnis des Angeklagten für Totschlag akzeptieren und dann auf die Mordanklage verzichten, liegen die Bedenken gegen ein solches Verfahren geradezu auf der Hand. Es entsteht Zwang zur Abgabe einer guilty plea, um der möglichen Todesstrafe zu entrinnen, und zwar auch für diejenigen, die die Tat nicht oder nicht so wie angeklagt begangen haben. Wer das Risiko einer Verurteilung zum Tod vermeiden will, muss sich vernünftigerweise schuldig bekennen, auch wenn er unschuldig ist. Denn dass ein solches Risiko besteht, folgt schon aus der Anklage selbst, wenn sie nicht völlig aus der Luft gegriffen ist. Nimmt man hinzu, dass Alford u.a. wegen Totschlags mehrfach vorbestraft war,⁴⁵ wird die Entscheidung noch klarer. Wenig überraschend bekannte sich Alford schuldig.

Das Bestreiten der Tat, die Weigerung, eine guilty plea abzugeben, bekommt auf einmal einen Preis: das Risiko zu sterben. Das begründet Zwang, zu gestehen bzw. eine guilty plea abzugeben. Eben das ist aber sowohl nach deutschem als auch amerikanischem Verfassungsrecht unzulässig. Niemand darf dazu gezwungen werden, sich strafrechtlich selbst zu belasten.⁴⁶ Im amerikanischen Recht kommt hinzu, dass auch

by many times the number of judges and court facilities", mit *Meyer-Göfner*, ZStW 119 (2007), 938 (942 f.): „Alles, was [...] einen höheren Einsatz von Richtern erfordert, ist politisch nicht durchsetzbar.“

⁴⁴ 400 U.S. 25 (1970). Zu diesem Zeitpunkt gab es keine liberale Mehrheit im Court mehr. Die Mehrheitsmeinung verfasste Justice *White* für fünf Richter, concurring opinion by Justice *Black*, dissenting opinion by Justices *Brennan*, *Douglas*, *Marshall*.

⁴⁵ Unter anderem: Verbüßt wurden sechs Jahre einer zehnjährigen Haftstrafe wegen Totschlags, es gab neun Vorstrafen wegen bewaffneten Raubes, zudem Verurteilungen wegen Transports gestohlener Güter, Fälschung und Verstößen gegen das Waffengesetz.

⁴⁶ BVerfGE 56, 37 (43 ff.); siehe zuletzt EGMR StV 2006, 617 (621); StV 2003, 257 (259); BGH StV 2007, 509; ausdrücklich der 5. Zusatzartikel der Bill of Rights. Zum amerikanischen Recht, *Ransiek*, *Die Rechte des Beschuldigten in der Polizeivernehmung*, 1990, S. 23 ff.

das Recht auf ein jury trial verfassungsrechtlich ausdrücklich im sechsten Zusatzartikel der Bill of Rights verankert ist. Der U.S. Supreme Court erklärte deshalb 1968 eine bundesgesetzliche Norm, die den Angeklagten einem Geständniszwang wie dem gerade beschriebenen aussetzte, kurzerhand für verfassungswidrig.⁴⁷ Die Androhung der Todesstrafe bei Verweigerung einer guilty plea „imposes an impermissible burden upon the exercise of a constitutional right“.⁴⁸ Die bereits oben erwähnte Nähe zur Geständnisfolter bedarf deshalb keiner näheren Begründung.

Man wird einwenden, dass es sich wegen der Todesstrafe um einen Extremfall handelt, den es in der Bundesrepublik so nicht geben kann. Das ist zwar zutreffend. Aber der Fall verdeutlicht das Grundproblem der Urteilsabsprache: Geständniszwang. Immer dann, wenn es für ein Schuldeingeständnis eine Gegenleistung, insbesondere Strafmilderung gibt, entsteht zwangsläufig das Risiko, dass ein Unschuldiger sich zu Unrecht selbst belastet. Das Risiko mag manchmal größer, manchmal kleiner sein, ist aber nicht hinwegzudenken.

Schwächt man das gerade genannte Beispiel ab, bleibt deshalb das grundlegende Problem und das Dilemma für den Angeklagten dasselbe. In *Bordenkircher v. Hayes*⁴⁹ kündigte der Staatsanwalt dem Beschuldigten eine Anklage wegen Urkundenfälschung nach einem Gesetz an, nach dem für die dritte Verurteilung wegen eines Verbrechens (felony) zwingend lebenslange Freiheitsstrafe zu verhängen war. Diese Anklage konnte der Beschuldigte vermeiden, wenn er sich wegen der Urkundenfälschung schuldig bekannte und dafür eine fünfjährige Gefängnisstrafe akzeptierte. Gesetzlich vorgesehen war für diese Tat eine Freiheitsstrafe zwischen zwei bis zu zehn Jahren. Der durch die Fälschung entstandene Schaden betrug \$ 88.30.⁵⁰ Auch hier bedarf es keiner längeren Erläuterung, um einsichtig zu machen, dass nicht fern liegt, dass auch ein Unschuldiger sich dazu entscheidet, das Risiko einer schwereren Verurteilung durch eine guilty plea abzuwenden. Die eigentliche Straftat hatte damit einen „Wert“ von fünf Jahren, das „Vergehen“, auf einer Hauptverhandlung zu bestehen, hingegen von lebenslanger Freiheitsstrafe.⁵¹

Irgendein grundsätzlicher Unterschied beispielsweise zum Vorschlag *Meyer-Gofßners*, den Strafraumen dann gesetzlich zu halbieren, wenn der Angeklagte den Anklagevorwurf

anerkennt, ist nicht erkennbar.⁵² Geht man davon aus, dass auch die konkret verhängte Strafe die Hälfte beträgt, muss jeder Angeklagte diesen Vorteil abwägen. Nur wer sicher ist, unschuldig zu sein, und sich zudem sicher ist, das auch beweisen zu können, wird sich diese Chance entgehen lassen und die Risikovariante wählen.

Zu betonen bleibt, dass der Staatsanwalt in *Bordenkircher* jedenfalls nichts gesetzlich Unzulässiges in Aussicht stellte – die Voraussetzungen für eine Anklage mit drohender lebenslanger Strafe lagen vor. Wenn also der BGH betont, dass der Angeklagte nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden dürfe⁵³, so trifft das nicht das Entscheidende. Es ist gleichgültig, ob ein Vorteil nun gesetzlich vorgesehen ist oder nicht – entscheidend ist der entstehende Druck. Und Druck entsteht immer, wenn es eine (nicht gänzlich unbedeutende) Gegenleistung für ein Geständnis gibt. Es geht also nicht um die Unterscheidung zwischen unzulässigem und zulässigem Geständnisdruck, sondern Geständnisdruck ist unzulässig, weil er das Risiko falscher Selbstbelastung und einer falschen Verurteilung heraufbeschwört. Ob dabei allein der Nicht-Geständige einen Nachteil zu erleiden hat, weil er nicht gesteht, oder nur der Geständige einen Vorteil für sein Geständnis bekommt, bleibt sich dabei gleich. Eine Belohnung für den, der auf seine Verteidigungsrechte verzichtet, ist das Kernstück des Absprachesystems.⁵⁴

Dieses Risiko ist zwangsläufig mit Abspracheverhandlungen verbunden. Denn eine Vereinbarung, die die Strafhöhe und ein Geständnis zum Gegenstand hat, ist von vornherein nur sinnvoll, wenn sie vor Abschluss eines nach herkömmlichem Verständnis durchgeführten Hauptverfahrens getroffen, das Verfahren also abgekürzt wird. Sind sämtliche zur Verfügung stehenden Beweise in der Hauptverhandlung aufgenommen, sämtliche Beweisanträge abgehandelt und alle Aufklärungsmöglichkeiten ausgeschöpft, gibt es keinen Anlass, irgendein Einverständnis herbeizuführen.⁵⁵ Für die Prozessbeteiligten muss es überhaupt einen Grund geben, sich auf eine einverständliche Lösung einzulassen. Für den Angeklagten, der ein möglichst günstiges Ergebnis erreichen will, macht es keinen Sinn, ein Geständnis abzulegen, wenn er ohne Geständnis die Chance des Freispruchs behält. Er wird deshalb eine Gegenleistung dafür verlangen.⁵⁶ Gewiss: Denkbar ist natürlich, dass er die Tat bereut, seine Schuld eingestehen will. In solchen Fällen bedarf es aber erst gar keiner Absprache – dann geht es gerade nicht um eine Gegenleistung für das Schuldeingeständnis. Für diese Fälle braucht man keine Verständigung.

⁴⁷ U.S. v. Jackson, 390 U.S. 570 (1968). Opinion by Justice Stewart. Es wurde nicht das gesamte Gesetz für verfassungswidrig erklärt, sondern allein die Verhängung der Todesstrafe bei Verweigerung einer guilty plea.

⁴⁸ U.S. v. Jackson, 390 U.S. 570 (581) (1968).

⁴⁹ 434 U.S. 357 (1978).

⁵⁰ Der Angeklagte bekannte sich nicht schuldig. Danach erfolgten Anklage und Verurteilung nach dem genannten Gesetz. Der U.S. Supreme Court entschied nicht über den Zwang zur Abgabe einer guilty plea, sondern über die erfolgte Verurteilung.

⁵¹ Alschuler, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (242).

⁵² Meyer-Gofßner, NSTZ 2007, 425 (431). Das gilt im Prinzip natürlich auch, wenn der Strafnachlass geringer ist, etwa „nur“ 20-33% beträgt. So Altenhain/Hagemeier/Haimler, NSTZ 2007, 71 (78).

⁵³ BGHSt 43, 195 (204). So auch BVerfG NSTZ 1987, 419.

⁵⁴ Alschuler, 13 Law and Society Rev. (1979), 211 (231).

⁵⁵ Denkbar bleibt das Ziel, einen Rechtsmittelverzicht zu vereinbaren, was aber nach BGHSt 50, 40 unzulässig ist.

⁵⁶ Vgl. Meyer-Gofßner, NSTZ 1992, 167 (168).

Auch aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden und des Gerichts muss die Absprache vorteilhaft erscheinen, um sie in Erwägung zu ziehen. Der Vorteil besteht darin, dass ein unsicherer Ausgang des Verfahrens vermieden oder doch zumindest der zeitliche Aufwand beschränkt werden kann. Haben Staatsanwaltschaft und Gericht deshalb ihrerseits Interesse an einer Einigung, müssen sie dem Angeklagten aber etwas anbieten, damit dieser seinerseits die zum Erreichen des Ziels notwendige Leistung in Form eines Geständnisses erbringt: eine zumindest behauptete Strafmilderung und damit implizit die Androhung einer schärferen Strafe bei Verweigerung einer Einigung.⁵⁷

Gleichgültig ist damit, wer die Abspracheverhandlungen initiiert. Denn jeder Angeklagte – besser: sein Verteidiger – muss überlegen, ob er seine mögliche Leistung, das Geständnis, anbietet, um das Risiko schwererer Bestrafung abzuwenden. Das Risiko, bei Beharren auf der Hauptverhandlung schwerer bestraft zu werden, ist unvermeidlich in einem System, das Urteilsabsprachen erlaubt.⁵⁸ Besonders problematisch wird es natürlich, wenn die Absprache zu Lasten eines Dritten getroffen wird.⁵⁹

Daraus folgt: Immer dann, wenn Zweifel im Hinblick auf den tatsächlichen Geschehensablauf oder an dessen rechtlicher Bewertung bestehen, muss eine Urteilsabsprache unzulässig sein. Sonst muss man in Kauf nehmen, dass Unschuldige eine strafrechtliche Sanktionierung „freiwillig“ akzeptieren, um eine schärfere Sanktion zu vermeiden.⁶⁰ Dass Rechtsfragen in einem solchen System nicht mehr geklärt werden müssen und offen bleiben kann, ob überhaupt strafbares Verhalten vorlag, lässt sich an zwei prominenten Beispielen aus jüngerer Zeit belegen, die über eine Einigung im Rahmen des § 153a StPO erledigt wurden. So akzeptierte Altbundeskanzler Kohl nach § 153a StPO eine Geldauflage, obwohl das LG Bonn in seinem Einstellungsbeschluss offen ließ, ob der Tatbestand der Untreue nach § 266 StGB durch die Annahme und/oder die spätere Verwendung anonymer Spenden überhaupt vorlag.⁶¹ Das Gericht begründet ausführlich, warum die relevanten Rechtsfragen schwierig sind, mehr aber nicht. In der Mannesmann-Entscheidung⁶² blieb u.a. ungeklärt, wie der Irrtum der Angeklagten, die die Zahlung von Anerkennungsprämien an ausgeschiedene Vorstandsmitglieder anders als der BGH für zulässig hielten, rechtlich zu behandeln ist. Wir wissen, dass der BGH zum Verbotsirrtum neigt – mehr als eine Art Wasserstandsmeldung ist das nicht.⁶³ Kurz: In einem Absprachesystem reicht es aus, dass etwas strafbar sein könnte, ob es wirklich strafbar ist, kann dahinstehen.

2. Absprache und Geständniszwang - die klaren Fälle

Von Vertretern der Strafverfolgungsbehörden wird durchaus eingeräumt, dass es auch in schwierig gelagerten Fällen zu

Abreden kommt, um langwierige Verfahren einfacher zu gestalten.⁶⁴ Auf der anderen Seite werden aber die „glasklaren“ Fälle hervorgehoben, in denen der Tatnachweis erbracht sei und in denen man sehr schnell zu unproblematischen Absprachen komme – der Angeklagte gewinne hier und sei nicht Opfer von Geständnisdruck.⁶⁵ Betont wird, dass ohnehin nur in 4% aller angeklagten Fälle Freispruch erfolgt.⁶⁶ Lässt man einmal beiseite, dass bei den Verurteilten die mitgerechnet werden, die sich auf eine Absprache eingelassen haben,⁶⁷ und geht man davon aus, dass auch die verbleibenden 4% in Zukunft auf ein Abspracheangebot eingehen sollten, da die in Aussicht gestellte Strafmilderung besser als die „äußerst geringen“ Freispruchchancen einzuschätzen sind, würden aber eben diese zu Unrecht sanktioniert. Das aber sind nicht „nur“ 4%, sondern 4% zu viel. Genauer: Es könnte so sein, da im Nachhinein mangels detaillierter Klärung des Geschehens nur denkbar bleibt, dass bei „normaler“ Hauptverhandlung Freispruch erfolgt wäre.

Wenn man also von „glasklaren“ Fällen spricht, spiegelt das allein die Sichtweise der Staatsanwaltschaft und die des das Hauptverfahren eröffnenden Gerichts wider, die vielleicht meistens, jedoch nicht immer zutrifft. Nach Aktenlage⁶⁸ besteht eine hinreichende Verurteilungswahrscheinlichkeit i.S.d. §§ 170 Abs. 1, 203 StPO. Es besteht hinreichender Tatverdacht.⁶⁹ Aber nicht mehr.

Der *Große Senat* des BGH sieht durchaus die Gefahr, dass dem Aufklärungsgrundsatz des § 244 Abs. 2 StPO bei Absprachen nur eingeschränkt Rechnung getragen wird.⁷⁰ Immerhin darf das Gericht ein auf einer Absprache beruhendes Geständnis nicht einfach akzeptieren und wird deshalb verpflichtet, die Akten zu lesen und rechtlich zu bewerten.⁷¹ Wäre das Geständnis durch eine weitgehende Beweisaufnahme aber im Detail, vollständig, zu überprüfen, bestünde für das Gericht keine Veranlassung, sich auf die beim Strafmaß gewünschten Abstriche einzulassen.⁷² Im Vergleich zur herkömmlichen Hauptverhandlung ist die Geständniskontrolle also immer ein Weniger. Gewiss: Auch unabhängig von Absprachen besteht die Gefahr falscher Geständnisse. *Meyer-Goßner* hat sicher Recht, dass im Fall eines Geständnisses im Regelfall keine umfangreiche Beweisaufnahme durchgeführt wird.⁷³ Der Unterschied liegt aber darin, dass durch die Absprache ein *rechtlicher* Rahmen geschaffen wird, der selbst Anreize für unrichtige Geständnisse setzt, die dann nur eingeschränkt überprüft werden. Der U.S. Supreme Court umschreibt es in Übereinstimmung mit Rule 11 der Federal

⁶⁴ *Lichtenberg*, Bucerius L.J. 2007, 38 (40).

⁶⁵ *Lichtenberg*, Bucerius L.J. 2007, 38 (40). Vgl. auch *Schmitt*, GA 2001, 411 (414).

⁶⁶ *Meyer-Goßner*, ZStW 119 (2007), 938 (943).

⁶⁷ Vgl. die Schätzungen bei *Weigend*, JZ 1990, 774 (780) Fn. 85).

⁶⁸ *Schünemann*, ZStW 119 (2007), 945 (951).

⁶⁹ So *Meyer-Goßner* selbst, ZStW 119 (2007), 938 (943).

⁷⁰ BGHSt 50, 40 (51).

⁷¹ BGHSt 50, 40 (49).

⁷² *Schmitt*, GA 2001, 412 (421).

⁷³ *Meyer-Goßner*, NSTZ 2007, 425 (429).

⁵⁷ *Weigend*, JZ 1990, 774 (778).

⁵⁸ *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (364) (1978).

⁵⁹ Vgl. *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970).

⁶⁰ Zutreffend zum plea bargaining *Weigend* (Fn. 36), S. 68 ff.

⁶¹ LG Bonn NJW 2001, 1737 (1738 ff.).

⁶² BGH NJW 2006, 522.

⁶³ Zur Kritik vgl. *Saliger/Sinner*, ZIS 2007, 476.

Rules of Criminal Procedure deshalb treffender: Eine Absprache setzt nur voraus, dass überprüft wird, ob eine factual basis für die guilty plea besteht – mehr nicht.⁷⁴

Auch *North Carolina v. Alford* war nach diesen Kriterien ein „glasklarer“ Fall. Alford hatte sich nicht einfach so auf eine Absprache eingelassen. Sein Verteidiger befragte mit einer Ausnahme alle Zeugen, die ihm sein Mandant genannt hatte und die die Beteuerung seiner Unschuld substantiieren sollten. Diese Zeugen bestätigten aber Alfords Version des Geschehens gerade nicht, sondern belasteten ihn. Es gab starke Beweise für seine Schuld, kein Beweisanzeichen für seine Unschuld. Deshalb empfahl der Verteidiger die Abgabe einer guilty plea.

Bevor das Gericht die plea akzeptierte, wurde ein Polizeibeamter unter Eid vernommen, der die vorhandenen Beweise gegen Alford zusammenfasste. Zwei weitere Zeugen wurden gehört. Es gab zwar keine Augenzeugen des Verbrechens, aus den Aussagen folgte aber, dass Alford kurz vor dem Tod des Opfers seine Schusswaffe aus seinem Haus geholt hatte, seine Absicht geäußert hatte, das Opfer zu töten, und nach seiner Rückkehr erklärt hatte, er habe die Tat ausgeführt.⁷⁵ Nach den Zeugen sagte Alford selbst aus: Er habe die Tat nicht begangen, er bekenne sich aber schuldig, da ihm ansonsten die Todesstrafe drohe. Wörtlich:⁷⁶ „I pleaded guilty on second degree murder because they said there is too much evidence, but I ain't shot no man, but I take the fault for the other man. We never had an argument in our life and I just pleaded guilty because they said if I didn't they would gas me for it, and that is all“. An seinen Verteidiger gewandt: „You told me to plead guilty, right. I don't – I'm not guilty but I plead guilty“.⁷⁷ Immerhin wurde Alford noch selbst gehört – würde auch das entfallen, hätte er noch nicht einmal seine Unschuld beteuern können.

Ich behaupte nicht, dass Alford unschuldig war. Aber es stört, dass noch nicht einmal der Versuch unternommen wurde zu klären, wie Alford bei einer solchen Beweislage noch dazu kommt, seine Unschuld zu beteuern. Es fehlt eine Antwort auf die Frage, wieso Alford behauptet, nie Streit mit dem Opfer gehabt zu haben. Es fehlt eine Antwort darauf, wer der andere Mann sein soll. Es fehlt die Vernehmung aller

Zeugen, auch die des letzten, der vom Verteidiger noch nicht befragt worden war. Es fehlt die Möglichkeit, nachfragen zu können, wenn eventuelle Widersprüche oder Unklarheiten in den Zeugenaussagen zutage treten. Es fehlt die Möglichkeit, die Reaktion Alfords auf ihre Aussagen zu sehen, wenn gar nicht mehr öffentlich verhandelt würde. Es fehlt die Frage an Alford, wo er gewesen sein will, als die Tat geschah. Es fehlt die Möglichkeit zu erkennen, ob nicht vielleicht Alfords Verteidiger nur geschickt einen Revisionsgrund in einem aussichtslosen Verfahren schaffen wollte. Es fehlt die Überprüfung, ob der Fall wirklich „glasklar“ ist – und nicht nur für die Strafverfolgungsbehörden.

Da nach deutschem Recht bei Eröffnung des Hauptverfahrens i.d.R. weder die Verteidigung noch ein Richter sich persönlich mit den Zeugen auseinandersetzen konnten, die Zeugen nie gesehen haben, wenn nicht im Ermittlungsverfahren eine richterliche Vernehmung stattfand, die Zeugenaussagen nie im Zusammenhang gehört wurden, und deshalb eventuelle Widersprüche, Unsicherheiten oder Reaktionen auf Fragen etc. nicht eingeschätzt werden können, geht all dies bei einem Abspracheverfahren verloren.

Ich betone nichts Besonderes. Ich betone die Bedeutung einer öffentlichen Hauptverhandlung. Deshalb ist das jury trial eigens in der amerikanischen Bill of Rights als Grundrecht verankert und deshalb werden nach unserem Recht Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung⁷⁸ als Verfahrensmaximen verstanden, wobei auch das BVerfG das Öffentlichkeitsprinzip der Hauptverhandlung als Element des Rechtsstaatsprinzips begreift.⁷⁹ Deshalb ist die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit absoluter Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO. Deshalb besteht nach Art. 6 Abs. 1 EMRK Anspruch auf ein faires, öffentliches Verfahren. Deshalb gewährt Art. 6 Abs. 3d EMRK das Recht auf konfrontative, i.d.R. direkte Befragung eines Zeugen in öffentlicher Verhandlung.⁸⁰ Es geht um die Kontrolle⁸¹ durch die Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit – man kann sich selbst ein Bild machen. Dazu reicht es aber nicht aus, dass offengelegt wird, dass eine Absprache getroffen wurde, sondern die Inhalte, auf denen das Urteil beruht, müssen nachvollziehbar und kontrollierbar sein. Es ist allzu dürtig, wenn nur nachvollzogen werden kann, ob nach einer Absprache Geständnis und Rechtsfolge zueinander passen. Eine inhaltliche Kontrolle ist nur bei Beweisaufnahme in einer öffentlichen Hauptverhandlung möglich. In den meisten Fällen mag ein solches Verfahren nicht zu einer Änderung im Vergleich zur Anklage führen. Der Verdacht mag in aller Regel bestätigt werden. Darum geht es nicht. Es geht darum, dass er widerlegt werden kann.

⁷⁴ *North Carolina v. Alford*, 400 U.S. 25 (38 n. 10) (1970). Fed. Rule Crim. Proc. 11 lautet: “The court shall not enter a judgment upon a plea of guilty unless it is satisfied that there is a factual basis for the plea”.

⁷⁵ 400 U.S. 25 (26 ff.) (1970).

⁷⁶ 400 U.S. 25 (28 Fn. 2) (1970).

⁷⁷ Der Supreme Court hielt diese guilty plea trotzdem mit sechs zu drei Stimmen für wirksam, wobei insbesondere die anwaltliche Beratung Alfords hervorgehoben wird. Auch ein Angeklagter, der an seine Unschuld glaube oder Zweifel an seiner Schuld habe, könne vernünftigerweise folgern, dass eine jury von seiner Schuld überzeugt sein werde und er sich besser bei einer guilty plea stehe. Dass die drohende Todesstrafe allein eine guilty plea nicht unwirksam macht entschied der Court in *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970). Es gab dort keine Anhaltspunkte, dass Brady sich wegen der drohenden Todesstrafe schuldig bekannt hatte.

⁷⁸ Vgl. BGHSt 50, 40 (47); 43, 195 (205).

⁷⁹ BVerfG NJW 2001, 1633 (1635).

⁸⁰ EGMR NJW 2003, 2297; NJW 2003, 2893 (2894 Rn. 21); BGHSt 51, 150 (154 Rn. 16). Vgl. auch *Fischer*, NStZ 2007, 433 (436).

⁸¹ BGHSt 43, 195 (205); siehe auch *Hüls*, Polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit, 2007, S. 37 ff., 136 ff.

IV. Schluss

Absprachen im Strafprozess begründen notwendig Geständniszwang. In den unklaren Fällen wird deshalb immer die Gefahr heraufbeschworen, dass ein Unschuldiger bestraft wird. In den „glasklaren“ Fällen geht die mögliche Kontrolle des Verfahrensergebnisses durch alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit verloren. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb nicht den Fehler des amerikanischen Rechts wiederholen, aus faktischen Zwängen heraus ein Abspracheverfahren gesetzlich einzuführen, das dort von Kritikern als ineffizient und ungerecht bezeichnet wird.⁸² Zu betonen ist dabei mit *Fischer* auch, dass der Strafprozess ja nicht ohne, sondern trotz der Absprachen vor dem Zusammenbruch stehen soll.⁸³ Das heißt: Rückkehr zur alten StPO.⁸⁴

Wenn der U.S. Supreme Court zur Rechtfertigung der Absprachepraxis mit Blick auf die Verkürzung des Verfahrens formuliert: „[...] we cannot hold it unconstitutional [...] to extend a benefit to a defendant who in turn extends a substantial benefit to the state [...]“;⁸⁵ dann könnte man dem als Rechtfertigung der Zulässigkeit eines zivilrechtlichen Vergleichs ohne Bedenken zustimmen. Derjenige mag einem Vergleich zustimmen, wenn das für ihn die rationellere, schnellere oder billigere Methode ist, einen Konflikt zu beseitigen, als auf seiner eigenen Rechtsposition oder Sachverhaltssicht zu beharren. Bedenken gegen Absprachen im Strafprozess beruhen immer darauf, dass Strafrecht etwas Besonderes ist, ein Recht, das nicht der Disposition von Parteien unterliegt. Dann aber muss auch das, was unter Strafe gestellt ist, etwas Besonderes sein. Strafrechtliches Unrecht muss mehr sein als „the equivalent of spitting on the sidewalk“.⁸⁶ Nur dann ist die Ermittlung des wahren Sachverhalts zentral.⁸⁷ Das heißt: Beschränkung des materiellen Strafrechts.

⁸² *Scott/Stuntz*, 101 Yale L.J., 1909 (1992).

⁸³ NStZ 2007, 433 (435).

⁸⁴ *Harms* (Fn. 34), S. 289, 296.

⁸⁵ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (753) (1970).

⁸⁶ *Coffee*, 101 Yale L.J., 1875 (1881) (1992).

⁸⁷ BGHSt 50, 40 (48).