



Ruth King van den Beem

Festschrift für Ruth Rissing-van Saan
zum 65. Geburtstag

Festschrift für
RUTH RISSING-VAN SAAN
zum 65. Geburtstag
am 25. Januar 2011

herausgegeben von

Klaus Bernsmann
Thomas Fischer

De Gruyter

ISBN 978-3-89949-827-1
e-ISBN 978-3-89949-828-8

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2011 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen
∞ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Am 25. Januar 2011 vollendet die Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof Prof. Dr. *Ruth Rissing-van Saan* ihr 65. Lebensjahr. Diese Festschrift ist der Jubilarin aus Anlass ihres Ausscheidens aus dem aktiven Richterdienst am 31. Januar 2011 gewidmet.

Ruth van Saan wurde 1946 in Neuss geboren. Nach der Volksschule besuchte sie zunächst die Realschule (1956 bis 1960); dann wechselte sie auf das damals einzige staatliche Gymnasium für Mädchen in Neuss, eine katholische Klosterschule mit Internat, die sie als Externe besuchte. Aus der Zeit strenger – und wohl auch: enger – Aufsicht durch die das Institut leitenden Nonnen weiß sie bis heute Anekdoten zu erzählen. Das Abitur erlangte sie 1966.

Von 1966 bis 1970 studierte die Jubilarin Jura; zunächst drei Semester an der damals noch jungen Ruhr-Universität Bochum, sodann zwei Semester in Freiburg; dann wieder in Bochum, wo sie im Mai 1970 das erste Staatsexamen bestand. Ihre anschließende Referendarzeit unterbrach sie vom Herbst 1970 bis zum Januar 1973, um als wissenschaftliche Assistentin am strafrechtlichen Lehrstuhl von *Gerd Geilen* zu arbeiten; in dieser Zeit fertigte sie auch ihre Dissertation zum strafrechtlichen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Datenschutz. Wegen des sich lang hinziehenden Promotionsverfahrens konnte sie das Rigorosum jedoch erst 1978 ablegen. Bis Ende 1974 arbeitete sie während der restlichen Referendarzeit weiterhin im Rahmen einer Nebentätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin; im Dezember 1974 legte sie die Zweite Juristische Staatsprüfung ab.

1971 heiratete sie *Heinz-Josef Rissing*, einen promovierten katholischen Theologen und Lehrer für Geschichte, Religion und andere Fächer an Berufsbildenden Schulen. Er trat im Jahr 2006 als stellvertretender Leiter einer großen Berufsbildenden Schule in Bochum in den Ruhestand.

Zum 1. März 1975 trat die Jubilarin in den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Ihre Assessorenzeit verbrachte sie als Richterin in einer Zivilkammer des Landgerichts Bochum, als Staatsanwältin bei der Staatsanwaltschaft Bochum und als Strafrichterin beim Amtsgericht Bochum. 1978 wurde sie zur Richterin auf Lebenszeit ernannt und kehrte als Beisitzerin einer Wirtschaftsstrafkammer an das Landgericht Bochum zurück. 1979 wurde sie stellvertretende Vorsitzende einer Hilfsstrafkammer als Schwurgericht, später Vorsitzende dieser Kammer. Nebenamtlich leitete

sie bis 1983 Referendar-Arbeitsgemeinschaften im Strafrecht und war Prüferin im Ersten Staatsexamen.

Die in Nordrhein-Westfalen übliche „Erprobung“ für Beförderungsstellen fand in Form einer Abordnung an das Oberlandesgericht Hamm von Juni 1983 bis Februar 1984 statt. Nach Rückkehr an das Landgericht Bochum war *Ruth Rissing-van Saan* zunächst wieder Beisitzerin in einer Zivilkammer, nach Beförderung zur Vorsitzenden Richterin am Landgericht ab Oktober 1985 ein Jahr Vorsitzende einer Wirtschaftsstrafkammer, ab Ende 1986 bis Anfang 1989 Vorsitzende der Schwurgerichts-Strafkammer des Landgerichts, eine Position, die sie sich gewünscht hatte. Beisitzern und Verfahrensbeteiligten aus jener Zeit ist bis heute ihre kenntnisreiche und souveräne Verhandlungsleitung in guter Erinnerung. Sie selbst beschreibt diese Zeitspanne wegen der engen Verbindung zum praktischen Leben als ihre beruflich schönste Zeit. Aus den vielen Verfahren, die sie als Schwurgerichtsvorsitzende führte, sei hier nur der so genannte „Katzenkönig-Fall“ genannt, anhand dessen der Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz die bis heute geltenden Zurechnungsregeln für die mittelbare Täterschaft bei (vermindert) schuldhaft handelndem Tatmittler formulierte (vgl. BGHSt 35, 347).

Im November 1988 wurde *Ruth Rissing-van Saan* zur Richterin am Bundesgerichtshof gewählt; am 1. März 1989 wurde sie ernannt. Bis 2002 war sie sodann, mehr als 13 Jahre lang, Mitglied des 3. Strafsenats, ab September 1998 dessen Stellvertretende Vorsitzende. Im Juni 2002 wurde sie zur Vorsitzenden Richterin am Bundesgerichtshof ernannt und als Nachfolgerin von *Burkhard Jähnke* Vorsitzende des 2. Strafsenats, dem sie bis heute, also seit fast neun Jahren angehört. Den 2. Strafsenat führte die Jubilarin mit der ihr eigenen Entschlossenheit und Zugewandtheit durch ruhige wie durch stürmische Zeiten. Von 1998 bis zu ihrem Ausscheiden war sie Mitglied des Großen Senats für Strafsachen, seit 2007 auch Vorsitzende des Richter-Dienstgericht des Bundes, das als Revisionsinstanz in Dienstsachen der Richter aller Bundesgerichtsbarkeiten, der Bediensteten sowie des Bundesrechnungshofs zuständig ist. 12 Jahre lang war sie Mitglied des Präsidialrats des Bundesgerichtshofs.

In zahlreichen Veröffentlichungen zum materiellen und zum Strafprozessrecht hat *Ruth Rissing-van Saan* praxisrelevante Probleme des Strafrechts aufgegriffen. Schon 1993 gewannen die Herausgeber des Leipziger Kommentars zum StGB sie überdies als Mitarbeiterin der 11. Auflage des Großkommentars. Ihre 1998 vorgelegte Kommentierung der Konkurrenzregeln (§§ 52 bis 55 StGB), die sie in der aktuellen 12. Auflage fortgesetzt hat, gilt als Maßstab setzend. Für die 12. Auflage des Kommentars hat sie nicht nur zusätzlich weitere wichtige Teile der Kommentierung übernommen – insbesondere die zur Sicherungsverwahrung (erschieden 2008) sowie zu den

Tötungsdelikten (erscheint demnächst), sondern ist auch an Stelle von *Burkhard Jähnke* zum Kreis der Herausgeber getreten. Seit 1998 ist sie Mitglied der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbunds. Seit dem Wintersemester 2006 nahm die Jubilarin Lehraufträge zum Strafrecht an der Universität zu Köln wahr, ab Sommersemester 2008 an der Ruhr-Universität Bochum. Im Februar 2010 wurde sie dort zur Honorarprofessorin für die Fächer Strafrecht und Strafprozessrecht ernannt. Sie bietet Lehrveranstaltungen zu Themenbereichen des Besonderen Teils des materiellen Strafrechts an und ist an einer Veranstaltungsreihe zur Praxis der Strafverteidigung beteiligt.

Ihre Verbindung zu ihrer Heimatstadt hat die Jubilarin nie abgebrochen. Bochum blieb, auch wegen des Berufs ihres Ehemanns, einer von zwei Familienwohnsitzen, obwohl das Pendeln mit zusätzlichen Belastungen verbunden war. Eine Erkrankung der Wirbelsäule und eine daraus folgende Operation im Jahr 2006 meisterte *Ruth Rissing-van Saan* mit der ihr eigenen Disziplin, so dass sie schon bald wieder zu ihrem jährlichen Wanderurlaub nach Oberstdorf reisen konnte. Ein schwerer Schicksalsschlag traf sie, als eine seit langem bekannte Erkrankung ihres Ehemannes an Leukämie wieder auflebte, an der dieser, nach einer Zeit der Hoffnung und des gemeinsamen Kampfes, Anfang des Jahres 2009 verstarb.

Die Aufzählung biographischer Daten vermag einen Menschen gewiss nur umrisshaft und reduziert auf Umstände darzustellen, deren Bedeutung für das Leben der Person und der mit ihr verbundenen Menschen oft unsicher oder oberflächlich, jedenfalls aber nicht abschließend sein kann. Gleichwohl vermitteln sie einen Eindruck von den Entscheidungen, Bestrebungen und Einstellungen, der über äußere Zufälligkeiten hinausgeht. In *Ruth Rissing-van Saan* erkennen wir eine Frau, die mit großer Selbstdisziplin, hohem Arbeitsethos und Pflichtgefühl und Einsatz bis an die Grenzen der Belastbarkeit eine außergewöhnliche Karriere verwirklicht hat, in welcher ihre Begabungen und Wünsche zusammen fanden.

Wer näher und länger mit ihr zusammengearbeitet hat, kennt sie darüber hinaus als vielseitig interessierten, unkonventionellen und Neuem aufgeschlossenen, herzlichen und fürsorglichen Menschen. Für die Zeit nach ihrer Pensionierung hat sie viele Pläne. Herausgeber und Autoren wollen mit dieser Festschrift ihren Dank für die Zusammenarbeit, ihre Verbundenheit und ihren Wunsch zum Ausdruck bringen, dass der Jubilarin auch in der Zukunft gelingen möge, was sie erstrebt.

Karlsruhe und Bochum, im Januar 2011

Die Herausgeber

Inhalt

GERHARD ALTVATER

Kann nach der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren noch auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Urteilsabsprache zurückgegriffen werden?.....1

EKKEHARD APPL

Über die „Kunst des Urteilschreibens“.....35

CLEMENS BASDORF/URSULA SCHNEIDER/PETER KÖNIG

Zum Umgang des Revisionsgerichts mit § 64 StGB.....59

KLAUS BERNSMANN

Ermessensamtsträger oder Ermessensbeamter – Überlegungen zu § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB75

RÜDIGER DECKERS

Zur Zurückweisung eines Beweisantrages auf Einholung eines Sachverständigengutachtens wegen eigener Sachkunde des Gerichts - § 244 Abs. 4 S. 1 StPO – bei der Beurteilung der Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage - zugleich eine Besprechung von BGH - 2. Senat – JZ 2010, 471.....87

KLAUS DETTER

Einlassung mit oder durch den Verteidiger - Ein notwendiges Instrument effektiver Strafverteidigung?.....97

RALF ESCHELBACH

Regina Probationum115

THOMAS FISCHER

Spuren der Strafrechtswissenschaft. Eine Leseempfehlung.....143

GERD GEILEN

§ 127 StGB - Aktuell oder noch im Dornröschenschlaf?.....181

RAINER HAMM

Die (Verfahrens-)Rüge in der (Sach-)Rüge.....195

ERIC HILGENDORF

Digitale Außenprüfung und Strafrecht.....205

HANS JOACHIM HIRSCH

Zum aktuellen Stand der Diskussion über die Reform der
Tötungsdelikte.....219

TATJANA HÖRNLE

Einige kritische Bemerkungen zum Urteil des EGMR
vom 17.12.2009 in Sachen Sicherungsverwahrung.....239

KRISTIAN HOHN

„Freie“ und „unfreie“ Verfügungen über das Vermögen.....259

MATTHIAS JAHN

Untersuchungshaft und frühe Strafverteidigung im zweiten
Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts -
Die Neuregelung der Pflichtverteidigerbeordnung durch
das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts....275

CHRISTOPH KREHL

Vollzugslockerungen und Reststrafenaussetzung301

CLAUS KREß

Ruth Rissing-van Saans Begegnung mit dem Völkerstrafrecht.....317

KLAUS KUTZER

Vorausverfügter Verzicht auf lebenserhaltende Maßnahmen
und das Verbot der Tötung auf Verlangen.....337

ANDREAS MOSBACHER

Zur Zukunft der Widerspruchslösung -
Der Widerspruch als Zwischenrechtsbehelf -357

NORBERT NEDOPIL

Neurobiologie, forensische Psychiatrie und juristische Urteilsfindung -
die Grenze unserer Erkenntnismöglichkeiten im Einzelfall.....379

MARTIN NIEMÖLLER

Das Negativattest im Protokoll (§ 273 Abs. 1a Satz 3 StPO).....393

TIDO PARK

Einige verfassungsrechtliche Gedanken zum Tatbestand
der Marktmanipulation.....405

JÜRGEN PAULY

Zur Auslegung der Vorschriften über das
Hauptverhandlungsprotokoll.....425

JENS PEGLAU

Sicherungsverwahrung im Umbruch.....437

JOCHEN POHLIT

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum
Vollstreckungsmodell (BGHSt 52,124).....453

CHRISTOF PÜSCHEL

Boom der Insolvenzdelikte?.....471

PETER RIESS

Die schriftlichen Urteilsgründe des Tatrichters -

Materialien zur Reform des § 267 StPO.....491

THOMAS RÖNNAU

Schadensfiktionen in der Rechtsprechung der Strafgerichte.....517

HENNING ROSENAU

Die Neuausrichtung der passiven Sterbehilfe -

Der Fall *Putz* im Urteil des BGH vom 25. 06. 2010 – 2 StR 454/09.....547

SVENJA RUHS

Neue Wege für das Betrugsstrafrecht.....567

WILHELM SCHMIDT / KERSTIN FUHRMANN

„Siemens-Darmstadt“ (BGHSt 52, 323) und das internationale

Korruptionsstrafrecht.....585

BERTRAM SCHMITT

Zum Konfrontationsrecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK.....617

HEINZ SCHÖCH

Die „unterbelichtete“ Schadenswiedergutmachung gemäß

§ 46a StGB.....639

LOTHAR SENGE

Zwei Rechtsfragen aus dem Bereich der Nebenklage.....657

SVEN THOMAS

Strafbare Teilnahme an einer Untreue nach § 266 StGB bei
gegenläufigen Interessen?.....669

KLAUS TIEDEMANN

Generalklauseln im Wirtschaftsstrafrecht -
am Beispiel der Unlauterkeit im Wettbewerbsstrafrecht.....685

KLAUS ULSENHEIMER

Zur Strafbarkeit des Arztes beim „off-label-use“
von Medikamenten.....701

BRIAN VALERIUS

Zur Strafbarkeit des Dopings de lege lata und de lege ferenda.....717

HANS-JOACHIM WEIDER

Das Verbot der Verständigung über Maßregeln der
Besserung und Sicherung - § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO -.....731

THOMAS WEIGEND

Rechtsvergleichende Bemerkungen zur Wahrheitssuche
im Strafverfahren.....749

GEREON WOLTERS

Das gesetzliche Merkmal „durch den Raub“
in § 251 StGB.....767

FRANK ZIESCHANG

Das Konkurrenzverhältnis von Zustands- und Dauerdelikt.....787

GEORG ZIMMERMANN

Zur Verbesserung der Qualität der äußeren Leichenschau.....807

SCHRIFTENVERZEICHNIS

Ruth Rissing-van Saan.....823

AUTORENVERZEICHNIS.....825

Kann nach der gesetzlichen Regelung der Verständigung im Strafverfahren noch auf die bisherige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Urteilsabsprache zurückgegriffen werden?

GERHARD ALTVATER

I.

Am 4. August 2009 ist das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren in Kraft getreten.¹ Mit dem Vorhaben ist der Gesetzgeber einer Bitte des Bundesgerichtshofs nachgekommen. Der Große Senat für Strafsachen hatte ihn aufgerufen, die Zulässigkeit und - bejahendenfalls - die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Der Senat erachtete ein Tätigwerden des Gesetzgebers für erforderlich, weil die Versuche der obergerichtlichen Rechtsprechung, die zwischenzeitlich weit verbreiteten Urteilsabsprachen im Wege der systemimmanenten Korrektur von Fehlentwicklungen zu strukturieren oder unter Schaffung neuer, nicht kodifizierter Instrumentarien ohne Bruch in das gegenwärtige System einzupassen, nur unvollkommen gelingen konnten und die Gerichte stets von neuem an die Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung führten.² Der Gesetzgeber hat diesen Auftrag noch in der 16. Legislaturperiode in Angriff genommen. Dabei hat er gleichsam einen Mittelweg beschritten: Einerseits hat er die in der Praxis der Tatgerichte praeter oder contra legem entwickelte Urteilsabsprache unter der Bezeichnung Verständigung³ gesetzlich anerkannt. Andererseits hat er aber davon abgesehen, ein eigenständiges institutionalisiertes Verständigungsverfahren zu schaffen, das als „konsensuale“ Alternative neben das herkömmliche „streitige“ Strafverfahren treten konnte. Die Urteilsabsprache sollte vielmehr in das hergebrachte System des Strafverfahrens

¹ BGBl. I 2353.

² BGHSt 50, 40, 64.

³ Der Begriff Verständigung wurde in Abkehr vom bisherigen Sprachgebrauch gewählt, um den Eindruck zu vermeiden, dem Urteil liege eine quasi vertraglich bindende Vereinbarung zugrunde, vgl. BT-Drucks. 16/12310 S. 8.

integriert werden, wobei die bisherigen Verfahrensgrundsätze, insbesondere die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) „unberührt“ bleiben sollten.⁴ Der Gesetzgeber ist also den Weg weiter gegangen, den die Rechtsprechung bereits eingeschlagen hatte.

Die neuen Vorschriften beschränken sich auf die Beantwortung einiger zentraler Fragen; es geht ihnen insbesondere um Transparenz und um die Kontrolle der Praxis der Instanzgerichte. Eine erschöpfende Regelung des Verständigungsverfahrens enthalten sie nicht. Für die Praxis stellt sich deshalb zunächst die Frage, ob und in welchem Umfang die Rechtsprechung der Obergerichte zur Urteilsabsprache weiterhin anwendbar ist. Darum soll es in dem Beitrag gehen. Es geht weder um Fundamentalkritik an der Anerkennung eines quasivertraglichen Fremdkörpers im bisher weitgehend dispositionsfeindlichen, an Amtsermittlungsgrundsatz und Schuldprinzip ausgerichteten Strafverfahren noch um die möglicherweise verpasste Chance, ein näher am Konsens orientiertes eigenständiges Verfahren zu entwickeln.⁵ Die - gewiss spannende - Frage nach den verfassungsrechtlichen Grenzen der strafrechtlichen Sanktionierung auf konsensualer Grundlage werfe ich nicht auf. Ich wage mich auch nicht an die Prognose, ob die gesetzliche Neuregelung Entscheidendes an der bisherigen Praxis ändern wird oder ob die Instanzgerichte - wie bisher - ihre eigenen Wege abseits des Gesetzes beschreiten werden. Dafür mag einiges sprechen, weil die Missstände, die zur Verbreitung der Absprachen geführt haben, durch das neue Gesetz nicht behoben werden⁶ und weil zu befürchten ist, dass das Jahrzehnte währende Judizieren „*praeter legem*“ nicht ohne Einfluss auf die Rechtstreue der Beteiligten und auf die Bindungskraft des geschriebenen Rechts geblieben ist.⁷ Aber das ist nicht mein Thema. Mir geht es um die Prüfung, inwieweit unter der Geltung des neuen Rechts noch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden kann und inwieweit sie durch die gesetzliche Neuregelung überholt ist. Naturgemäß kann nicht alles erörtert werden, was binnen eines Vierteljahrhunderts zur Verfahrensabsprache judiziert worden ist. Ich beschränke mich deshalb auf einige zentrale Themen und gehe im Übrigen davon aus, dass dies genügt, um Verschränkungen zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung aufzuzeigen.

⁴ So der RegE, BT-Drucks. 16/12310 S. 8f.

⁵ Vgl. hierzu *Altenhain/Haimertl*, JZ 2010, 3327, 3328ff.

⁶ Fischer, *StraFo* 2009, 177, 187.

⁷ Zur geringen Akzeptanz der durch den Bundesgerichtshof entwickelten Leitlinien in der gerichtlichen Praxis, vgl. *Weider StV* 2003, 267; *Fischer StraFo* 2009, 177, 178ff.; vgl. auch *Harms FS Nehm* (2006) S. 289ff.

II.

I.

Weiterhin verbindlich ist unzweifelhaft die Rechtsprechung, die vom Gesetzgeber ohne inhaltliche Änderung festgeschrieben und in Gesetzesform gegossen wurde. Dies gilt etwa für die Pflicht, dem Angeklagten eine qualifizierte Rechtsmittelbelehrung zu erteilen,⁸ aber auch für die Entscheidung, keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist zu gewähren, wenn eine Belehrung, die dieser Anforderung entspricht, nicht erteilt wurde.⁹ Nunmehr regelt § 44 Satz 2 StPO diesen Sachverhalt, indem er auf andere Alternativen des § 35a StPO, nicht aber auf den neuen § 35a Satz 3 StPO verweist. Die frühere Rechtsprechung gewährte Wiedereinsetzung in die Frist zur Einlegung der Revision nur in eng begrenzten Ausnahmefällen, etwa dann, wenn ein Rechtsmittelverzicht Gegenstand der Absprache war und zugleich ein Irrtum des Angeklagten über deren Reichweite vorlag¹⁰ oder wenn der in der Absprache vereinbarte Verzicht im Vertrauen auf eine unwirksame und letztlich nicht eingehaltene Zusage abgegeben worden war.¹¹ Keine Wiedereinsetzung wurde hingegen gewährt, wenn der Angeklagte die Rechtsmittelfrist in der irrigen Annahme verstreichen ließ, er sei durch einen in der Absprache vereinbarten und deshalb unwirksamen Rechtsmittelverzicht gebunden.¹² Der auf der Unkenntnis der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruhende Irrtum über die Unwirksamkeit des Verzichts begründete keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO.¹³ Die Rechtsprechung war nicht immer konsequent. Ihr kann aber immerhin entnommen werden, dass Wiedereinsetzung nur in besonders gelagerten Fällen zu gewähren war, insbesondere dann, wenn ein zusätzlicher Vertrauenstatbestand vorlag, der von der Justiz geschaffen wurde oder von ihr zu verantworten war. Dies dürfte auch in Zukunft gelten: Der Rechtsirrtum wird weiterhin grundsätzlich zu Lasten des Irrenden gehen; Wiedereinsetzung wird nur dann zu gewähren

⁸ § 35a Satz 3 StPO; zum Inhalt der Belehrung vgl. BGH NStZ 2009, 282; zum Inhalt des Protokollvermerks BGH NStZ-RR 2009, 282.

⁹ So BGHSt 50, 40, 62f., der Große Senat für Strafsachen wollte die Vermutung des Nichtverschuldens nicht auf eine durch Richterrecht geschaffene Belehrungspflicht erstrecken; BGH NStZ-RR 2005, 271; wistra 2005, 468; 2006, 28; 146; 189.

¹⁰ BGHSt 45, 227, 233. Die Verständigung im Ausgangsverfahren zielte auf eine „Generalbereinigung“ ab; die Staatsanwaltschaft stimmte aber der hierzu erforderlichen Einstellung eines Ermittlungsverfahrens, das zur Zeit der Absprache weder dem Gericht noch dem Sitzungsvertreter bekannt war, nicht zu.

¹¹ BGH NStZ 1995, 556; vgl. auch wistra 2006, 231 zur nicht eingehaltenen Zusage als Wiedereinsetzungsgrund.

¹² BGH NStZ 2005, 582.

¹³ BGHSt 50, 40, 63; wistra 2005, 310; 2006, 28.

sein, wenn dies mit Blick auf die Anforderungen auf ein rechtsstaatliches Verfahren unabweisbar geboten ist. Bereits zum neuen Recht hat der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass die Unkenntnis des neuen § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO, der den Rechtsmittelverzicht nach einer Verständigung ausschließt, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist nicht begründen kann.¹⁴ Der Senat führt damit die bisherige Rechtsprechung bruchlos fort.

Dass eine Punktstrafe nicht Gegenstand der Verständigung sein kann,¹⁵ ergibt sich nunmehr aus dem Gesetz, das in ersichtlicher Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (nur) die Angabe einer Ober- und Untergrenze der Strafe zulässt und damit zugleich die konkrete Festlegung auf eine bestimmte Sanktion verbietet (§ 257c Abs. 3 Satz 2 StPO).¹⁶ Die Neuregelung weicht allerdings von der bisherigen Rechtsprechung ab, die nur die Angabe einer Obergrenze vorgesehen hatte.¹⁷ Die - bisweilen kritisierte¹⁸ - Regelung zwingt den Tatrichter, auch im abgesprochenen Urteil Ausführungen zur Strafzumessung zu machen und jedenfalls die dafür bestimmenden Umstände im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO darzulegen. Bei der Vereinbarung einer Punktstrafe könnte er sich dieser Aufgabe durch den Hinweis auf die Bindung der Verständigung entziehen, mit der Folge, dass die Strafzumessung in der Revisionsinstanz weithin unüberprüfbar würde. Der neue § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO schreibt jetzt das Verbot fest, Maßregeln der Sicherung und Besserung zum Gegenstand der Absprache zu machen; auch diese Vorschrift greift Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf,¹⁹ geht allerdings, soweit die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) erfasst wird, darüber hinaus. Ob der Gesetzgeber gut beraten war, auch Verständigungen über diese Maßregel zu verbieten, kann bezweifelt werden, zumal die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt im Ermessen des Gerichts steht, also disponibel ist und - soll sie erfolgreich

¹⁴ BGH, Beschl. v. 1. 4. 2010 - 4 StR 637/09.

¹⁵ BGHSt 43, 195, 206; 51, 84.

¹⁶ Vgl. BGHSt 51, 84; zur Auslegung der Vorschrift vgl. *Niemöller* in *Niemöller/Schlothauer/Weider* Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren § 257c Rn. 45; *SK-Velten* § 257c Rn. 21.

¹⁷ BGHSt 43, 195 hatte nur die Angabe einer Strafobergrenze vorgesehen, die erfahrungsgemäß auch ausgeurteilt wurde; künftig wird wohl die von der Staatsanwaltschaft als angemessen akzeptierte Strafuntergrenze den Rechtsfolgenausspruch bestimmen, vgl. *Meyer-Göfner* *Ergänzungsheft* (EH) zu StPO, 52. Aufl. § 257c Rn. 20. *Bittmann* wistra 2009, 414, 415 will die Vorschrift dahingehend verstehen, dass das Gericht entweder eine Ober- oder aber eine Untergrenze in Aussicht stellen kann; gegen diese - mit dem Wortlaut schwerlich in Einklang zu bringende - Auslegung streitet die Entwurfsbegründung, die von einem Strafraumen spricht, vgl. BT-Drucks 16/12310 S. S. 14.

¹⁸ Vgl. *Meyer-Göfner* EH § 257c Rn. 11.

¹⁹ So BGH Strafverteidiger 2006, 118.

verlaufen - in besonderem Maße der Mitwirkung des Verurteilten bedarf.²⁰ Zu der Frage, ob Verständigungen über die Aussetzung einer Unterbringung (§ 67b StGB), über die Dauer einer Sperre nach § 69a StGB oder über die Aussetzung eines Berufsverbots (§ 70a StGB) möglich sind,²¹ liegen - soweit ersichtlich - keine Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vor. Das neue Recht enthält sich einer ausdrücklichen Stellungnahme hierzu; die Gesetzesmaterialien sind nicht ergiebig. Ob diese Begleitentscheidungen vom Verbot des § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO erfasst werden, wird also von einer künftigen Auslegung der Vorschrift abhängen, die nicht ohne weiteres vorhersehbar ist. Dabei liegt ein enges Verständnis des Verbots nahe. Die Dauer der Sperrfrist steht im Ermessen des Gerichts; bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung von Maßregeln ist dem Tatrichter ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt. Beides erscheint grundsätzlich als ebenso verhandelbar, wie die Höhe einer Strafe oder die Aussetzung ihrer Vollstreckung. Auch die Forderung des Bundesgerichtshofs, wonach der Schuldspruch nicht Gegenstand der Verständigung sein dürfe,²² hat Eingang in das geschriebene Recht gefunden und gilt damit fort. Wie bisher bleiben allerdings Reichweite und Sinn des Verbots im Dunkeln. Ein Verbot von Vereinbarungen über die rechtliche Bewertung der Urteilsfeststellungen wäre sinnlos, weil sich diese Bewertung unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und für den gesetzgebundenen Richter nicht verfügbar ist: Dass ein Sachverhalt, der sämtliche Merkmale des Raubs enthält, nicht in einen Diebstahl „umgedeutet“ werden darf, ist eine Banalität, die der gesetzlichen Regelung nicht bedurft hätte. Hingegen ist eine Verständigung über die Urteilsfeststellungen nicht nur möglich, sondern meist auch erforderlich. Die im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Verständigung über ein Geständnis (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO) setzt Einvernehmen über den Inhalt der geständigen Einlassung voraus: Der Angeklagte teilt mit, was er gestehen will, das Gericht erklärt sich mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft bereit, dies als Urteilsgrundlage, gleichsam als die „prozessuale“ Wahrheit zu akzeptieren. Der dem Schuldspruch zugrunde zu legende Sachverhalt ist deshalb regelmäßig „Gegenstand“ der Verständigung; innerhalb der durch Akteninhalt und Aufklärungspflicht gezogenen Grenzen ist er konsensual

²⁰ Zweifelnd auch BGH NStZ 2000, 286, 287.

²¹ Der Entwurf der BRAK erachtete Verständigungen über diese Punkte für möglich, vgl. ZRP 2005, 239. Dass Absprachen über die Dauer der Sperre nach § 69a StGB in der amts- und landgerichtlichen Praxis an der Tagesordnung waren und wohl auch noch sind, ist sicher anzunehmen.

²² Vgl. BGHSt 43, 195, 204; 50, 40, 50; StV 2009, 274; BGH, Urt. vom 16. Juni 2005 - 3 StR 338/04, bei *Becker* NStZ-RR 2007, 2.

gestaltbar.²³ Gestaltbar ist der Schuldspruch ferner durch die Möglichkeiten der Teileinstellung und der Beschränkung der Strafverfolgung (§ 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2 StPO), die nach wie vor Gegenstand von Verständigungen sein können.²⁴

Das Entfallen der Bindung des Gerichts an die Absprache formuliert das Gesetz mit den Worten des Großen Senats, der die Voraussetzungen für die Lösung von der Verständigung gegenüber der früheren Rechtsprechung herabgesetzt hat.²⁵ In Gesetzesform gegossen ist nunmehr auch die vom Bundesgerichtshof²⁶ im Gegensatz zu einer beachtlichen Literaturmeinung²⁷ bejahte Notwendigkeit, die Staatsanwaltschaft in die Verständigung einzubinden. Damit wurde wohl die angemessene und richtige Entscheidung getroffen, weil der Übergang in das Verständigungsverfahren einen Einschnitt in die Hauptverhandlung bildet, der einer Verfügung über die Anklage gleichkommt und weil solche Verfügungen nach der klassischen Aufgabenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft und Gericht der Mitwirkung der Anklagebehörde bedürfen.²⁸ Das in der Rechtsprechung entwickelte Verbot, einen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand der Absprache zu machen,²⁹ ist zwar nicht ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen worden;³⁰ die Unwirksamkeit solcher Vereinbarungen ergibt sich aber nunmehr aus § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO, der den Rechtsmittelverzicht bei Urteilen, denen eine Verständigung vorausgegangen ist, ausschließt.

2.

Auf der anderen Seite steht Rechtsprechung, die ebenso unbestreitbar durch das neue Gesetz überholt ist. Dazu zählen etwa die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zur (grundsätzlichen) Wirksamkeit des Rechtsmit-

²³ Zur Umgehung des Verbots der Verständigung über den Schuldspruch durch einvernehmliche Geständnisse mit zweifelhaftem Wahrheitsgehalt, vgl. *Fischer StraFo* 2009, 177, 181; vgl. auch *Altenhain/Haimerl JZ* 2010, 337, 331.

²⁴ Vgl. RegE, BT - Drucks. 16/12310 S. 13; *Bittmann wistra* 2009, 414, 415.

²⁵ BGHSt 50, 40, 50, enger noch BGHSt 43, 195 (LS 2), der neue und schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten voraussetzen wollte.

²⁶ BGHSt 45, 312, 315; *NStZ* 2003, 563.

²⁷ *Meyer-Gofßner StPO*, 51. Aufl. Rn. 12 vor § 213 m. w. N.

²⁸ Die Entscheidung für das Verständigungsverfahren wiegt nicht weniger schwer als der Übergang in das Strafbefehlsverfahren nach § 408a StPO.

²⁹ BGHSt 43, 195 (LS 5); 50, 40 (LS 1).

³⁰ Der Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/12310, hatte dies in § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO noch ausdrücklich vorgesehen; dies ist durch den im Gesetzgebungsverfahren erweiterten § 302 Abs. 1 Satz 2, der die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts vorsieht, überholt. Zur Praxis: *Fischer StraFo* 2009, 177, 184.

telverzichts.³¹ Sie sind durch den bereits erwähnten § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO hinfällig geworden. Hier wird sich das Terrain der Auseinandersetzung auf Umgehungsversuche verlagern. Anzeichen dafür werden schon jetzt sichtbar: In einem bereits zum neuen Recht ergangenen Beschluss hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs entschieden, dass eine Revision auch dann vor Ablauf der Einlegungsfrist zurückgenommen werden kann, wenn dem Urteil eine Verständigung vorausgegangen ist. Die Rücknahmeerklärung führt die Rechtskraft unmittelbar herbei, denn sie enthält den Verzicht auf die Wiederholung des Rechtsmittels³² und führt dazu, dass die erneute Einlegung innerhalb der noch offenen Rechtsmittelfrist nicht mehr zulässig ist.³³ Der Senat deutet allerdings an, dass er ein ausschließlich auf die Umgehung des § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO abzielendes Verhalten nicht akzeptieren will. Ob ein solcher Missbrauchsfall vorliegt, der die Unwirksamkeit der Revisionsrücknahme zur Folge haben könnte, wird vor dem Hintergrund der jeweiligen Interessenlage zu bewerten und im Einzelfall zu entscheiden sein, etwa danach, ob der Angeklagte ein nachvollziehbares Interesse an der sofortigen Rechtskraft hat. Durch § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO überholt ist ferner die differenzierende und nicht immer einheitliche Entscheidungspraxis zur Frage der Verwertung eines absprachegemäß abgelegten Geständnisses im Falle des Scheiterns der Verständigung.³⁴ Weiterhin aktuell dürfte hingegen die Rechtsprechung des BGH sein, wonach Geständnisse, die im Falle des Scheiterns einer Absprache nicht verwertet werden dürfen, gleichwohl strafmildernd zu berücksichtigen sind.³⁵

Nicht im strengen Sinne überholt, indessen weitgehend bedeutungslos geworden ist die Pflicht, dem Rechtsmittelberechtigten eine qualifizierte Belehrung zu erteilen.³⁶ Sie findet sich zwar in dem neuen § 35a Satz 3 StPO wieder; ein Verstoß ist aber folgenlos, weil der Rechtsmittelverzicht unabhängig von der Belehrung stets unwirksam ist (§ 302 Abs. 1 Satz 2 StPO) und weil die Fiktion des Nichtverschuldens nach der Neufassung des § 44 Satz 2 StPO für solche Verstöße nicht gilt, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Belehrungsmängeln also nicht gewährt wird.³⁷ Ersichtlich handelt es sich um ein weitgehend inhaltslos gewordenes Relikt aus dem

³¹ BGH NStZ 2004, 164; BGHSt 50, 40, 57 ff.; die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts wurde angenommen, wenn entweder keine qualifizierte Belehrung erfolgt war oder der Angeklagte durch unzulässigen Druck zur Abgabe der Erklärung genötigt worden war, vgl. BGH NJW 2004, 1885.

³² BGHSt 10, 245.

³³ BGH StV 2010, 346

³⁴ Zum Regelungsbedarf vgl. BGHSt 50, 40, 51.

³⁵ BGHSt 42, 191.

³⁶ BGHSt 50, 40, 61.

³⁷ In diesem Sinne bereits BGHSt 50, 40, 62f.

ursprünglichen Regierungsentwurf, der - insoweit im Einklang mit der Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen - die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts noch an die qualifizierte Belehrung knüpfen wollte.³⁸ Die Vorschrift sollte überdacht werden: Bei einem verteidigten Angeklagten bringt das Gebot der qualifizierten Belehrung Zweifel an Redlichkeit oder Fähigkeit des Verteidigers zum Ausdruck; sie wirkt deshalb diskriminierend, ohne dass dafür ein tragfähiger Grund zu ersehen wäre.³⁹ Dies legt es nahe, das Gebot der qualifizierten Belehrung auf die Fälle zu beschränken, in denen der Angeklagte keinen Verteidiger hat und deshalb der Belehrung bedarf. Ich bemerke dies, obwohl das Gebot der qualifizierten Belehrung vom Bundesgerichtshof gerade für Fälle der notwendigen Verteidigung entwickelt wurde.

Mit den Regelungen der §§ 202a, 212 StPO, die informelle Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung ausdrücklich zulassen, tritt das Gesetz den Bedenken entgegen, die der Bundesgerichtshof in seiner älteren Rechtsprechung gegen solche Kontakte zwischen den Verfahrensbeteiligten und dem Gericht geäußert hatte.⁴⁰ Im Einklang mit der aktuellen Rechtsprechung wird zugleich klargestellt, dass Gespräche dieser Art nicht den Vorwurf der Befangenheit rechtfertigen.⁴¹ Verboten ist allerdings die gezielte Umgehung eines Verfahrensbeteiligten. Die unfaire Nichtbeteiligung an Vorbesprechungen zur Verfahrenserledigung oder die Täuschung über die Verbindlichkeit einer unwirksamen Zusage kann die Besorgnis der Befangenheit des beteiligten Richters begründen.⁴² Im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung⁴³ sieht das Gesetz keinen Anspruch der Verfahrensbeteiligten auf ein Rechtsgespräch vor; es räumt dem Gericht insoweit kumulativ Ermessen („kann“) und einen nicht überprüfbaren Beurteilungsspielraum („geeignet erscheint“) ein.⁴⁴

³⁸ Vgl. den ersichtlich an BGHSt 50, 40 anknüpfenden § 302 Abs. 1 Satz 2 i. d. F. des Entwurfs der Bundesregierung, BT-Drucks 16/12310 S. 6.

³⁹ Kritisch auch *Nehm* StV 2007, 549, 552; allein der Umstand, dass der Verteidiger an der Absprache ein eigenes Interesse haben kann (vgl. etwa die Untersuchung von *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1901), rechtfertigt den in der Vorschrift zum Ausdruck kommenden Generalverdacht nicht.

⁴⁰ Vgl. etwa BGH NStZ 1994, 196; 1997, 561; *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625, 2627 empfehlen, die Initiative zu Verständigungsgesprächen dem Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft zu überlassen.

⁴¹ So der RegE, BT-Drucks. 16/12310 S. 13 zum Rechtsgespräch in der Hauptverhandlung; zur Zulässigkeit von Kontakten zwischen Gericht und Verteidigung außerhalb der Hauptverhandlung vgl. BGH NStZ 2008, 172.

⁴² Vgl. BGH NStZ 2003, 563.

⁴³ BGHSt 43, 212.

⁴⁴ Kritisch hierzu *SK-Velten* § 257b Rn. 2.

3.

Eine weitere Gruppe bilden die Regelungen des neuen Gesetzes, die kein Vorbild in der Rechtsprechung finden. Dazu zählen in erster Linie die umfassenden Dokumentations- und Aufklärungspflichten der § 160b Satz 2, § 202a Satz 2 auch in Verbindung mit § 212, § 267 Abs. 3 Satz 5, § 273 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1a StPO.

Der bisherigen Rechtsprechung waren keine umfassenden Pflichten zur Dokumentation von Gesprächen mit dem Ziel einer verfahrensbeendenden Absprache zu entnehmen; lediglich das Ergebnis einer Absprache in der Hauptverhandlung musste als wesentliche Förmlichkeit in das Protokoll aufgenommen werden.⁴⁵ Zur Reichweite der Beweiskraft dieser Protokollvermerke lagen divergierende Entscheidungen der Strafsenate vor. Nach der überwiegenden Rechtsprechung war infolge der negativen Beweiskraft mit dem Schweigen des Protokolls bewiesen, dass eine Absprache nicht stattgefunden hatte (§ 274 StPO).⁴⁶ Vereinzelt finden sich allerdings auch Entscheidungen, die in der fehlenden Protokollierung kein Hindernis für die freibeweisliche Feststellung einer (unzulässigen) Absprache in der Revisionsinstanz sahen.⁴⁷ Das neue Recht führt die Streitfrage einer differenzierenden Lösung zu: Enthält das Protokoll die in § 273 Abs. 1a Satz 1 StPO bezeichneten Feststellungen, so stehen Ablauf, Inhalt und Ergebnis der Verständigung fest, denn es handelt sich um wesentliche Förmlichkeiten im Sinne des § 274 Satz 1 StPO. Vergleichbares gilt für das sog. Negativattest des § 274 Abs. 1a Satz 3 StPO;⁴⁸ hier erstreckt sich die formelle Beweiskraft des Protokolls auf die dokumentierte Feststellung, eine Verständigung habe nicht stattgefunden.⁴⁹ Schweigt die Niederschrift, enthält sie also weder die Feststellung einer Verständigung noch die Feststellung, eine Verständigung habe nicht stattgefunden, so liegt eine offensichtliche Lücke vor, die Feststellungen im Freibeweisverfahren ermöglicht bzw. gebietet.⁵⁰ Die formelle Beweiskraft des Protokolls gilt nur im anhängigen Verfahren für

⁴⁵ Vgl. etwa BGHSt 43, 195, 206.

⁴⁶ BGH NSTZ 2004, 342; 2007, 355.

⁴⁷ BGHSt 45, 227, 228 (4. Strafsenat) zur unzulässigen Vereinbarung einer Punktsstrafe, mit dem bemerkenswerten Argument, die Beweiskraft des Protokolls hindere die freibeweisliche Feststellung eines rechtlich unzulässigen Geschehens nicht; der 3. Strafsenat hat die Frage der absoluten Beweiskraft des Protokolls aufgeworfen, letztlich aber nicht entschieden (vgl. NSTZ-RR 2007, 245f. zum Beweiswert eines abgesprochenen Geständnisses).

⁴⁸ So der RegE, BT-Drucks. 16/12310 S. 15; *Jahn/Müller* NJW 2009, 2630; nunmehr BGH StV 2010, 346; *Bittmann* wistra 2009, 416 will hingegen nur den gescheiterten Verständigungsversuch in das Protokoll aufnehmen.

⁴⁹ BGH StV 2010, 346.

⁵⁰ Vgl. *Meyer-Goßner* a.a.O. § 274 Rn. 17.

das Gericht höherer Instanz.⁵¹ Hinsichtlich des Nachweises von Absprachen, die in anderen Verfahren stattgefunden haben, ist deshalb zu differenzieren: Geht es um die Prüfung der Glaubhaftigkeit einer (möglicherweise) abgesprochenen Aussage, gilt das Strengbeweisverfahren; Beweisanträge sind nach § 244 Abs. 3 bis 6 StPO zu verbescheiden.⁵² Geht es - etwa mit Blick auf § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO - nur um die Verwertbarkeit einer Aussage, mithin um eine nur prozessual erhebliche Tatsache, so ist dies im Freibeweisverfahren, d. h. ohne Bindung an das formelle Beweisantragsrecht zu klären.⁵³

Mit § 160b StPO, der Absprachen im Ermittlungsverfahren zum Gegenstand hat, hat der Gesetzgeber Neuland betreten. Das neue Gesetz regelt den Inhalt solcher Absprachen nicht; angesprochen wird nur die (selbstverständlich schon vorher gegebene) Möglichkeit, den Verfahrensstand zu erörtern und die (neue) Pflicht, den wesentlichen Inhalt solcher Erörterungen aktenkundig zu machen. Die Begründung des Regierungsentwurfs stellt klar, dass das Gesetz damit nicht nur rein informative Gespräche im Sinne einer Bestandsaufnahme meint, sondern dass es auch um einvernehmliche Regelungen über Fortgang und künftige Gestaltung des Ermittlungsverfahrens gehen kann; im Gesetzeswortlaut wird dies durch die Voraussetzung verdeutlicht, wonach solche Gespräche geeignet sein sollen, das Verfahren zu fördern.⁵⁴ Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Absprachen im Ermittlungsverfahren hält sich in überschaubaren Grenzen, weil nicht das Ermittlungsverfahren, sondern die Hauptverhandlung im Fokus der Revision steht. Zusagen der Ermittlungsbehörden wurden danach nahezu ausschließlich unter dem Blickwinkel der Verwertungsverbote, insbesondere des § 136a Abs. 3 StPO gewürdigt.⁵⁵ Entscheidungen, die fehlgeschlagene Absprachen im Ermittlungsverfahren zum Gegenstand haben, sind vereinzelt geblieben; wesentliche Fragen sind noch offen. Nicht abschließend geklärt ist etwa, wie der Fall zu behandeln ist, dass die Staatsanwaltschaft an ihrer Zusage nicht mehr festhalten will, wenn der Angeklagte ein Rechtsmittel zurückgenommen hat im Vertrauen auf das Versprechen der Staatsanwaltschaft, sie werde der Einstellung eines anderen Verfahrens zustimmen: Nach einer älteren Entscheidung des 3. Strafsenats soll der Bruch der Zusage grundsätzlich nicht zu einem Verfahrenshindernis führen, sondern lediglich als bestimmender und deshalb gem. § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO ausdrücklich zu erörternder Umstand bei der Strafzumessung zu be-

⁵¹ BGHSt 26, 281, 286.

⁵² BGH NStZ-RR 2007, 116.

⁵³ BGHSt 16, 164, 166.

⁵⁴ BT-Drucks. 16/12310 S. 11/12.

⁵⁵ In Betracht kommt insbesondere das Versprechen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile, vgl. hierzu die Beispiele bei *Meyer-Göfner* a.a.O. § 136a Rn. 23.

rücksichtigen sein.⁵⁶ Weitergehend will eine neuere Entscheidung desselben Senats unter dem Blickwinkel der Verfahrensfairness ein Verfahrenshindernis nicht ausschließen, wenn eine angemessene Kompensation auf andere Weise nicht möglich ist.⁵⁷ In beiden Fällen war die Zusage der Staatsanwaltschaft allerdings in eine Absprache eingebunden, die ein gerichtlich anhängiges Verfahren betraf und die unter Mitwirkung des Gerichts zustande gekommen war. Auf Zusagen der Staatsanwaltschaft, die nicht in diesem Kontext stehen, kann diese Rechtsprechung nicht ohne weiteres übertragen werden.

Eine Pflicht, Vorgespräche im Ermittlungsverfahren aktenkundig zu machen (§ 160b Satz 2 StPO), wurde in der Literatur zwar erörtert,⁵⁸ die Rechtsprechung hatte diese Forderung indessen bisher nicht aufgegriffen. Das Gesetz betritt deshalb auch insoweit Neuland. Die Grenzlinie zwischen Erörterungen, die zu dokumentieren sind, und zwischen bloßen Kontaktaufnahmen und Auskünften, die dessen nicht bedürfen, wird in der Praxis allerdings noch zu ziehen sein. Den Gesetzesmaterialien kann hierzu wenig entnommen werden. Der Regierungsentwurf sieht den Sinn der Regelung darin, dass Erörterungen für die Beteiligten von Gewicht sein können „besonders im Hinblick auf die dabei möglicherweise erzielten Ergebnisse und den weiteren Verfahrensablauf“ und dass die Fixierung in den Akten Streitigkeiten über das „Ob und Wie solcher Gespräche“ vorbeugen soll.⁵⁹ Man wird dem entnehmen können, dass nur Erörterungen von Gewicht zu dokumentieren sind, etwa solche, die ein Ergebnis haben, das das künftige Verfahren beeinflussen kann.⁶⁰ Die bloße Anfrage des sachbearbeitenden Staatsanwalts beim Verteidiger, ob mit einem Geständnis zu rechnen sei, gehört dazu nicht. Einschränkend sollten auch die Dokumentationsgebote der §§ 202a, 212 StPO ausgelegt werden. Da es nicht darum gehen kann, jeden Kontakt zwischen dem Gericht und den Verfahrensbeteiligten zu formalisieren, erscheint es angezeigt, diese Vorschriften im Licht der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 StPO auszulegen: Danach sind jedenfalls solche Gespräche in den Akten festzuhalten, die die Möglichkeit einer Verständigung zum Gegenstand haben oder dazu führen können. Darüber hinaus sollte Zurückhaltung walten: Zu weitgehende Dokumentations- und Erörterungspflichten werden von der Praxis entweder nicht ernst genommen

⁵⁶ BGHSt 37, 10, 14 m. Anm. Gatzweiler NStZ 1991, 46; Weigend JR 1991, 257; Scheffler wistra 1990, 319.

⁵⁷ BGH NStZ 2008, 416.

⁵⁸ Vgl. etwa Meyer-Goßner a.a.O. Rn. 18 vor § 213.

⁵⁹ Vgl. BT-Drucks. 16/12310 S. 11.

⁶⁰ Vgl. Bittmann wistra 2009, 414; Meyer-Goßner EH § 160b Rn. 8; Schlothauer in Niemöller/Schlothauer/Weider Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren § 160b Rn. 23f., § 202a Rn. 21.

oder als lästig empfunden. Sie können ein Hindernis für den von Gesetzgeber gewünschten offenen Verhandlungsstil⁶¹ bilden. Ferner kann die Bekanntgabe gescheiterter Gespräche zu Spekulationen in der Öffentlichkeit führen; der Angeklagte kann einen nachhaltigen Imageverlust erleiden.⁶²

Neuland betritt das Gesetz schließlich mit der Pflicht, die Verständigung in den Gründen des Urteils festzuhalten (§ 267 Abs. 3 Satz 5 StPO). Der Hinweis stellt die erforderliche Transparenz her und kann bei der Gewichtung des Beweiswerts der Urteilsgründe hilfreich sein. Über das Strafverfahren hinaus gilt das vor allem im Disziplinar- und im berufsgerichtlichen Verfahren, so etwa bei der Frage, ob die für einen Lösungsbeschluss (§ 57 Abs. 1 Satz 2 BDG; § 84 Abs. 1 Satz 2 WDO § 118 Abs. 3 Satz 2 BRAO; § 109 Abs. 3 Satz 2 StBerG) erforderlichen Zweifel oder Bedenken gegen strafgerichtliche Feststellungen begründbar sind.⁶³ Formelle Beweiskraft hat der Hinweis in den Urteilsgründen nicht; der Inhalt des Protokolls geht vor.⁶⁴ Der Vermerk dient nicht der verfahrensinternen Überprüfung der Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz. Er ist deshalb auch bei unmittelbarer Rechtskraft der Entscheidung in das abgekürzte Urteil aufzunehmen (§ 267 Abs. 4 Satz 2 StPO). Fehlt der Hinweis, macht das die Beweiswürdigung nicht lückenhaft und bereits deshalb angreifbar; für die Revision ist ein Verstoß gegen die Mitteilungspflicht folgenlos.

Die Pflicht, den Angeklagten über Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichts von der Verständigung zu belehren (§ 257c Abs. 5 StPO), sollte nach der ursprünglichen Konzeption des Referentenentwurfs den Angeklagten vor den dort noch wesentlich gewichtigeren Risiken der Urteilsabsprache warnen. Der Entwurf sah nämlich vor, dass die Verwertung des abgesprochenen Geständnisses des Angeklagten auch im Falle des Scheiterns der Absprache nicht „grundsätzlich“ ausgeschlossen sein sollte.⁶⁵ Unterblieb die Belehrung, sollte dies dazu führen, dass das Geständnis des Angeklagten nur mit dessen Einverständnis verwertet werden konnte (§ 257c Abs. 5 Satz 2 StPO in der Fassung des Referentenentwurfs). Demgegenüber enthält der insoweit Gesetz gewordene Regierungsentwurf ein Verwertungsverbot für das abgesprochene Geständnis, wenn die Bindung des Gerichts an die Verständigung entfällt (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO), und zwar unabhängig davon, ob der Angeklagte belehrt wurde oder nicht. Dadurch hat die Vorschrift die ihre ursprünglich beigelegte Bedeutung verloren. Der Verstoß gegen die Belehrungspflicht ist nunmehr folgenlos: Löst

⁶¹ BT-Drucks. 16/12310 S. 12.

⁶² Bittmann aaO S. 414; Fischer StraFo 2009, 177, 186.

⁶³ Vgl. BVerwG Urt. v. 14.3.2007 - 2 WD 3/06 zit. nach juris.

⁶⁴ Vgl. Niemöller in Niemöller/Schlothauer/Weider, aaO § 267 Rn. 10 (S. 129).

⁶⁵ § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO-RefE; ähnlich § 243 Abs. 6 Satz 3 StPO i. d. F. des Bundesratsentwurfs, BT-Drucks. 16/4197.

sich das Gericht von der Verständigung, ist das Geständnis des Angeklagten schon von Gesetzes wegen nicht verwertbar; auf die Belehrung kommt es nicht an. Ergeht hingegen ein vereinbarungskonformes Urteil, hat sich die Gefahr, vor der der Hinweis warnen sollte, nicht verwirklicht. Die rein abstrakte Möglichkeit, dass sich der Angeklagte nicht geäußert hätte, wenn er - grundlos - den Widerruf der Verständigung befürchtet hätte, liegt außerhalb des Schutzbereichs der Norm; ein Verwertungsverbot kommt in diesem Fall nicht in Betracht.⁶⁶

4.

Daneben stehen Fallgestaltungen, die in der Rechtsprechung eine Rolle gespielt haben, die aber vom Gesetz nicht oder nur rudimentär geregelt werden.

a.

Dies gilt zunächst für den Inhalt möglicher Verständigungen. § 257c Abs. 2 StPO regelt die Leistungen, die zum Gegenstand einer Verständigung gemacht werden können, nur bruchstückhaft und stellenweise unklar.

Für das Gericht wird der der Verständigung zugängliche Verfahrensstoff durch die angeklagte Tat eingegrenzt, die im Sinne des § 264 StPO Gegenstand der Urteilsfindung ist (§ 257c Abs. 2 Satz 1 StPO), denn nur sie unterliegt der Kognition und der Verfügungsbefugnis des Tatrichters. Entsprechend der bisherigen Rechtsprechung sind Zusagen, die über diesen Bereich hinausweisen, nicht zulässig.⁶⁷ Nach der Begründung des Regierungsentwurfs sind daneben Zusagen der Staatsanwaltschaft möglich, für die dieser Grundsatz nicht gelten soll.⁶⁸ Gesetzlich geregelt wird die Einbindung solcher Zusagen in die Verständigung allerdings nicht.

Seitens des Gerichts beschränkt sich der Katalog möglicher Zusagen auf die Rechtsfolgen, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können und auf sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren (§ 257c Abs. 2 Satz 1). Unzulässig sind danach Zusagen, die das Vollstreckungsverfahren betreffen;⁶⁹ auch das entspricht der bisherigen Rechtsprechung.⁷⁰ Eine weitere, grundlegende Einschränkung ergibt sich daraus, dass das Gesetz die Verständigung nicht

⁶⁶ A. A. *Weider* in Niemöller/Schlothauer/Weider a.a.O. S. 183, der den einfachen Kausalzusammenhang zwischen Belehrungsmangel und Aussage genügen lässt.

⁶⁷ BGH NStZ 2000, 495; RegE BT-Drucks. 16/12310 S. 13.

⁶⁸ BT-Drucks. 16/12310 S. 13; Schlothauer/Weider, StV 2009, 600, 601.

⁶⁹ So ausdrücklich § 243a Abs. 2 StPO i. d. F. d. Entwurfs des Bundesrats BT-Drucks. 16/4197.

⁷⁰ BGH StV 2000, 542.

mit einer weiterreichenden Bindungswirkung ausstattet und zugleich die unbeschränkte Nachprüfung in den Rechtsmittelinstanzen vorsieht. Die „Verhandlungsmasse“, die das Gericht einbringen kann, beschränkt sich deshalb auf Bereiche, in denen ihm ein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Bereits daraus ergibt sich, dass der Schuldspruch und die meisten Maßregeln der Besserung und Sicherung nicht Gegenstand der Verständigung sein können. § 257c Abs. 2 Satz 3 StPO, der dies ausdrücklich ausspricht, hat deshalb (weitgehend)⁷¹ plakativen Charakter; ersichtlich wollte der Gesetzgeber die bereits erwähnte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁷² festschreiben. Vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden, durch das neue Recht aber nicht ausdrücklich verboten und deshalb wohl zulässig sind Absprachen über die Strafaussetzung zur Bewährung⁷³ und über die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld i. S. d. § 57 a StGB.⁷⁴ Die den Gerichten insoweit eingeräumten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielräume lassen Verständigungen als möglich erscheinen. In Betracht kommt ferner etwa die Zusage einer dem Angeklagten günstigen Anrechnungsentscheidung gem. § 51 StGB.⁷⁵ Eine Verständigung wird auch über Verfall und Einziehung möglich sein. Der Verfall ist im StGB zwar als zwingende Rechtsfolge ausgestaltet; er kann aber nach Maßgabe der § 430 Abs. 1, § 442 Abs. 1 StPO aus dem Verfahren ausgeschieden werden und ist schon deshalb „verhandelbar“. Gleiches dürfte für Nebenstrafen gelten, etwa für das Fahrverbot (§ 44 StGB). Nicht verhandelbar sind hingegen die zwingenden Rechtsfolgen der Verurteilung, etwa der Verlust der Amtsfähigkeit (§ 45 Abs. 1 StGB). Kein Ermessen ist dem Gericht bei der Entscheidung eingeräumt, ob auf einen Heranwachsenden Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht Anwendung findet (§ 105 JGG). Das in der Rechtsprechung entwickelte Verbot der Vereinbarung von Jugendstrafrecht⁷⁶ gilt deshalb fort. Nicht ausgeschlossen ist hingegen eine Verständigung über die Höhe der Jugendstrafe.⁷⁷ Zur Disposition des Gerichts (mit Zustimmung der ohnedies zu beteiligenden Staatsanwaltschaft) stehen ferner Teileinstellungen und Beschränkungen der Strafverfolgung nach Maßgabe der § 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2 StPO in Bezug auf die angeklagten Taten. Es handelt sich um „verfahrensbezogene Maßnahmen des Erkenntnisverfahrens“ im Sinne des § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO, die Gegenstand

⁷¹ Auf die Ausnahme der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§64 StGB) wurde bereits oben hingewiesen.

⁷² BGHSt 43, 195; 50, 40.

⁷³ Meyer-Goßner EH § 257c Rn. 12; BRAK-Entwurf, ZRP 2005, 239.

⁷⁴ Jahn/Kett-Straub StV 2010, 271ff.

⁷⁵ BRAK-Entwurf ZRP 2005, 239.

⁷⁶ BGH NStZ 2001, 555.

⁷⁷ BGH StV 2005, 489; Bedenken noch in NStZ 2001, 555.

einer Verständigung sein können.⁷⁸ Die damit verbundene Beschränkung des Prozessstoffes kann zwar den Schuldspruch berühren; dieser nur mittelbare Einfluss macht den Schuldspruch aber nicht zum „Gegenstand“ der Verständigung.⁷⁹ Über welche sonstigen Maßnahmen sich die Verfahrensbeteiligten verständigen können ist unklar;⁸⁰ Beweiserhebungen dürften jedenfalls in nur sehr eingeschränktem Maße in Betracht kommen, weil das Gericht einerseits durch die nach § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO „unberührt“ bleibende Aufklärungspflicht gebunden ist, andererseits aber auch keine „unnötigen“ Beweise erheben darf.

Als Leistung des Angeklagten kommt in erster Linie ein Geständnis in Betracht. Für die bisherige Rechtsprechung war ein zuverlässiges und konkretes Geständnis regelmäßige Voraussetzung einer Verständigung;⁸¹ ausweislich des Regierungsentwurfs will das Gesetz daran festhalten.⁸² Ein bloßes Formalgeständnis oder etwa die Angabe, den Anklagevorwurf nicht bestreiten zu wollen, reicht nicht aus.⁸³ Bei unklarer Beweislage ist solches nicht geeignet eine Verurteilung zu tragen, bei klarer Beweislage trägt es die Zusage einer Strafmilderung nicht.⁸⁴ Dem Geständnis gleich steht indes die Beschränkung einer Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch⁸⁵ oder die Rücknahme des eigenen Rechtsmittels, wenn die Staatsanwaltschaft eine auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte Berufung eingelegt hat, weil der Angeklagte hierdurch den Schuldspruch prozessual wirksam außer Streit stellt. Als sonstige Leistungen, die der Angeklagte einbringen kann, werden bisweilen die Wiedergutmachung des Schadens oder das Bemühen um einen Täter-Opfer-Ausgleich genannt.⁸⁶ Insoweit ist aber in den Blick zu nehmen, dass Ausgleichsleistungen ohne Geständnis nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs geringeres strafmilderndes Gewicht haben

⁷⁸ BT-Drucks. 16/12310 S. 13.

⁷⁹ *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600, 602; vgl. auch § 243a Abs. 2 Satz 3 StPO i. d. F. des Entwurfs des Bundesrats, BT-Drucks. 16/4197.

⁸⁰ Kritisch *Meyer-Göfner* EH § 257c Rn. 13.

⁸¹ Vgl. BGHSt 50, 40, 49 „in der Regel“; weitergehend *Meyer-Göfner* EH § 257c Rn. 16f. „Ausgangs- und Angelpunkt jeder Absprache“; ebenso: *Bittmann* aaO S. 415; Nr. 10 der GStA-Eckpunkte „conditio sine qua non“; vgl. auch § 243a Abs. 3 StPO in der Fassung des Entwurfs des Bundesrats, BT-Drucks. 16/4197; Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf § 257c Abs. 2 Satz 2; BT-Drucks 16/12310 S. 18.

⁸² BT-Drucks. 16/12310 S. 14 unter Bezugnahme auf BGH NJW 2005, 1440, 1442 und NSTZ-RR 06, 187; weitergehend der Entwurf des Bundesrats, der in § 243a Abs. 3 StPO-E stets die Erwartung eines Geständnisses voraussetzte.

⁸³ Vgl. *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625, 2629; a. A. *Schlothauer/Weider* StV 2009, 600, 602.

⁸⁴ Zur strafmildernden Wirkung eines abgesprochenen Geständnisses vgl. *Niemöller* GA 2009, 172, 178; *Fischer* StraFo 2009, 177, 181f.

⁸⁵ Vgl. LG Freiburg, Urt. v. 18.01.2010 - 7 Ns 610 Js 13070/09.

⁸⁶ *Niemöller* in *Niemöller/Schlothauer/Weider*, aaO. § 257c Rn. 97ff.; KMR - v. *Heintschel-Heinegg* § 257c Rn. 30; § 243a Abs. 1 Nr. 2,3 StPO i. d. F. d. BRAK Entwurfs ZRP 2005, 239.

und in der Regel die Annahme eines Täter/Opfer-Ausgleichs nicht begründen können.⁸⁷ Diese Wertung darf nicht durch die Gewährung eines großzügigen Strafnachlasses im Rahmen einer Verständigung unterlaufen werden. Zulässig ist das Einverständnis mit der formlosen Einziehung von Gegenständen.⁸⁸ Möglicherweise im Gegensatz zu der - in diesem Punkt allerdings sehr unklaren - Begründung des Regierungsentwurfs dürften Beweisanträge zur Schuldfrage nicht als „Verhandlungsmasse“ in Betracht kommen.⁸⁹ Der Bundesgerichtshof geht in ständiger Rechtsprechung von der Unzulässigkeit von Beweisanträgen aus, deren Thema sich auf den Schuldspruch bezieht, die aber unter die Bedingung einer bestimmten Rechtsfolge gestellt werden: Das Beweisbegehren sei nicht ernst gemeint, sondern diene lediglich als Druckmittel.⁹⁰ Entsprechendes ist einem Beweisantrag entgegenzuhalten, der sich auf die Schuldfrage bezieht, den der Angekl. aber gegen eine Strafmilderung für verhandelbar erachtet. Auch hier wird ein inkonnexes Ziel verfolgt, das zur Unzulässigkeit des Antrags führt. Denkbar ist hingegen die Zusage eines anderen, das Verfahren abkürzenden Prozessverhaltens, so etwa des Einverständnisses mit der Verlesung von Urkunden oder der Zurücknahme eines Widerspruchs gegen die Verwertung von möglicherweise rechtswidrig erlangten Beweisen.⁹¹ Weiterhin gültig ist die Rechtsprechung, wonach ein vollständiger Verzicht auf Verteidigung nicht zulässig ist. Die Zusage des Angeklagten, er werde alle aus Sicht des Gerichts zur beschleunigten Beendigung der Hauptverhandlung erforderlichen Erklärungen abgeben, kann deshalb nicht Gegenstand einer Verständigung sein.⁹² Im Anschluss an die Rechtsprechung, wonach das dem Angeklagten angesonnene Verhalten mit der angeklagten Tat oder dem Gang der Hauptverhandlung im Zusammenhang stehen muss,⁹³ wurde bisweilen angenommen, dass die Hilfe bei der Aufklärung von Straftaten dritter Personen nicht Gegenstand einer Verständigung sein könne.⁹⁴ Ich möchte dies bezweifeln, weil der notwendige Konnex zwischen der Strafzumessung für die angeklagte Tat und dem Aufklärungsbeitrag nun-

⁸⁷ Vgl. BGHSt 48, 134 aber auch StV 2008, 464.

⁸⁸ KMR - v. Heintschel-Heinegg § 257c Rn. 27; Meyer-Goßner EH § 257c Rn. 10; zur formlosen Einziehung BGHSt 20, 253; kritisch Hüls/Reichling StraFo 2009, 198, 199.

⁸⁹ Vgl. BT-Drucks 16/12310 S. 13; ablehnend die Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf BT-Drucks 16/12310 S. 18 unter Bezug auf Meyer-Goßner StV 2006, 285, 287; vgl. auch Beulke/Swoboda JZ 2005, 72.

⁹⁰ BGHSt 40, 287, 290.

⁹¹ Vgl. Beulke/Swoboda JZ 2005, 67, 71.

⁹² BGH NSTZ 2006, 586; RegE BT-Drucks. 16/12310 S. 13.

⁹³ BGHSt 49, 84.

⁹⁴ Vgl. Weider NSTZ 2004, 339, 340.

mehr durch die Kronzeugenregelungen des materiellen Rechts (§ 46b StGB, § 31 BtMG) hergestellt wird.

Über Zusagen der Staatsanwaltschaft sagt das Gesetz nichts. Sie sind jedenfalls insoweit möglich, als sie sich auf Mitwirkungsakte richten, die erforderlich sind, um gerichtliche Zusagen im Rahmen einer Verständigung zu erfüllen - zu denken ist etwa an die Zustimmung zu Teileinstellungen bzw. zur Beschränkung der Strafverfolgung nach Maßgabe der § 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2 StPO in Bezug auf die angeklagten Taten. Der Regierungsentwurf geht ferner davon aus, dass auch Zusagen der Staatsanwaltschaft zur Sachbehandlung in anderen Verfahren möglich sein sollen, obwohl sich diese weder auf das der Anklage zugrunde liegende Erkenntnisverfahren beziehen noch Gegenstand des Urteils oder der dazu gehörigen Beschlüsse sein können. Bindende Wirkung soll solchen Zusagen der Staatsanwaltschaft allerdings nicht zukommen.⁹⁵ Nach der bereits erwähnten Rechtsprechung insbesondere des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs ist ein Abweichen der Staatsanwaltschaft von der Zusage, ein anderes Verfahren einzustellen, gleichwohl nicht folgenlos: Hat das Gericht die Staatsanwaltschaft in eine solche Verfahrensabsprache eingebunden und hält die Staatsanwaltschaft unter Verstoß gegen die Verfahrensfairness ihre Zusage nicht ein, so ist der Angeklagte nach Möglichkeit so zu stellen, als ob die Vereinbarung durchgeführt worden wäre.⁹⁶

b.

Verständigungen kommen durch gegenseitiges Nachgeben zustande; wie letztlich alle vertragsähnlichen Vereinbarungen sind sie das Ergebnis wechselseitigen Drucks und Gegendrucks. Über Maß und Gegenstand des zulässigen Drucks trifft das Gesetz allenfalls rudimentäre Regelungen. Nach wie vor von erheblicher Bedeutung ist deshalb die Rechtsprechung zu den Mitteln, die bei den Verständigung vorausgehenden Verhandlungen eingesetzt werden dürfen.

(1) Absprachen „sollen“ auf ein Geständnis abzielen (§ 257c Abs. 2 Satz 2 StPO); unter diesem Blickwinkel bereiten sie die Vernehmung des Angeklagten in der Hauptverhandlung vor. Dass sich das Gericht bei der Herbeiführung des Geständnisses nicht der Mittel bedienen darf, die den Strafverfolgungsbehörden durch § 136a StPO untersagt sind, sollte selbstverständlich sein. Es ist deshalb verboten, mit verfahrensrechtlich unzulässigen Methoden zu drohen oder gesetzlich nicht vorgesehene Vortei-

⁹⁵ BT-Drucks. 16/12310 S. 13; weitergehend wohl § 243a Abs. 2 Satz 3 des Entwurfs des Bundesrats.

⁹⁶ Vgl. oben II 3

le in Aussicht zu stellen. Die zu diesem Komplex ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, etwa zur Inaussichtstellung der Aufhebung eines Haftbefehls für den Fall eines Geständnisses oder - was letztlich dasselbe bedeutet - die Androhung der Aufrechterhaltung für den Fall unkooperativen Verhaltens,⁹⁷ ist deshalb nach wie vor verbindlich.

(2) Die thematische Beschränkung der möglichen Gegenstände einer Verständigung auf das anhängige Erkenntnisverfahren (§ 257c Abs. 2 Satz 1 StPO) soll auch verdeutlichen, dass Leistung und Gegenleistung „konnex“ sein müssen.⁹⁸ Dem Angeklagten darf kein Verhalten abgenötigt werden, das nicht im Zusammenhang mit der angeklagten Tat steht, so etwa die Nachzahlung von Steuern, die eine andere Vorverurteilung betreffen. Auf der anderen Seite darf das Gericht keine Zusagen machen, die über das anhängige Erkenntnisverfahren hinausgehen, so etwa hinsichtlich der Strafvollstreckung. Auch dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung.⁹⁹ Ein zum Urteil gehöriger Beschluss im Sinne des § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO ist etwa die Entscheidung über Bewährungsaufgaben und Weisungen (§ 268a StPO). Der Bewährungsbeschluss kann deshalb Gegenstand einer Verständigung sein, mit der Folge, dass die Strafaussetzung von der Bereitschaft zur Erfüllung von Auflagen abhängig gemacht werden kann. Der Schluss, dass damit auch all das zum Gegenstand einer Verständigung gemacht werden könnte, was als Auflage oder als Weisung in Betracht kommt, wäre hingegen verfehlt. Insoweit gilt weiterhin, dass das dem Angeklagten angeordnete Verhalten einem Zweck dienen muss, der in einem inneren Zusammenhang mit der angeklagten Tat und dem Gang der Hauptverhandlung steht. Die Verständigung über eine Geldauflage zugunsten der Staatskasse im Fall einer zur Bewährung ausgesetzten Strafe, ist danach zulässig; unzulässig, weil dem Konnexitätsgebot zuwiderlaufend wäre es hingegen, die Höhe einer nicht aussetzungsfähigen Strafe von einer solchen Zahlung abhängig machen zu wollen.

⁹⁷ Statthaft ist etwa die Zusage der Haftentlassung, wenn als Haftgrund Verdunkelungsgefahr angenommen wurde, die durch das Geständnis ausgeräumt werden kann, vgl. BGH MDR 52, 532, nicht zulässig hingegen bei Fluchtgefahr, vgl. BGHSt 20, 268; ähnlich BGH StV 2004, 360 betr. die Nötigung zum Rechtsmittelverzicht. Vgl. auch die Begründung des BRAK Entwurfs, ZRP 2005, 239.

⁹⁸ So der RegE, BT-Drucks. 16/12310 S. 13, der etwa die Schadenswiedergutmachung „selbstverständlich“ auf das gegenständliche verfahren bezogen wissen will.

⁹⁹ BGH NStZ 2004, 338 m. Anm. *Weider* zur Begleichung einer Steuerschuld; StV 2000, 542 zu Zusagen betreffend die Strafvollstreckung; dass unzulässige Zusagen unter dem Blickwinkel der Verfahrensfairness Bindungswirkung entfalten können wurde bereits oben dargelegt, vgl. auch BGH NStZ 1995, 556.

(3) Die so genannte Sanktionsschere besteht in der Gegenüberstellung der jeweiligen Straferwartungen für die Fälle der Geständnisbereitschaft einerseits und der Nichtkooperation andererseits. Wird dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine schuldunangemessen niedrige Strafe in Aussicht gestellt oder wird ihm deutlich gemacht, dass er sich der Gefahr einer überhöhten Bestrafung aussetzt, wenn er auf das gerichtliche Angebot einer Verständigung nicht eingeht, handelt es sich um Anwendungsfälle des § 136a Abs. 1 StPO.¹⁰⁰ Die Drohung mit einer übersetzten, nicht mehr schuldangemessenen Strafe zur Herbeiführung eines Geständnisses kann darüber hinaus den Tatbestand der Nötigung (§ 240 StGB) erfüllen.¹⁰¹ Darin erschöpfen sich die unter dem Begriff der Sanktionsschere erfassten Fälle unzulässigen Drucks nicht.

Die Feststellung eines Verstoßes gegen § 136a StPO durch die Androhung einer übersetzten oder durch das Versprechen einer schuldunangemessen geringen Sanktion erweist sich in der Praxis als schwierig. Sie stößt auf das Problem, dass die Trennlinie zwischen noch schuldangemessener und nicht mehr hinnehmbarer Rechtsfolge im nur sehr eingeschränkt kontrollierbaren Bereich der Strafzumessung zu verschwimmen droht. Einigkeit besteht ferner darüber, dass die Zulässigkeit nicht nur davon abhängen kann, ob gerade noch vertretbare Strafen in Aussicht gestellt werden oder ob diese Grenze überschritten ist. Auch innerhalb dieser Grenzen kann das Maß zulässigen Drucks überschritten sein, nämlich dann, wenn das Verhältnis von Zuckerbrot und Peitsche nicht stimmt, oder - um beim Bild zu bleiben - wenn die Schere zu weit geöffnet ist. Eine allgemein verbindliche Festlegung, um welchen Prozentsatz die ohne Geständnis zu erwartende Strafe über der für den Fall der Verständigung in Aussicht gestellten Sanktionsobergrenze liegen darf, hat die Rechtsprechung allerdings bisher nicht getroffen. Dies dürfte auch künftig nicht zu erwarten sein, weil der Beitrag des Angeklagten - wie Geständnisse im Allgemeinen - durchaus unterschiedliches Gewicht aufweisen kann. Er hängt zum einen von innerprozessualen Umständen ab, etwa von der Beweislage, von der zu erwartenden Verfahrensbeschleunigung oder von Fragen des Opferschutzes; zum anderen können auch Gesichtspunkte ins Gewicht fallen, die über das Verfahren hinausweisen, etwa wenn ein Kronzeugenbeitrag zu erwarten ist oder wenn der Aufklärungsbeitrag die Solidarität organisierter Krimineller aufbrechen

¹⁰⁰ Meyer-Goßner StPO, 52. Aufl. § 136a Rn. 21, 23; Rn. 16 vor § 213.

¹⁰¹ Vgl. Schlothauer Niemöller/Schlothauer/Weider, aaO Teil D Rn. 42,43; weitergehend Salditt, StraFo 2003, 98f., der bereits in der Inaussichtstellung einer an sich angemessenen Strafe eine Drohung mit einem empfindlichen Übel sieht. Unabhängig von der strafrechtlichen Würdigung ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass auch das Versprechen einer schuldunangemessen niedrigen Strafe die Freiheit der Willensentschließung und die Fairness des Verfahrens beeinträchtigen kann, vgl. BGH StV 2003, 637.

soll. Im Sinne einer Faustregel kann indessen davon ausgegangen werden, dass die Strafe ohne Geständnis in der Regel nicht mehr als ein zusätzliches Drittel über der nach einem Geständnis zu verhängenden Strafe liegen darf;¹⁰² mehr trägt die strafmildernde Wirkung jedenfalls eines „einfachen“ Geständnisses nicht. Die Rechtsprechung ist nicht immer einheitlich: Der Bundesgerichtshof hat ein Sanktionsspektrum zwischen 2 Jahren Freiheitsstrafe mit Bewährung für den Fall einer Absprache und einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren für den Fall fehlender Kooperation als ein nicht durch Strafzumessungsgesichtspunkte erklärbares unzulässiges Druckmittel beanstandet.¹⁰³ Nicht beanstandet wurde die Differenz zwischen 4 Jahren und 6 Monaten für den Fall der Verständigung und „deutlich über 7 Jahren“ für den Fall der Nicht-Kooperation, weil beide Sanktionen im Ergebnis schuldangemessen waren; unzulässiger Zwang iSd § 136a StPO oder ein Verstoß gegen das Fairnessgebot des Art. 6 Abs. 1 EMRK wurden verneint.¹⁰⁴ Ferner wurde die Verwertung eines Geständnisses, das nach der Zusage, die Strafe auf die Hälfte zu reduzieren, abgelegt worden war, für zulässig erachtet.¹⁰⁵

Unzulässiger Druck im Vorfeld einer Absprache war in der Praxis bislang schwer nachweisbar, weil das Interesse an der Aufdeckung für die Verfahrensbeteiligten gering war und Vorgespräche nicht protokolliert werden mussten. Bezeichnender Weise liegen der Rechtsprechung zur Sanktionschere überwiegend Fälle zu Grunde, in denen eine Verständigung gescheitert war; zu beurteilen war die Differenz zwischen der angebotenen und der letztlich ausgeurteilten Strafe. Ob die Erweiterung der Protokollierungspflichten durch das neue Gesetz mehr Sicherheit bringen wird, mag bezweifelt werden. Zwar schreibt § 273 Abs. 1 Satz 2 StPO nunmehr vor, dass Erörterungen über den Stand des Verfahrens im Sinne des § 257b StPO nach ihrem wesentlichen Ablauf und Inhalt in das Protokoll aufzunehmen sind; dazu gehört auch die Vorbereitung einer Verständigung.¹⁰⁶ Die Vorschrift betrifft aber nur Erörterungen, die in der Hauptverhandlung stattgefunden haben. Die nach Maßgabe des neuen § 273 Abs. 1a Satz 2 StPO ebenfalls zu protokollierende Bekanntgabe von verfahrensbezogenen Gesprächen außerhalb der Hauptverhandlung (§ 243 Abs. 4 iVm § 202a, § 212 StPO) bezieht sich zwar auch auf die Mitteilung, dass keine Erörterungen

¹⁰² *Meyer-Göfner* EH § 257c Rn 19; zustimmend *Bittmann* wistra 2009, 415.

¹⁰³ BGH StV 2004, 270.

¹⁰⁴ BGH NStZ 2007, 656.

¹⁰⁵ BGH NStZ 1997, 561.

¹⁰⁶ Die Erwägung es handle sich um eine überflüssige Belastung des Protokolls (*Meyer-Göfner* EH § 273 Rn. 2), dürfte in dieser Allgemeinheit nicht zutreffen.

stattgefunden haben¹⁰⁷ und ist deshalb umfassend. Inhalt und Umfang der Mitteilung hängen indessen letztlich von der Einschätzung des Vorsitzenden ab, was als wesentlicher Inhalt der Erörterung mitzuteilen und festzuhalten ist. Die Beweiskraft des Protokolls erstreckt sich nur auf das Ob und Wie der Mitteilung, nicht auf deren Wahrheit und Vollständigkeit. Ob die Vorschrift für mehr Transparenz sorgen wird, hängt danach wohl hauptsächlich vom guten Willen der Beteiligten ab.¹⁰⁸ Entsprechendes gilt für die praktisch nicht überprüfbare Pflicht, Erörterungen außerhalb der Hauptverhandlung aktenkundig zu machen (§§ 160a, 202a, 212 StPO).

(4) Dass der Angeklagte durch sein Prozessverhalten Druck auf andere Verfahrensbeteiligte ausüben kann, steht außer Zweifel.¹⁰⁹ Der neue § 257c Abs. 2 Satz 1 StPO scheint dies zu legitimieren, indem er das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten als möglichen Gegenstand einer Verständigung bezeichnet. Der zunächst nahe liegende Schluss, der Angeklagte könne sich durch die Androhung konfrontativer Verteidigungsstrategien ohne weiteres einen Strafrabatt einhandeln, täuscht indessen. Dies gilt nicht nur für dysfunktionales Verteidigungsverhalten im engeren Sinne, das schon per se unter dem Blickwinkel des Missbrauchs von Verfahrensrechten unzulässig wäre und das bereits deshalb nicht angedroht werden darf. Darüber hinaus kann vielmehr auch ein an sich zulässiges Verteidigungsverhalten dadurch unzulässig werden, dass es vom Angeklagten als Verhandlungsmasse in eine Absprache eingebracht wird. Auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Unzulässigkeit von Beweisanträgen, die an die Bedingung eines bestimmten Rechtsfolgenausspruchs geknüpft sind, nach ihrer Thematik aber zum Schuldspruch gehören,¹¹⁰ wurde bereits hingewiesen. Sie beruht auf dem Vorwurf mangelnder Ernstlichkeit, die gerade dadurch zu Tage treten soll, dass der Antragsteller bereit ist, sich den Antrag im Rahmen eines „deals“ abhandeln zu lassen. Dass vergleichbare Einwände auch anderen Formen prozessualen Verhaltens entgegengehalten werden können,

¹⁰⁷ § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat so verstanden, dass auch ein Negativattest erforderlich sei (so die Gegenäußerung BT-Drucks. 16/12310 S. 18). Die Bundesregierung ist diesem Verständnis nicht entgegengetreten, sie hat vielmehr eine Prüfung zugesagt. Der Wortlaut der Vorschrift wurde daraufhin nicht geändert.

¹⁰⁸ Die Revision begründet eine Verletzung der Mitteilungspflicht nur dann, wenn Gespräche mit dem Ziel einer Verständigung verschwiegen oder unrichtig dargestellt wurden (aa mglw. *Weider* in Niemöller/Schlothauer/Weider aaO Teil C Rdn. 39). Hat der Vorsitzende jegliche Mitteilung unterlassen, kann der Verfahrensverstoß nur dann beanstandet werden, wenn der Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO erfolglos geblieben ist.

¹⁰⁹ Die sog. Münsteraner Thesen der Großen Strafrechtskommission des DRiB (abgedruckt bei *Kintzi* JR 1990, 310) sehen darin sogar eine der Hauptursachen für Verständigungspraktiken.

¹¹⁰ BGHSt 40, 287, 290.

liegt auf der Hand. Zu denken ist etwa an das Angebot, einen Befangenheitsantrag zurückzunehmen, weil schon das Angebot, mit dem abgelehnten Richter eine Verständigung abzuschließen, mit einer fortbestehenden Besorgnis der Befangenheit nicht vereinbar ist. Obstruktionsmaterial, das in eine Absprache eingebracht werden soll, unterliegt damit einem gewissen Verschleiß.

5.

Die in der Rechtsprechung breiten Raum einnehmenden Folgen fehlerhafter oder gescheiterter Absprachen werden im Gesetz allenfalls bruchstückhaft geregelt. Mit Ausnahme des erst auf Initiative des Rechtsausschusses in das Gesetz aufgenommene Verwertungsverbots für das Geständnis des Angeklagten im Falle des Wegfalls der Bindung des Gerichts an die Verständigung (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO), verhält sich die Neuregelung zu diesem Themenkreis nicht; ein weiter gehendes Recht der Leistungsstörungen hat der Gesetzgeber nicht geschaffen. Deshalb wird weiterhin auf die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung zurückzugreifen sein, soweit diese durch das neue Recht nicht überholt sind. Überholt ist etwa die frühere Rechtsprechung, wonach das im Rahmen einer Absprache abgelegte Geständnis auch dann verwertet werden konnte (und musste), wenn das Gericht aus Rechtsgründen gehindert war, seine Leistung zu erbringen. Der in der rechtlich unzulässigen Zusage liegende Fairnessverstoß war bei der Strafzumessung auszugleichen.¹¹¹ Nunmehr regeln § 257c Abs. 4 Satz 1 und 3 StPO diesen Fall in dem Sinne, dass einerseits die Bindung des Gerichts an die Verständigung entfällt, andererseits das Geständnis des Angeklagten nicht verwertet werden kann. Für eine weitergehende Kompensation ist in diesem Fall der gesetzlich geregelten Störung des Austauschverhältnisses kein Raum; ein solcher Ausgleich ist nur noch dann erforderlich, wenn der Angeklagte eine Leistung erbracht hat, die nicht mehr zurück gewährt oder neutralisiert werden kann.

a.

Nach der insoweit einheitlichen Rechtsprechung aller Strafsenate begründen nur vorbereitende Gespräche keinen Vertrauenstatbestand, aus dem ein Verfahrensbeteiligter verbindliche Zusagen ableiten könnte.

¹¹¹ BGH StV 2004, 471: Der Tatrichter hatte im Rahmen einer Verständigung die - rechtlich unzulässige - Einbeziehung einer anderweit erkannten Strafe in eine Gesamtstrafe zugesagt und den Angeklagten nach der Erteilung eins rechtlichen Hinweises ohne Einbeziehung zu einer Gesamtstrafe in der in Aussicht gestellten Höhe verurteilt. Entsprechend der damaligen Rechtslage hat der BGH die Höhe der erkannten Gesamtstrafe, nicht aber die Verwertung des absprachegemäß erkannten Geständnisses beanstandet.

Das versteht sich von selbst bei Gesprächen außerhalb der Hauptverhandlung, die erkennbar ohne Ergebnis geblieben sind, etwa weil die Strafkammer hierüber noch nicht abschließend beraten hatte. Das gilt auch dann, wenn an dem Gespräch die gesamte Strafkammer und der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft teilgenommen hatten.¹¹² An Vorstellungen über das Strafmaß, die der Vorsitzende während einer solchen Besprechung geäußert hatte, muss sich das Gericht nicht festhalten lassen. Einem verteidigten Angeklagten muss solches bewusst sein; ein rechtlicher Hinweis auf die Unverbindlichkeit solcher Gespräche ist deshalb nicht geboten. Hat der Angeklagte ein Angebot des Gerichts abgelehnt und ist aus diesem Grund eine Verständigung nicht zustande gekommen, so begründet das (erloschene) Angebot keinen Vertrauenstatbestand. Das Gericht muss sich daran nicht festhalten lassen, auch wenn sich der Angeklagte anders besinnt und doch noch das Geständnis ablegt, zu dem er sich zuvor nicht bereit finden konnte.¹¹³ Insbesondere ist das Gericht nicht verpflichtet, den Angeklagten vor der Entgegennahme des Geständnisses darauf hinzuweisen, dass das ursprüngliche Angebot keine Geltung mehr hat. Ergebnislose Gespräche haben danach keine „Orientierungsfunktion“. Solange es an einer verbindlichen Absprache fehlt, verstößt das Gericht nicht gegen den Fair-Trial-Grundsatz, wenn es die Strafe nicht nach den Vorstellungen bemisst, die bei den vorbereitenden Besprechungen geäußert wurden.

Darüber hinaus geht der Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass auch Zuständigkeitsmängel zur Unverbindlichkeit einer Zusicherung führen können. Aus einem Gespräch (nur) mit dem Vorsitzenden der Strafkammer kann keine verbindliche Zusage über die Strafhöhe abgeleitet werden.¹¹⁴ Ferner begründet die Zusage einer Strafobergrenze, die das Gericht gegen den Widerspruch oder ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft abgibt, kein schutzwürdiges Vertrauen des Angeklagten.¹¹⁵ Der Grundsatz der Verfahrensfairness kann die fehlende Kompetenz des Zusagenden nicht in dem Sinne ausgleichen, dass der Angeklagte letztlich so gestellt wird, als habe der Zusagende im Rahmen seiner Zuständigkeit gehandelt. Da kein Fall des Abweichens des Gerichts von einer bindenden Verständigung vorliegt, greift das Verwertungsverbot des § 257c Abs. 4 Satz 3 StPO nicht ein.

Eine weitere Fallgruppe bilden offensichtliche Mängel betreffend die Form der Verständigung. So begründen Gespräche über eine verfahrensbeendende Absprache, die außerhalb der Hauptverhandlung geführt werden,

¹¹² BGH, Beschl. v. 20.10.2006 - 1 StR 487/06 zit. nach juris.

¹¹³ BGH, Urt. v. 16.12.2004 - 1 StR 420/03, insoweit in BGHSt 49, 381 nicht abgedruckt.

¹¹⁴ BGH Beschl. v. 20.10.2006 - 1 StR 487/06 zit. nach juris.

¹¹⁵ BGH NStZ 2003, 563.

keinen Vertrauenstatbestand, der nur durch einen förmlichen Hinweis wieder zu beseitigen wäre.¹¹⁶ Als vertrauensbegründend im Sinne des Fair-Trial-Prinzips wurden ferner nur solche Absprachen oder Zusicherungen bewertet, die als wesentliche Förmlichkeiten des Verfahrens zu protokollieren waren und protokolliert wurden.¹¹⁷ Das gilt jedenfalls bei verteidigten Angeklagten: Das Bundesverfassungsgericht hat darauf hingewiesen, dass sich der Angeklagte und sein Verteidiger in Zweifelsfällen durch die Anrufung des Gerichts (§ 238 Abs. 2 StPO) Klarheit über Bestand und Reichweite einer Zusage verschaffen können.¹¹⁸ Wird dieser Zwischenrechtsbehelf versäumt, scheitert die gleichwohl eingelegte Verfassungsbeschwerde am Grundsatz der Subsidiarität (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

b.

§ 257c Abs. 4 StPO betrifft das Scheitern von Verständigungen. Die Vorschrift erfasst zwei Fallgruppen, unter denen die Bindung an die Verständigung entfällt, nämlich das Auftauchen rechtserheblicher Umstände und das „prognosewidrige“ Verhalten des Angeklagten. Beide Alternativen haben dieselbe Rechtsfolge: Das Geständnis des Angeklagten kann nicht verwertet werden.

(1) Der Wegfall der Bindung setzt keine neuen Erkenntnisse voraus; es genügt vielmehr, wenn das Gericht rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen hat. Die Vorschrift greift auf eine Formulierung des Großen Senats für Strafsachen zurück,¹¹⁹ der die Schwelle für die Lösung von der Absprache bewusst niedriger angesetzt hat, als die frühere Rechtsprechung, die ursprünglich „schwerwiegende neue Umstände“ gefordert hatte, welche dem Gericht bislang unbekannt waren.¹²⁰ Ersichtlich sollte eine vollständige Überprüfung des auf einer Absprache beruhenden Urteils in der Revisionsinstanz ermöglicht werden. Aus diesem Grund sahen der Große Senat für Strafsachen und - ihm folgend - nunmehr auch das Gesetz vor, dass die Bindungswirkung bereits bei rechtlichen Fehleinschätzungen im Verantwortungsbereich der Justiz entfällt, ohne dass es eines förmlichen Widerrufs durch den Tatrichter bedurfte.¹²¹ Rechtlich fehlerhafte Verständig-

¹¹⁶ BGH NStZ 2004, 342; BGHR StPO vor § 1 faires Verfahren Vereinbarung 14.

¹¹⁷ BGH NStZ 2004, 342; 338.

¹¹⁸ BVerfG - 2. Kammer des 2. Senats - StV 2000, 3.

¹¹⁹ BGHSt 50, 40, 50.

¹²⁰ Die leitende Entscheidung des 4. Strafsenats in BGHSt 43, 195, 210 setzte schwerwiegende neue Erkenntnisse voraus, Nova forderte auch die die Nr. 8 der Eckpunkte der Generalstaatsanwältin vom 24.1.2005, abgedruckt bei Niemöller/Schlothauer/Weider aaO Anhang 2.

¹²¹ A. A. Niemöller in Niemöller/Schlothauer/Weider aaO § 257c Rn. 113, der einen mit Zweidrittelmehrheit zu fassenden Widerrufsbeschluss des Gerichts für erforderlich hält. Diese

gungen sollten keine innerprozessuale Bindung bewirken können, die der Aufhebung eines abgesprochenen Urteils im Wege stehen konnte. Bereits bisher ist kein Fall bekannt geworden, in dem von der Aufhebung eines unrichtigen Urteils abgesehen werden musste, weil das Revisionsgericht die Bindung des Tatrichters an eine im Nachhinein als fehlerhaft erkannte Absprache respektieren musste.¹²² Da sich die Rechtslage durch das neue Gesetz nicht geändert hat, wird das auch künftig gelten. Man mag eine Regelung bedauern, die das Risiko einer unrichtigen Bewertung der Sach- oder Rechtslage durch die Gerichte allein dem Angeklagten zuschiebt.¹²³ Die Forderung nach „Nova“ hätte indessen zu einer sehr weitgehenden Bindung geführt, die letztlich eine faktische Unanfechtbarkeit des Rechtsfolgenanspruchs abgesprochener Urteile zur Folge gehabt hätte. Dies würde insbesondere dann gelten, wenn sich die Auslegung des Begriffs der „neuen Tatsache“ an der sehr restriktiven Rechtsprechung zur nachträglichen Sicherungsverwahrung orientiert hätte.

Gemäß § 257c Abs. 4 Satz 2 StPO soll die Bindung des Gerichts auch dann entfallen, wenn das Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose zu Grunde gelegt worden war¹²⁴. Gemeint ist damit der Fall, dass der Angeklagte die Leistungen, die er versprochen hat, seinerseits nicht erbringt;¹²⁵ in der Regel wird es sich darum handeln, dass das in Aussicht gestellte Geständnis nicht weit genug geht oder nicht glaubhaft ist, seltener dürften die Fälle sein, in denen es um die Erwartung eines anderen prozessualen Verhaltens geht. Der Wegfall der Bindung im Falle eines nicht hinreichenden Geständnisses entspricht der bisherigen Rechtsprechung. Zu der Frage, ob die Bindung auch dann entfällt, wenn die Zusage eines prozessualen Verhaltens gebrochen wurde, die

Sicht ist mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu vereinen und läuft auch dem Anliegen des Gesetzgebers zuwider, der die Bindung an die Verständigung bewusst schwach ausgestaltet hat, weil „das Ergebnis des Prozesses stets ein richtiges und gerechtes Urteil sein muss“ (vgl. BT-Drucks. 16/12310 S. 14), das in der Rechtsmittelinstanz in vollem Umfang überprüft werden kann.

¹²² Nach *Jahn/Müller* NJW 2009, 2628, 2629 ist eine schlichte Meinungsänderung des Gerichts zwar kein Widerrufungsgrund; es genügt indessen, wenn die geläuterte Auffassung auf der Behebung eines Rechtsirrtums beruht oder wenigstens so begründet wird; für das Revisionsgericht genügt die Feststellung eines - augenscheinlich auf Rechtsirrtum beruhenden - Festhaltens an einer fehlerhaften Verständigung, um einen Rechtsfehler im Sinne des § 337 StPO feststellen zu können.

¹²³ So etwa *Meyer-Goßner* EH § 257c Rn. 26.

¹²⁴ Der Wortlaut des Gesetzes, wonach die Bindung des Gerichts „an die Verständigung“ entfällt ist allerdings missverständlich; dass die in Aussicht gestellte Strafmilderung nur im Gegenzug für die Leistung des Angeklagten erbracht werden soll, ist Gegenstand der Verständigung und weicht nicht von ihr ab.

¹²⁵ *Bittmann* aaO. S. 416.

rechtswidrig war und nicht hätte entgegengenommen werden dürfen, liegen unterschiedliche Entscheidungen vor: Im Falle eines unzulässig vereinbarten Rechtsmittelverzichts ließ die Ankündigung des Angeklagten, er werde gegen das auf Grund der Absprache ergehende Urteil gleichwohl Rechtsmittel einlegen, die Bindung nicht entfallen.¹²⁶ Anders verhielt es sich bei der Zusage, Steuerschulden zu bezahlen, einer Zusage also, die (nur) deshalb unzulässig war, weil sie nicht den Gegenstand des Verfahrens betraf.¹²⁷ Entfällt in solchen Fällen die Bindung, ist allerdings zu beachten, dass die Differenz zwischen der ausgeurteilten und der ursprünglich vereinbarten Strafe in angemessener Relation zu dem wegfallenden Strafzumessungsgrund stehen muss. Über den Wegfall ihrer Bindungswirkung hinaus hat die (wirksame) Verständigung eine gewisse Orientierungsfunktion für die Bemessung der Rechtsfolgen.

Die Frage, ob die Staatsanwaltschaft ihre Zustimmung zur Verständigung iSd § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO zurücknehmen kann, ist in der Rechtsprechung bisher noch nicht entschieden worden. Man wird dies schon aus formellen Gründen zu verneinen haben, weil die Zustimmung eine gestaltende Prozesshandlung ist. Solche Handlungen können grundsätzlich weder widerrufen noch angefochten werden.¹²⁸ Im Übrigen stellt § 257c Abs. 4 StPO klar, dass es ausschließlich auf die Sicht des Gerichts ankommt. Nur das Gericht kann die Verständigung nachträglich zu Fall bringen; enttäuschte Erwartungen der Staatsanwaltschaft spielen insoweit keine Rolle.

(2) Das Gericht muss seine Absicht, an der Verständigung nicht mehr festhalten zu wollen, den Verfahrensbeteiligten unverzüglich mitteilen (§ 257c Abs. 4 Satz 4 StPO). Auch diese Regelung entspricht der bisherigen Rechtsprechung.¹²⁹ Die möglichst frühzeitige Mitteilung entspricht einem selbstverständlichen Gebot der prozessualen Fairness, so dass eine Verzögerung verfahrensfehlerhaft wäre. Da der Wegfall der Bindungswirkung an die Überzeugung des Gerichts von der Unangemessenheit des in Aussicht gestellten Strafrahmens, an eine innere Tatsache also, anknüpft, sind Verzögerungen nur schwer nachzuweisen. Die Vorschrift stellt deshalb allenfalls sicher, dass die Lösung von der Verständigung noch in der Hauptverhandlung bekannt gegeben und dass den Verfahrensbeteiligten, insbesondere dem Angeklagten und seinem Verteidiger, hinreichende Gelegenheit zur Reaktion auf die neue Lage gegeben wird.

¹²⁶ BGH, NStZ 2008, 416.

¹²⁷ BGH NStZ 2004, 338 m. Anm. *Weider*.

¹²⁸ Vgl. *Meyer-Göbner* StPO, 52. Aufl. Einl. Rn. 103, 112ff., 116.

¹²⁹ BGHSt 50, 40, 50.

(3) Die Mitteilung des Gerichts hat die Unverwertbarkeit des Geständnisses des Angeklagten zur Folge (§ 257c Abs. 4 Satz 3 StPO). Gemeint ist die in der Hauptverhandlung nach dem Zustandekommen der Verständigung erfolgte geständige Einlassung des Angeklagten, gleichgültig, ob es sich um ein umfassendes oder nur um ein Teilgeständnis handelt;¹³⁰ frühere Angaben bleiben auch nach dem neuen Recht verwertbar. Wie bereits oben ausgeführt, ist die Rechtsprechung bislang davon ausgegangen, dass das Geständnis grundsätzlich auch dann verwertet werden kann, wenn das Gericht an der Absprache nicht festhält. Entscheidungen zu Umfang, Reichweite und Folgen des Verbots, ein abgesprochenes Geständnis zu verwerten, sind deshalb nur in Ausnahmefällen und allenfalls vereinzelt festzustellen. Bereits erwähnt wurde, dass das Geständnis auch dann bei der Strafzumessung als begünstigender Umstand zu berücksichtigen ist, wenn es nicht verwertet werden kann.¹³¹ Selbstverständlich gilt das nur, wenn es glaubhaft ist. Ferner dürfte dem Verwertungsverbot keine Fernwirkung zukommen; Beweisergebnisse zu denen das Geständnis den Weg gewiesen hat, bleiben auch nach dem Scheitern der Verständigung verwertbar.¹³² Ermittlungsansätzen in einem nicht verwertbaren Geständnis muss das Gericht indessen nicht nachgehen. Die Entgegennahme eines Geständnisses, das sich im Nachhinein als nicht verwertbar erweist, berechtigt nicht zur Ablehnung der Schöffen.¹³³ Auch von Laienrichtern kann erwartet werden, dass sie in der Lage sind, nach entsprechender rechtlicher Unterrichtung durch die Berufsrichter ihre Überzeugungsbildung ausschließlich auf der Basis dessen vorzunehmen, was ihnen in der Schlussberatung als verwertbares Beweismaterial unterbreitet worden ist. Insoweit gilt nichts anderes als bei anderen Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung, deren Ergebnisse sich im Nachhinein als nicht verwertbar erweisen. Die Frage, ob sich das Verwertungsverbot auch auf Umstände bezieht, die dem Angeklagten günstig sind, ist bislang nicht entschieden worden.¹³⁴ Sie dürfte zu bejahen sein, weil Geständnisse anhand der Kriterien belastend/entlastend nicht zweifelsfrei teilbar sind und weil Wahrheitsgehalt und Glaubhaftigkeit einer Aussage in aller Regel nicht isoliert für bestimmte Abschnitte gewürdigt werden können.¹³⁵ Der Ange-

¹³⁰ Bittmann wistra 2009, 416; der Geständnisbegriff entspricht dem des § 254 Abs. 1 StPO.

¹³¹ BGHSt 42, 191, 194.

¹³² Niemöller in Niemöller/Schlothauer/Weider aaO § 257c Rn. 150; Fischer, StraFo 2009/187; aA für den Fall, dass der Widerruf in der Sphäre des Gerichts begründet ist, Jahn/Müller NJW 2009, 2626, 2629.

¹³³ BGHSt 42, 191; zustimmend auch für das neue Recht: Meyer-Göfner EH § 257c Rn. 28; differenzierend nach der Ursache des Wegfalls: Schlothauer/Weider StV 2009, 600, 605, Jahn/Müller NJW 2009, 2625, 2629.

¹³⁴ A. A. wohl Bittmann wistra 2009, 416.

¹³⁵ Vgl. dazu etwa Hamm NJW 1996, 2185, 2187f.

klagte hat es in der Hand, sein Geständnis ganz oder teilweise zu wiederholen. In der Rechtsmittelinstanz ist zu beachten, dass das Verwertungsverbot bei abgesprochenen Verurteilungen den Rechtsfolgenausspruch mit den Grundlagen des Schuldspruchs verklammern kann. Rechtsmittel, die von der Staatsanwaltschaft zum Nachteil des Angeklagten oder vom Nebenkläger eingelegt werden,¹³⁶ können unter Umständen nicht auf den Strafausspruch beschränkt werden, weil die Aufhebung des Strafausspruchs zur Lösung von der Verständigung führen und dadurch das Geständnis in Frage stellen könnte, auf dem der Schuldspruch beruht. Dieser Zusammenhang wird auch sonst bei der Teilaufhebung von Urteilen in der Revisionsinstanz zu beachten sein; dabei kann die Frage Bedeutung erlangen, ob und in welchem Umfang das angefochtene Urteil auf dem Geständnis beruht.

Weitergehende Folgen für den Angeklagten hat die Mitteilung nach § 257c Abs. 4 Satz 4 StPO nicht. Insbesondere hat der Gesetzgeber davon abgesehen, die Prozesshandlungen, die der Angeklagte in Erfüllung der Verständigung vorgenommen hat, für wirkungslos zu erklären.¹³⁷ Zurückgenommene Beweisanträge leben deshalb nicht wieder auf; sie müssen vielmehr erneut gestellt werden. Das wird auch für solche Beweisanträge anzunehmen sein, bei denen das Gericht davon ausgehen konnte, sie seien durch das Geständnis überholt, weil konkludent zurückgenommen.

Die Staatsanwaltschaft wird durch die Verständigung nicht gebunden. Sie kann zwar die Verständigung nicht dadurch zu Fall bringen, dass sie ihre Zustimmung zur Verständigung zurücknimmt oder anfecht, weil es sich um eine prozessuale Bewirkungshandlung handelt. Sie ist aber an ihre Zusagen auch dann nicht gebunden, wenn das Gericht an der Verständigung festhält. Nach bisheriger Rechtsprechung soll das Gericht dann aber gehalten sein, einen Angeklagten, der seinerseits seine Leistung erbracht hat, nach Möglichkeit so zu stellen, als sei die Zusage der Staatsanwaltschaft erfüllt worden. Bereits erwähnt wurde eine jüngere Entscheidung des 3. Strafsenats, der bei einer nicht eingehaltenen Zusage der Staatsanwaltschaft, einen Antrag nach § 154 Abs. 2 StGB zu stellen, ein Verfahrenshindernis in Betracht zieht.¹³⁸ Im Regelfall dürfte es ausreichen, wenn in dem absprachewidrig angeklagten Verfahren ein wesentlicher Strafmilderungsgrund angenommen

¹³⁶ Bei Rechtsmitteln des Angeklagten führt das Verschlechterungsverbot zu einer Perpetuierung der zugesagten Strafobergrenze mit der Wirkung, dass das Geständnis verwertbar bleibt, vgl. BGH StraFo 2010, 201.

¹³⁷ So aber § 243a Abs. 5 Satz 1 des BRAK-Entwurfs, der allerdings nach den Ursachen des Wegfalls der Bindung unterscheidet.

¹³⁸ BGH NStZ 2008, 416; Anm. Fezer JZ 2008, 1059, Eisenberg NStZ 2008, 698; Lindemann JR 2009, 82.

wird.¹³⁹ Die Entscheidungen des 3. Strafsenats sind zu Zusagen der Staatsanwaltschaft ergangen, die in gerichtliche Verständigungen eingebunden waren; ob sie auch auf Zusagen übertragen werden können, die nicht in diesem Zusammenhang stehen, erscheint fraglich.

Andere Verfahrensbeteiligte, so etwa der Nebenkläger, sind an der Verständigung nicht formell beteiligt und werden durch sie nicht gebunden. Haben sie im Rahmen der Verständigung einen Strafantrag oder eine Privatklage zurückgenommen, so können sie dies auch dann nicht mehr rückgängig machen, wenn die Bindung des Gerichts an die Verständigung entfällt. Rücknahme und Anfechtung dieser Prozesshandlungen sind nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen nicht möglich; ein zurückgenommener Strafantrag kann nicht erneut angebracht (§ 77d Abs. 1 Satz 3 StGB), eine Privatklage kann nicht erneut erhoben werden (§ 392 StPO).

Die Zusage von Ober- und Untergrenze im Falle einer formgerecht zustande gekommenen Verständigung enthält einen Akt der vorweggenommenen oder hypothetischen Strafzumessung: Das Gericht teilt mit, welche Strafe es für angemessen erachtet, wenn der Angeklagte ein Geständnis ablegt oder eine andere Leistung erbringt. Solche Erklärungen haben auch dann Gewicht, wenn die Verständigung letztlich scheitert: Die Rechtsprechung geht deshalb davon aus, dass die in Aussicht gestellte Strafe eine Orientierungsfunktion hat: Der Unterschied zwischen ihr und der ausgeurteilten Rechtsfolge muss durch den wegfallenden Strafzumessungsgrund erklärbar sein.¹⁴⁰ Die Rechtsprechung zur sog. Sanktionsschere wird gleichsam „gespiegelt“: Letztlich geht es auch hier um die Begrenzung des Drucks, der von einer Verständigung ausgehen kann.

d.

Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung waren Urteile, die nach einer Verständigung ergangen waren, in vollem Umfang in der Rechtsmittelinstanz nachprüfbar. Die Verständigung entfaltete keine innerprozessuale Bindung, die das Rechtsmittelgericht in seiner Prüfungsbefugnis einschränken konnte, da schon ein Rechtsirrtum des Gerichts die Lösung von der Absprache ermöglichte. Der in der Praxis der Instanzgerichte verbreiteten Tendenz, in den Rechtsmittelverzicht auszuweichen, ist der Bundesgerichtshof mehrfach, so etwa durch die Pflicht zur „qualifizierten“ Belehrung

¹³⁹ So BGHSt 37, 10 für den Fall, dass der Angekl. ein Rechtsmittel im Vertrauen auf die Zusage der Staatsanwaltschaft zurücknimmt, ein anderes Verfahren nach § 154 Abs. 1 StPO einzustellen.

¹⁴⁰ BGH NStZ 2004, 338, 339; vgl. auch Weider NStZ 2002, 174, 175.

entgegengetreten.¹⁴¹ Das neue Recht unterstreicht dies: Es schreibt nicht nur eine „qualifizierte“ Belehrung vor,¹⁴² sondern schließt - insoweit über die Rechtsprechung hinausgehend - den Rechtsmittelverzicht bei abgesprochenen Urteilen vollständig aus.

Den Vorschlägen des Bundesrats und der Bundesrechtsanwaltskammer, die Berufung gegen abgesprochene Urteile auszuschließen und die Revision auf bestimmte Beschwerdepunkte zu beschränken,¹⁴³ ist der Gesetzgeber nicht gefolgt. Auf die entsprechende Rüge selbst des geständigen Angeklagten hin prüft das Revisionsgericht deshalb, ob der Tatrichter seiner Pflicht zur umfassenden Aufklärung des Sachverhalts (§ 244 Abs. 2 StPO) nachgekommen ist. § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass diese Pflicht „unberührt“ bleibt. Auch das entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁴⁴ sowie des Bundesverfassungsgerichts.¹⁴⁵ Gleichwohl hat die Vorschrift teilweise heftige Kritik erfahren,¹⁴⁶ vom systematischen Standpunkt aus betrachtet wohl mit Recht, weil Wahrheit nicht vereinbart werden kann, sondern ermittelt werden muss, Konsens und Amtsermittlung deshalb notwendig entgegengesetzt sind.¹⁴⁷ In der Praxis dürfte die Vorschrift allerdings weitgehend bedeutungslos sein, soweit sie sich auf Angeklagte bezieht, die in die Absprache eingebunden sind: Wenn die Staatsanwaltschaft bereits ohne Geständnis hinreichenden Tatverdacht bejaht hat und der Tatrichter dieser Bewertung durch die Eröffnung des Hauptverfahrens beitreten konnte, trägt ein „anklagekonformes“ Geständnis die Verurteilung auch dann, wenn es sich um eine „schlanke“ Einlassung handelt. Die Wahrscheinlichkeit, dass die Aufklärungsrüge eines geständigen Angeklagten Erfolg haben könnte, ist allenfalls gering. In der Praxis der Revisionsgerichte geringe Bedeutung hat auch die Prüfung des Wahrheitsgehalts von Geständnissen, die hinter dem Anklagevorwurf zurückbleiben. Auf die Revision des Angeklagten wird solches regelmäßig nicht geprüft. Beanstanden Staatsanwaltschaft oder Nebenkläger Defizite bei der Aufklärung, so müssen sie sich die Frage entgegenhalten lassen, weshalb es sich dem Tatrichter aufdrängen sollte, weitere Beweise zu erhe-

¹⁴¹ Vgl. etwa BGHSt 50, 40.

¹⁴² § 302 Abs. 1 Satz 2, § 35a Satz 3 StPO; vgl. hierzu BT-Drucks 16/12310 S. 9.

¹⁴³ § 312 Satz 2, § 337 Abs. 3 StPO in der Fassung des Gesetzentwurfs des Bundesrats BT-Drucks. 16/4197; § 312, § 337 Abs. 3 in der Fassung des BRAK-Entwurfs.

¹⁴⁴ Vgl. nur BGHSt 43, 195, 204.

¹⁴⁵ Vgl. bereits BVerfG NStZ 1987, 419 m. Anm. *Gallandi*.

¹⁴⁶ Vgl. etwa *Meyer-Gößner* EH § 257c Rn. 3: „Lippenbekenntnis“; ähnlich *Fischer* StraFo 2009, 177, 181 zur Unvereinbarkeit von Wahrheitsermittlung und Konsensprinzip; *Schünemann* ZRP 2009, 104, 106; *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625, 2631: „unrealistisch und in sich widersprüchlich“; aber auch *Kröpil* JR 2010, 96, 99, der die notwendige Sachaufklärung (jedenfalls?) normativ für gewährleistet erachtet.

¹⁴⁷ Vgl. *Fischer* StraFo 2009, 177, 181.

ben, wenn Anklagebehörde und Nebenklage solches nicht für erforderlich gehalten haben. Zudem verbieten sich Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft gegen abgesprochene Urteile in aller Regel schon deshalb, weil die Verständigung nur mit ihrer Zustimmung zustande kommen konnte (§ 257c Abs. 3 Satz 4 StPO). Legt die örtliche Staatsanwaltschaft trotz ihrer Zustimmung Rechtsmittel ein, setzt sie ihren Ruf als verlässliche Verhandlungspartnerin aufs Spiel und läuft Gefahr, sich den Vorwurf des Vertrauensbruchs gegenüber dem „eigenen“ Gericht zuzuziehen. Reale Bedeutung hat § 257c Abs. 1 Satz 2 StPO danach vor allem dann wenn es um die Verurteilung eines nicht verständigungsbereiten Angeklagten aufgrund von Geständnissen seiner Mitangeklagten geht;¹⁴⁸ diese Konstellation hat die Vorschrift indessen nicht im Blick.

In seiner Entscheidung vom 3. März 2005 hat der Große Senat für Strafsachen die Frage, ob und in welchem Maße im Revisionsverfahren - mit Blick auf die Besonderheiten des Abspracheverfahrens, etwa unter dem Blickwinkel widersprüchlichen Verhaltens - bestimmte Verfahrensrügen ausgeschlossen sein könnten als offen und regelungsbedürftig bezeichnet.¹⁴⁹ Gleichwohl regelt das neue Recht diesen Komplex nicht. Deshalb ist nach wie vor auf die bisherige Rechtsprechung zur Verwirkung von Verfahrensrügen zurückzugreifen, die sich auf Prozesshandlungen beziehen, die einer Verständigung vorausgehen. Danach sind etwa Befangenheitsrügen unzulässig, wenn der Angeklagte nach sachlicher Bescheidung seines Befangenheitsantrags mit den zuvor als befangen abgelehnten Richtern eine Urteilsabsprache trifft. Denn durch seine Mitwirkung bringt er regelmäßig zum Ausdruck, dass das Misstrauen gegen die Unparteilichkeit der Richter ausgeräumt ist; beanstandet er dies dennoch mit der Revision, setzt er sich dem Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens aus. Etwas anderes soll allerdings dann gelten, wenn sich nach der Verständigung eine neue Sachlage ergibt, wenn etwa das Gericht an der Verständigung nicht mehr festhält oder wenn besondere Umstände vorliegen, die trotz der Absprache ein fortbestehendes Misstrauen in die Unparteilichkeit des Gerichts rechtfertigen.¹⁵⁰ Die Rüge, der Tatrichter habe einen Antrag auf Austausch des Pflichtverteidigers nicht verbeschieden, ist unzulässig, wenn der Angeklagte nach diesem Antrag unter Mitwirkung des Pflichtverteidigers eine Verständigung getroffen hat.¹⁵¹ Vergleichbares wird für Beweisanträge anzunehmen sein, die der Angeklagte vor der Ablegung eines abgesprochenen Geständnisses gegen den Schuldspruch ins Feld geführt hatte: Eine Rüge formellen Beweisan-

¹⁴⁸ BGHSt 48, 161, 168f. m. Anm. *Weider* StV 2003, 266.

¹⁴⁹ BGHSt 50, 40, 52.

¹⁵⁰ BGH NJW 2009, 690.

¹⁵¹ BGH StraFo 2010, 157.

tragsrechts dürfte mit Blick auf die Widersprüchlichkeit des Prozessverhaltens des Angeklagten - das Geständnis in der Tatsacheninstanz schließt das Festhalten an bestreitenden Beweisbehauptungen aus - rechtsmissbräuchlich und deshalb unzulässig sein.¹⁵² Die Rüge, das Gericht habe im Verständigungsverfahren gegen das prozessuale Fairnessgebot verstoßen, ist subsidiär. Übt das Gericht unzulässigen Druck auf den Angeklagten aus, indem es ihm etwa die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung androht, liegt ein schwerwiegender Verstoß vor, der zur Ablehnung des betroffenen Richters berechtigt. Der Bundesgerichtshof betrachtet die Regeln über die Ablehnung dann aber auch als vorgreiflich, so dass der Angeklagte die Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren in der Revisionsinstanz nicht mehr geltend machen kann, wenn er das erforderliche Ablehnungsgesuch versäumt hat.¹⁵³ Diese Rechtsprechung hat weiterhin Bestand. Da das neue Gesetz keine besondere Verfahrensordnung für das Abspracheverfahren geschaffen hat, gilt das allgemeine Verfahrensrecht, wie etwa das Recht des Angeklagten auf das letzte Wort (§ 258 Abs. 2 StPO) auch dann, wenn eine verfahrensbeendende Verständigung stattgefunden hat. In diesen Fällen besteht allerdings besonderer Anlass, das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstoß zu prüfen. Mit dem Hinweis, das Ergebnis des Verfahrens habe ohnedies schon festgestanden, kann die Ursächlichkeit von Verfahrensverstößen indessen nicht verneint werden.¹⁵⁴

III.

Bereits bei der ersten Durchsicht der neuen Vorschriften entsteht der Eindruck, dass es sich wohl nicht um das berühmte „berichtigende Wort des Gesetzgebers“ handelt, das nach einem von Kirchmann zugeschriebenen Wort „ganze juristische Bibliotheken zur Makulatur werden lässt“. Der zweite Blick bestätigt diese Einschätzung.¹⁵⁵ Der Gesetzgeber hat sich ersichtlich darauf beschränkt, „durch verdeutlichende Regelungen Auswüchse einzudämmen und Unsicherheiten zu beseitigen“. Im Ergebnis ist er damit den Empfehlungen gefolgt, die bereits der 58. Deutsche Juristentag gegeben hatte.¹⁵⁶ Viele Fragen bleiben nach wie vor der Rechtsprechung überlassen; die Mehrzahl der von den Obergerichten entwickelten Lösungen ist weiter-

¹⁵² Vgl. *Senge* jurisPR-StrafR 4/2009; die Aufklärungsrüge bleibt auch dem geständigen Angeklagten unbenommen; sie dürfte aber in den seltensten Fällen zum Erfolg führen.

¹⁵³ BGH NStZ 2005, 526; die Verfassungsbeschwerde des Angeklagten wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG - Kammer - Beschl. v. 8.12.2005 - 2 BvR 799/05.

¹⁵⁴ BGH, Beschl. v. 4. 2. 2010 - 1 StR 3/10.

¹⁵⁵ So auch die Bewertung von Niemöller in Niemöller/Schlothauer/Weider, aaO S. 6.

¹⁵⁶ Verhandlungen Bd. II L 206.

hin verbindlich. Dies gilt auch für die hauptsächlichen Probleme des Konsensualverfahrens, nämlich für die Möglichkeit nötigungsähnlicher Druckausübung bei ihrem Zustandekommen und für die Rechtsfolgen gescheiterter Absprachen: Der Gesetzgeber hat weder die Sanktionsschere entschärft noch ein Recht der Leistungsstörungen geschaffen. Hinter den Vorschlägen des Bundesrats und der Bundesrechtsanwaltskammer, die einen weiteren Schritt in die Richtung eines eigenständigen Konsensualverfahrens gehen wollten, bleibt das neue Recht zurück. Dem Appell des Großen Senats, der die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen der Urteilsabsprachen gesetzlich geregelt sehen wollte,¹⁵⁷ ist der Gesetzgeber damit nur unvollkommen nachgekommen; er hat sich weitgehend darauf beschränkt, die bisherigen Ergebnisse der Rechtsprechung festzuschreiben. „Mission failed“ also? Mit diesem Befund würde man dem Gesetzesvorhaben Unrecht tun. Es hat in einer rechtlichen Grauzone Grenzen aufgezeigt und Sicherungen eingebaut. Sein Verdienst liegt nicht zuletzt darin, dass das geltende Recht vor weiterer Erosion geschützt und dass der „deal“ in das Licht der Hauptverhandlung geholt wird.¹⁵⁸ Das sollte nicht überbewertet, aber auch nicht unterschätzt werden. Ob der Gesetzgeber gut beraten gewesen wäre, wenn er eine umfassendere oder anspruchsvollere Lösung Angriff genommen hätte, mag bezweifelt werden.

¹⁵⁷ BGHSt 50, 40, 64.

¹⁵⁸ Nach *Bittmann* wistra 2009, 414 fördert und bremst das neue Gesetz zugleich; dem dürfte zuzustimmen sein.

Über die „Kunst des Urteilschreibens“

EKKEHARD APPL

I. Einleitung

Auf den ersten Blick könnte man durchaus hinterfragen, ob ein Beitrag, der sich mit dem Abfassen eines strafrechtlichen Urteils befasst, nicht vornehmlich der Ausbildung von Referendaren dient, keine wissenschaftlichen Ansprüche erheben kann und deshalb der Aufnahme in eine Festschrift von vornherein unwürdig ist. Hat nicht die Strafrechtswissenschaft zahlreiche äußerst diffizile und anspruchsvolle Rechtsfragen zu bieten, deren Aufarbeitung weitaus lohnender wäre, als die Beschäftigung mit scheinbar schlichten handwerklichen Fähigkeiten, die jeder Strafrichter perfekt zu beherrschen glaubt? Bereits bei näherer Betrachtung des eindrucksvollen beruflichen Werdegangs der Jubilarin ergibt sich freilich ein differenzierteres Bild:

Die zu Ehrende war über viele Jahre am Landgericht Bochum in verschiedenen Strafkammern tätig, zuletzt vor ihrer Ernennung zur Richterin am Bundesgerichtshof als Vorsitzende einer Schwurgerichtskammer. In dieser Zeit hat sie selbst zahlreiche erstinstanzliche Strafurteile verfasst. In der Revisionsinstanz beim Bundesgerichtshof hat sie fast zweiundzwanzig Jahre lang zunächst als Mitglied des 3. Strafsenats, seit 2002 als Vorsitzende des 2. Strafsenats, vornehmlich erstinstanzliche Urteile der Landgerichte gelesen und bearbeitet sowie - auch noch als Vorsitzende - Revisionsurteile verfasst, zuletzt im Juni 2010 das wegweisende Urteil zur Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch.¹ Allein in den ca. 9 Jahren als Vorsitzende des 2. Strafsenats hat die Jubilarin etwa 600 landgerichtliche Urteile jährlich, in der Summe also ungefähr 5400!! Urteile nebst dazugehörigen Revisionschriften gelesen und auf Rechtsfehler überprüft. Diese Zahlen verdeutlichen, dass die berufliche Tätigkeit einer Strafsenatsvorsitzenden nicht nur geprägt, sondern nahezu ausgefüllt wird, durch die Lektüre von Urteilen, die in Umfang und Qualität unterschiedlicher nicht sein könnten.² Entsprechend unterschiedlich fällt auch der „Genuss“ der Lektüre aus, wofür gele-

¹ BGH NJW 2010, 2963 - zur Aufnahme in BGHSt vorgesehen.

² Das gilt ebenso für Revisionsschriften, die bisweilen Besinnungsaufsätzen gleichen und dann wenig geeignet sind, einem Angeklagten zu seinem Recht zu verhelfen.

gentliche Eingangsanmerkungen der Jubilarin im Revisionsheft, wie z. B.: ein bemerkenswert gutes - schwulstiges - furchtbar langatmiges - geschwätziges Urteil, ein sicherer Beleg sind. Schon unter dem Gesichtspunkt der beruflichen Lebensleistung der zu Ehrenden³ scheint also eine nähere Befassung mit dem Strafurteil als dem „täglichen Brot“ des Revisionsrichters durchaus gerechtfertigt. Hinzu kommt folgendes:

Eine Vielzahl von Urteilsaufhebungen durch den Bundesgerichtshof hat seine Grundlage nicht etwa in der Verkennung schwieriger Rechtsfragen durch das Tatgericht, sondern beruht vielmehr auf handwerklichen Mängeln bei der Abfassung der Entscheidungsgründe; denn auch ein „richtiges“ Urteil unterliegt „falsch“ geschrieben der Aufhebung. So führen z. B. nicht selten sogenannte Darstellungsmängel bei der Sachverhaltsfeststellung oder Erörterungsmängel bei der Beweiswürdigung zur Aufhebung des Urteils. Dabei ist es für den Urteilsverfasser, der - nach mitunter monatelanger Hauptverhandlung - viel Mühe und Arbeit in die Abfassung zum Teil mehrerer hundert Seiten langer Urteilsgründe investiert hat, schon beinahe eine kleine Katastrophe, wenn einfach vermeidbare Fassungsfehler zur Aufhebung eines in der Sache häufig richtigen Urteils führen.

II. Der Urteilsadressat - Aufgaben des schriftlichen Urteils

Das Wort „Urteil“ findet sich erstmals in den Akten des Brandenburger Schöppenstuhls des 16. Jahrhunderts, der seine Rechtsauskünfte „Belehrungsurteil“, seit dem 17. Jahrhundert „Informationsurteil“ und im 18. Jahrhundert „Urteil“ oder „Sentenz“ nannte. Das schriftliche Urteil soll für jeden, der es liest, das strafbare oder zunächst für strafbar gehaltene Geschehen von der Grundlage des Strafgesetzes aus auf alle objektiven und subjektiven Voraussetzungen hin prüfen und so dem Leser die Erwägungen klarmachen, auf die der Richter seinen Schuld- und Rechtsfolgenausspruch oder aber seinen Freispruch gestützt hat. Zu den Lesern eines rechtskräftigen Urteils zählen in erster Linie die Prozessbeteiligten, hier vornehmlich der Angeklagte, aber auch z. B. Vollzugs- und Gnadenbehörden, Strafvollstreckungsrichter, Bewährungshelfer etc.; ein angefochtenes Urteil wird zudem vom jeweiligen Rechtsmittelgericht gelesen und geprüft.

Den Inhalt des Urteils behandelt - allerdings nicht erschöpfend - die Strafprozessordnung hauptsächlich in den §§ 260, 267 und 275 StPO. Die Bestimmungen über die Gründe sind in § 267 StPO, diejenigen über den sonstigen Inhalt des Urteils in §§ 260, 275 Abs. 2 u. 3 StPO enthalten. Im

³ Die zudem bei zahlreichen, dem Erfahrungsaustausch mit Tatrichtern dienenden Veranstaltungen immer wieder über dieses Thema referiert hat.

Wesentlichen besteht ein Urteil aus den fünf Komponenten Eingang (= Rubrum), Urteilsformel (= Tenor), Liste der angewendeten Vorschriften, Urteilsgründe und Unterschriften. Dieser Beitrag will und kann nur grundlegende Fragen bei der Abfassung der Urteilsgründe ins Blickfeld nehmen, im Übrigen ist auf entsprechende Literatur zu verweisen.⁴

Ein Urteil so zu begründen, dass alles Wesentliche aber auch nichts als dies darin steht, ist alles andere als leicht. Die Urteilsgründe sind nicht dazu da, Gelehrsamkeit oder Wissenschaftlichkeit zu erweisen; der Urteilsverfasser soll praktisch sein und immer das Endergebnis im Auge behalten. Dabei ist zu bedenken, dass die Gründe einerseits insbesondere für den Angeklagten verständlich sein sollen, andererseits aber auch das Rechtsmittelgericht von der Richtigkeit der getroffenen Entscheidung überzeugen müssen. Darin liegt ein gewisser Spagat: Der Angeklagte will wissen, warum das Gericht nicht ihm sondern vielmehr einem Zeugen geglaubt hat und warum die Strafe so und nicht milder ausgefallen ist. Die Urteilsbegründung soll ihm zeigen, dass er verstanden, mit seinen Einwendungen ernst genommen worden ist und dass die Richter sich die erforderliche Mühe mit seinem Fall gegeben haben.⁵ Juristische Fragen hingegen, so z. B. warum er wegen Untreue und nicht wegen Betruges verurteilt worden ist, sind für den Angeklagten - anders für das Revisionsgericht - häufig von untergeordneter Bedeutung. Der ehemalige Amtsrichter und Professor *Vultejus*⁶ erteilt insoweit für den Umgang mit der Revisionsinstanz folgenden Rat:

„Es ist nicht nur sinnvoll, sondern auch in der Strafprozessordnung vorgeschrieben, dass die Straftat im Urteil genau bezeichnet wird. Mehr ist aber von Übel. Es reizt nur das Rechtsmittelgericht zu Korrekturen. Man kann nie sicher sein, ob man die - zufällig? - geltende Rechtsauffassung des Revisionsgerichts trifft...Die Revisionsrichter sollten nur das angefochtene Urteil prüfen. In Wahrheit lesen sie natürlich die gesamten Strafakten und überlegen, ob das Urteil nach dem Inhalt der Strafakten plausibel ist oder nicht.“

Wer diesen - von völliger Unkenntnis der Arbeit eines Revisionsgerichts zeugenden - Rat eines ehemaligen Praktikers und Strafrechtswissenschaftlers befolgt, wird zwangsläufig Schiffbruch erleiden. So ist es eine - allerdings verbreitete - Mär, Revisionsrichter würden sämtliche Strafakten lesen und aufgrund der dadurch gewonnenen Überzeugung urteilen. Tat-

⁴ Vgl. *Meyer-Goßner/AppI* Die Urteile in Strafsachen, 28. Aufl.; *Meyer-Goßner* NStZ 1988, 529 ff.; *Winkler SchlHA* 2006, 245 ff. sowie *Föhrig* Kleines Strafrichter-Brevier, 2008 S. 91 ff.; zu materiell-rechtlichen Fehlern in Strafurteilen aus revisionsrechtlicher Sicht *Meyer-Goßner* NStZ 1986, 49 ff. und 103 ff.

⁵ *Sarstedt* Rechtsstaat als Aufgabe, 1987 S. 142.

⁶ *Vultejus* ZRP 2008, 130, 131.

sächlich ist dem Revisionsrichter ein Blick in die Strafakten - wenn nicht eine entsprechende Verfahrensrüge dazu zwingt - grundsätzlich verwehrt. Das Revisionsgericht darf bei einer Sachrüge nur die Urteilsurkunde zum Gegenstand seiner Entscheidung machen, alle anderen Erkenntnisquellen sind ihm verschlossen.⁷ Im Übrigen setzt bereits der immense Arbeitsanfall - ein Strafsenat besetzt mit sieben Richtern einschließlich des Vorsitzenden erledigt im Jahr mehr als 600 Verfahren - jeglicher Neugier enge Grenzen. Wer, wie der 2. Strafsenat unter Vorsitz der Jubilarin erst vor wenigen Wochen in einem Untreueverfahren, ein aus sieben Leitzordnern bestehendes, ca. 3000 Seiten umfassendes Senatsheft⁸ durchzuarbeiten hat, verspürt nicht die geringste Neigung, ohne Not auch noch in den 45 Bände umfassenden, 19500 Seiten starken Sachakten zu stöbern. Entscheidungsgrundlage für das Revisionsgericht ist also das erstinstanzliche Urteil, das - anders als von *Vultejus* empfohlen - in aller Regel auch Rechtsausführungen enthalten muss, um Bestand zu haben.⁹

III. Umfang und Inhalt eines „guten“ Urteils

Wie lang muss oder darf ein gutes Urteil sein?

Diese Frage lässt sich nicht pauschal beantworten, kommt es doch auf die Zahl der Angeklagten und der ihnen vorgeworfenen Taten sowie die Schwierigkeit der Sache an. Bei einfach gelagerten, gehäuft auftretenden Sachverhalten mit geständigen Angeklagten kann eine Urteilsbegründung von fünf Seiten völlig ausreichend sein,¹⁰ während bei komplexen Wirtschaftsstrafverfahren in seltenen Ausnahmefällen auch 100 Seiten oder mehr vonnöten sein können. Generell ist aber die Tendenz zu beobachten, dass Urteile - und zwar nicht nur landgerichtliche Urteile, sondern auch Entscheidungen des Bundesgerichtshofs - zunehmend umfangreicher werden.¹¹ Was aber ist der Grund dafür? Den notwendigen Inhalt der Urteilsgründe umreißt § 267 StPO. Obwohl dieser Paragraph im Laufe der Jahre immer mehr ausgeweitet und nunmehr zur wohl umfangreichsten Vorschrift der gesamten StPO geworden ist, enthält er keineswegs alles das, was bei der Abfassung der Urteilsgründe zu beachten ist. So ist ein großer Teil der

⁷ BGHSt 35, 238, 241.

⁸ Ein Senatsheft enthält neben dem angefochtenen erstinstanzlichen Urteil in der Regel die Revisionsbegründungen, evtl. Gegenerklärungen sowie die Stellungnahme des Generalbundesanwalts.

⁹ Dazu *Meyer-Goßner/Appel* aaO Rn 409 ff. sowie unten III. 4.

¹⁰ Z. B. bei sogenannten „Schluckerfällen“, d. h. bei am Flughafen aufgegriffenen Rauschgiftkurieren, die inkorporiert Kokain einführen.

¹¹ Diesen Umstand hat bereits *Sarstedt* aaO S. 139 ff. im Jahre 1974 beklagt.

Regeln, nach denen sich die Begründung richtet, von der Rechtsprechung frei entwickelt und vor allem ausgeweitet worden. In seiner ursprünglichen Fassung des Jahres 1877 setzte § 275 StPO dem Gericht noch eine Frist von nur drei Tagen zur Abfassung der Gründe, welche im Jahre 1921 auf eine Woche verlängert wurde.¹² Es versteht sich von selbst, dass es ohne den Einsatz von moderner Textverarbeitung unmöglich war, in solch kurzer Frist Urteile von mehreren hundert Seiten anzufertigen. Dass die Urteilsgründe im Laufe der Zeit immer länger wurden, ist neben der modernen Textverarbeitung dem Fortschritt in der Kriminalwissenschaft und -technik geschuldet, der zum vermehrten Einsatz von Sachverständigen im Strafprozess führt. Dementsprechend verlangen die Revisionsgerichte heute eine differenzierte Auseinandersetzung mit z. B. eingeholten anthropologischen Gutachten, mit Gutachten zur Blutalkoholkonzentration und zu DNA-Spuren, mit psychologischen Gutachten zur Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage, mit psychiatrischen Gutachten zur Schuldfähigkeit sowie zur Gefährlichkeit des Täters usw. Die insoweit vom Bundesgerichtshof gestellten Begründungsanforderungen sind durchaus beachtlich.¹³ Auch permanente Gesetzesänderungen fordern dem Tatrichter vermehrte Schreibarbeit ab. So ist er z. B. nach der gesetzlichen Normierung der Verständigung im Strafverfahren in § 257 c StPO gemäß § 267 Abs. 3 S. 5 StPO gehalten, im Falle einer Verständigung dies in den Urteilsgründen offenzulegen;¹⁴ bei Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB hat er entsprechend der Neufassung des § 67 Abs. 2 S. 2 u. 3 StGB für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzulegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang ein Vorwegvollzug eines Teils der Strafe unter Berücksichtigung der ebenfalls in den Urteilsgründen präzise zu erörternden voraussichtlichen Therapiedauer zu erfolgen hat.¹⁵

Allein die im Laufe der Zeit stetig gestiegenen Begründungsanforderungen erklären indes noch nicht die signifikante Zunahme überlanger Urteile speziell einiger Landgerichte. So veranlasst auch die - dem gegenwärtigen Zeitgeist geschuldete - Angst später an den öffentlichen Pranger gestellt zu

¹² Freilich wurde § 275 StPO bis zur Einführung des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 7 Alt. 2 StPO durch das 1. Strafverfahrensreformgesetz vom 9. Dezember 1974 (BGBl. I 3393, 3533) als Ordnungsvorschrift und Fristüberschreitungen demzufolge als nicht revisibel angesehen, *Hamm* Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. Rn 479, Fn 1087.

¹³ Vgl. dazu auch unten III. 4.

¹⁴ Der Angabe des Inhalts der Verständigung bedarf es in den Urteilsgründen nicht; insoweit erfolgt die Dokumentation in der Sitzungsniederschrift (§ 273 Abs. 1a StPO), vgl. BGH NStZ-RR 2010, 151.

¹⁵ BGH NStZ 2009, 87.

werden,¹⁶ viele Tatrichter, in allen nur erdenklichen Fällen die Anwendung einer - gegebenenfalls auch vorbehaltenen - Sicherungsverwahrung ausdrücklich zu erörtern, um sich so vorsorglich zu exkulpieren. Darüber hinaus versucht so mancher Tatrichter das Revisionsgericht durch Ausführlichkeit sowohl von der Sorgfalt seiner Arbeit als auch von der Richtigkeit des festgestellten Sachverhalts zu überzeugen, dabei außer Acht lassend, dass ausführliche Gründe erfahrungsgemäß auch mehr Angriffsflächen bieten. Der ehemalige Bundesrichter *Winkler* hat dazu an etwas verborgener Stelle einen lesenswerten Beitrag unter dem Titel „Schreiben wir uns tot? - Vom Mut zur Kürze bei der Begründung eines Urteils in Strafsachen“ verfasst.¹⁷ Zutreffend bemängelt er, dass aufgeblähte Urteile, die viel zu lang sind, unnötige Ressourcen beim Abfassen, beim Schreibdienst, beim Lesen durch die anderen Kammermitglieder und schließlich bei der Kontrolle durch das Revisionsgericht vergeuden. Das wirft die Frage auf, wo liegt Einsparpotential, d. h. an welchen Stellen kann und sollte sich der Tatrichter kürzer fassen, aber auch, an welcher anderen Stelle besteht vielleicht sogar ein gesteigertes Begründungserfordernis. Beim Bundesgerichtshof besteht die Übung, den Urteilsentwurf des Berichterstatters einer sogenannten Fassungsberatung durch den gesamten Senat zu unterziehen. Dabei werden jedes Argument und jeder Satz auf den Prüfstand gestellt unter dem Aspekt „brauchen wir das für die Falllösung?“ In aller Regel ist das aus einer solchen Beratung erwachsende Urteil dann deutlich kürzer als der Entwurf des Berichterstatters. Eine entsprechende kritische Endkontrolle ist auch den Landgerichten anzuraten und zwar hinsichtlich aller fünf Hauptbestandteile eines verurteilenden Erkenntnisses, nämlich persönliche Verhältnisse (1), Feststellungen (2), Beweiswürdigung (3), rechtliche Würdigung (4) und Rechtsfolgen (5).

1. Die persönlichen Verhältnisse

Wird der Angeklagte verurteilt, muss sich das Urteil mit den persönlichen Verhältnissen des Angeklagten (Vorleben, Vorstrafen, berufliche Entwicklung, Familienverhältnisse, Krankheiten, Eigenarten etc.) auseinandersetzen. Enthält das Urteil hierzu keine Ausführungen, liegt darin ein sachlich-rechtlicher Mangel, der zur Aufhebung im Rechtsfolgenausspruch führt.¹⁸ Allerdings sind die Feststellungen zur Person kein Selbstzweck. Sie dürfen

¹⁶ Vgl. z. B. die Bildzeitung vom 6. August 2010, die unter Ablichtung und unter voller Namensnennung eines Vorsitzenden Richters am Landgericht auf der Titelseite reißerisch aufmacht: „Justizschande - Dieser Richter ließ einen Sex-Täter laufen. Trotz Warnung vom Gutachter.“

¹⁷ *Winkler* aaO S. 245 ff.

¹⁸ BGH NStZ-RR 2007, 236 mwN; OLG Köln StraFo 2009, 242.

nur insoweit in die Urteilsgründe aufgenommen werden, wie ihre Kenntnis zur Beurteilung der Schuld- und Straffrage erforderlich ist. So ist es mehr als überflüssig, z. B. bei einem wegen Untreue verurteilten 60-jährigen GmbH-Geschäftsführer dessen Kindheit und Schulzeit in allen Details zu schildern. Der Bundesgerichtshof sagt dazu folgendes:

„Das Landgericht hat den persönlichen Werdegang des Angeklagten auf neun eng beschriebenen Seiten geschildert und hierbei zu dem mehr als 30 Jahre vor der Tat beginnenden Werdegang ausgeführt... Dabei ergibt sich aus der Beweiswürdigung, dass in jeder Hinsicht entscheidungsunerhebliche Details teilweise nicht einmal ohne nennenswerten Aufwand in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind, sondern sogar Gegenstand ‘streitiger’ Beweisaufnahme waren... Derartige überflüssige Feststellungen führen zu einer Aufblähung der Beweisaufnahme und der Urteilsgründe. Unnötig umfangreiche Urteilsbegründungen, wie sie in zunehmendem Maße zu beobachten sind, laufen damit nicht nur dem Erfordernis der Schonung der knappen Rechtsprechungsressourcen zuwider, sondern bringen den Tatrichter in die (hier allerdings nicht entstandene) Gefahr, dass die bestimmenden Umstände im Sinne des § 267 Abs. 3 S. 1 StPO in den Hintergrund treten.“¹⁹

Zum einen bringt der Bundesgerichtshof damit seinen Unmut zum Ausdruck, sich durch seitenlange, sachlich nicht gebotene Biographien quälen zu müssen, andererseits weist er auf die Gefahr hin, dass die Unüberschaubarkeit zu langer Urteile die Gefahr in sich birgt, das Fehlen von entscheidenden Feststellungen nicht zu bemerken, die zur Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals erforderlich gewesen wären.²⁰

Auch sämtliche Vorstrafen des Angeklagten müssen nicht schematisch aufgezählt werden.²¹ So ist es etwa überflüssig, bei einem mehrfach einschlägig vorbestraften Bankräuber mitzuteilen, dass dieser als 14-jähriger betrunken Mofa gefahren ist oder dass ein Mörder als Jugendlicher wegen eines Ladendiebstahls verwarnet worden war. Die vielfach zu beobachtende Methode, einfach den Computerausdruck aus dem Bundeszentralregister in die Urteilsgründe zu übernehmen, nährt den Verdacht, der Richter habe sich nicht wirklich ernsthaft mit den Vorstrafen des Angeklagten befasst und birgt im Übrigen die Gefahr, dass nach § 51 Abs. 1 BZRG zur Zeit der Hauptverhandlung unverwertbar gewordene Vorstrafen Eingang in die

¹⁹ BGHR StPO § 267 Abs. 3 S. 1 Strafzumessung 20.

²⁰ So auch *Föhrig* aaO S. 106, der darauf hinweist, dass Widersprüche in eigener Produktion auf 20 Seiten leichter denn auf 120 Seiten erkannt werden.

²¹ Vgl. § 243 Abs. 5 S. 3 StPO.

Urteilsgründe finden.²² Andererseits sind nähere Feststellungen zu einschlägigen Vorstrafen immer dann erforderlich, wenn ihnen indizielle oder strafzumessungsrechtliche Bedeutung zukommt, insbesondere auch dann, wenn die Anordnung von Sicherungsverwahrung erwogen wird; dann sind die formellen Voraussetzungen des § 66 StGB mit allen notwendigen Einzelheiten wie Tatzeit, Vollstreckung und Höhe der Einzelstrafen darzulegen.²³ Auch ist - was beim gedankenlosen Abschreiben des Strafregistrauszuges oftmals vergessen wird - der Vollstreckungsstand einzelner Vorverurteilungen dann festzustellen und mitzuteilen, wenn eine Gesamtstrafenbildung mit der neuerlichen Verurteilung in Betracht kommt. Nur so wird das Revisionsgericht nämlich in die Lage versetzt, die Richtigkeit der Gesamtstrafenbildung zu überprüfen.²⁴ Wenn eine zur Bewährung ausgesetzte Strafe in eine zu vollstreckende Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen wird, sind wegen der Anrechnungspflicht der §§ 58 Abs. 2 S. 2 i. V. m. 56 f Abs. 3 StGB zur Erfüllung von Auflagen erbrachte Leistungen im Urteil mitzuteilen.²⁵

Immer wieder geschieht es auch, dass nach Aufhebung eines Urteils nur im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen in den Gründen des neu ergangenen Urteils „zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen“ auf die Feststellungen des aufgehobenen Urteils zu den persönlichen Verhältnissen Bezug genommen wird; dies ist unzulässig und führt zwingend zu einer ärgerlichen erneuten Urteilsaufhebung, weil die Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen systematisch zum Strafausspruch gehören und deshalb bei der ersten Urteilsaufhebung mitaufgehoben waren.²⁶

Nach alledem sind Feststellungen zu Werdegang, Vorleben und Persönlichkeit eines Angeklagten - in angemessener Kürze - bei verurteilenden Erkenntnissen stets notwendig, um nachvollziehbar zu machen, ob der Tatrichter die wesentlichen Anknüpfungstatsachen für die Strafzumessung ermittelt und berücksichtigt hat. Aber auch bei freisprechenden Urteilen können - was in der Praxis häufig übersehen wird und Aufhebungspotential birgt - Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen erforderlich sein, wenn diese für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht notwendig sind.²⁷ Das kann z. B. der Fall sein bei Umständen aus dem Vorleben, denen indizielle Bedeutung für die angeklagte Tat zukommt.

²² BGHR StPO § 267 Abs. 1 S. 1 Sachdarstellung 1.

²³ BGH StraFo 2010, 256.

²⁴ BGH NStZ-RR 2010, 202.

²⁵ BGH NStZ-RR 2009, 201.

²⁶ BGH StraFo 2004, 211.

²⁷ BGHSt 52, 314; BGH NStZ 2010, 529.

2. Die Feststellungen

Die Sachverhaltsschilderung bildet das Kernstück des Strafurteils. Sie soll kurz, klar und bestimmt sein, alles Unwesentliche fortlassen und vor allen Dingen eine in sich geschlossene Darstellung aus einem Guss sein. Während das, was zur Erfüllung des Tatbestandes wichtig ist, präzise geschildert werden muss, können Vor- und Nachgeschichte der Tat kürzer dargestellt werden. Dagegen wird in der Praxis häufig verstoßen. Zwar kann die Darstellung der Vorgeschichte, aus der sich eine Straftat entwickelt hat, zu deren Verständnis geboten sein; wenn aber die Schilderung des eigentlichen Tatgeschehens z. B. auf Seite 50 eines Urteils beginnt, lässt das nur den Schluss zu, dass der Urteilsverfasser nicht die notwendige gedankliche Vorarbeit angestellt hat, eine wertende Auswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem zu treffen. Genau darin liegt aber die unverzichtbare geistige Leistung, die von einem Richter erwartet wird.

Häufig wird dagegen auf die Schilderung des subjektiven Tatbestandes zu wenig Sorgfalt verwendet. Zwar sind Ausführungen zum Vorsatz entbehrlich, soweit er sich unmittelbar aus dem objektiven Geschehen ergibt, so z. B. die Zueignungsabsicht bei einem Banküberfall. Wenn jedoch ein Angeklagter seinem Opfer einen Messerstich in den Oberkörper versetzt, muss zwingend erörtert werden, ob er dies mit Körperverletzungs- oder Tötungsvorsatz getan hat. In Vergewaltigungsfällen genügt es nicht festzustellen, es sei für den Angeklagten erkennbar gewesen, dass er den Geschlechtsverkehr gegen den Willen der Frau ausführte, weil sich daraus noch nicht ergibt, ob er dies auch erkannt hat. Bei Vergehen nach § 176 Abs. 1 StGB wird häufig vergessen anzugeben, welche Vorstellungen sich der Angeklagte von dem Alter des Kindes gemacht hat. Die Liste solcher - scheinbarer - Selbstverständlichkeiten, deren Nichtbeachtung immer wieder zu Urteilsaufhebungen führt, ließe sich beliebig fortsetzen.

Besonders augenfällig ist, dass freisprechende Urteile prozentual betrachtet wesentlich häufiger aufgehoben werden, als verurteilende Erkenntnisse. Das dürfte zwei Gründe haben:

Zum einen werden Revisionen von Staatsanwaltschaft und Nebenklage in der Regel nach reiflicherer Überlegung und eingehenderer Prüfung bei weitem nicht so inflationär und reflexartig eingelegt wie solche der Angeklagten. Sowohl den Generalstaatsanwaltschaften als auch dem Generalbundesanwalt, die nicht erfolversprechende staatsanwaltschaftliche Revisionen bereits im Land anhalten, bzw. auf deren spätere Rücknahme hinwirken, kommt insoweit eine nicht zu unterschätzende Filterfunktion zu.

Daraus erklärt sich auch die wesentliche höhere Erfolgsquote staatsanwalt-schaftlicher Revisionen.²⁸

Zum anderen liegt die höhere Aufhebungsquote vermutlich darin begrün-det, dass die Tatgerichte „im Freisprechen weniger geübt“ sind und die formalen Anforderungen an ein freisprechendes Urteil von denen eines verurteilenden Erkenntnisses durchaus abweichen. So ist im Falle eines Freispruchs zunächst kurz der Anklagevorwurf aufzuzeigen; ausnahmswei-se sind auch Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen erforder-lich.²⁹ Sodann muss - wogegen häufig verstoßen wird - in einer geschlosse-nen Darstellung aufgezeigt werden, welchen Sachverhalt das Gericht als festgestellt erachtet. Erst danach ist zu erörtern, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden konnten.³⁰ Wenn diese Grundsätze vom Tatrichter nicht beachtet werden, ist eine Urteilsaufhebung wegen Darstellungsmängeln nahezu unvermeidbar.³¹

Zuletzt besteht noch Anlass zu dem Hinweis, dass - was die Tatgerichte bisweilen verkennen - auch eine vorangegangene Verständigung nicht von der Verpflichtung enthebt, den entscheidungsrelevanten Sachverhalt aufzu-klären und darzulegen, um dem Revisionsgericht eine entsprechende Prü-fung zu ermöglichen.³²

3. Die Beweiswürdigung

Eine vollständige und erschöpfende Beweiswürdigung muss die Einlas-sung des Angeklagten sowie den maßgeblichen Inhalt der übrigen erhobe-nen Beweise wiedergeben und zusammenfassend begründen, warum die Feststellungen so und nicht anders getroffen wurden. Dabei trennt sich - um es bildlich auszudrücken - häufig „die Spreu vom Weizen“. In einem reinen Indizienprozess, z. B. bei einem Mord ohne Leiche und einem schweigen-den Angeklagten, plausibel darzulegen, warum man von der Täterschaft des Angeklagten überzeugt ist, erfordert einiges Geschick, müssen doch die Beweisgründe in sich logisch, geschlossen, klar und frei von Lücken oder Widersprüchen sein. Insbesondere müssen sie sich mit allen naheliegenden

²⁸ Ca. 95 % der Revisionen werden von Angeklagten eingelegt und führen in 12 % der Fälle zumindest zu einem Teilerfolg. 4 % der Revisionen, die aber zu 40 % erfolgreich sind, entfal-len auf die Staatsanwaltschaften; das restliche 1 % sind zu 10 % erfolgreiche Nebenklägerrevi-sionen.

²⁹ Vgl. oben III. 1.

³⁰ *Meyer-Goßner/AppI* aaO Rn 622; BGH NStZ-RR 2009, 116; 2010, 182.

³¹ Vgl. zuletzt z. B. BGH NStZ-RR 2009, 116; 2010, 182; Urt. v. 25. März 2010 – 1 StR 601/09.

³² BGH NStZ-RR 2010, 54 mwN.

Tatsachen und Umständen, die Schlüsse zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zulassen, auseinandersetzen. Dabei ist es allerdings - wie weit verbreitet und nicht ausrottbar - nicht erforderlich, ja bisweilen sogar schädlich, zunächst einmal aufzuzählen, welche Zeugen und Sachverständige das Gericht in der Hauptverhandlung vernommen, welche Urkunden es verlesen und welche Gegenstände es in Augenschein genommen hat. Wird etwa ein in der Anklage benannter Zeuge aufgeführt, auf den aber in der Hauptverhandlung verzichtet worden ist oder wird die Verlesung einer Urkunde behauptet, obwohl sie nur vorgehalten worden ist, kann dies die Revision begründen.³³

Ebenso verfehlt wäre es, den Inhalt der in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise zu dokumentieren, indem etwa die Zeugenaussagen der Reihe nach und in ihren Einzelheiten mitgeteilt oder über Seiten sämtliche Gesprächsinhalte einer Telefonüberwachung wiedergegeben werden. Auch ist es völlig überflüssig, für jede Feststellung, z. B. dazu, welchen Schulabschluss ein Angeklagter erworben hat, in den Urteilsgründen einen Beleg zu erbringen, also jeweils zu sagen „diese Feststellung beruht auf...., jene Feststellung beruht auf....“. Vielmehr muss das Beweisergebnis gesichtet und darf nur soweit erörtert werden, wie es für die Entscheidung von Bedeutung ist; alle nebensächlichen Einzelheiten sind fortzulassen. Wenn gegen diese scheinbar einfachen und einleuchtenden Grundregeln immer wieder von denselben Strafkammern eklatant verstoßen wird, entlädt sich der dadurch beim Bundesgerichtshof aufgestaute Unmut gelegentlich erup-tionsartig wie folgt:

„Die Fassung der 129 Seiten umfassenden Urteilsgründe gibt dem Senat Anlass zu folgendem Hinweis:

Die schriftlichen Urteilsgründe dienen, wie der Senat schon wiederholt zu bemerken Anlass hatte, weder der Darstellung eines bis in verästelte Einzelheiten aufzuarbeitenden ‚Gesamtgeschehens‘ noch der Nacherzählung des Ablaufs der Ermittlungen oder des Gangs der Hauptverhandlung. Es ist Aufgabe des Richters, Wesentliches von Unwesentlichem zu unterscheiden und die Begründung seiner Entscheidungen so zu fassen, dass der Leser die wesentlichen, die Entscheidung tragenden tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen ohne aufwändige eigene Bemühungen erkennen kann. Urteilsgründe sollen weder allgemeine ‚Stimmungsbilder‘ zeichnen noch das Revisionsgericht im Detail darüber unterrichten, welche Ergebnisse sämtliche im Hauptverhandlungsprotokoll verzeichneten Beweiserhebungen gehabt haben.

Das vorliegende Urteil wird dem nicht gerecht. Der Leser erfährt erstmals auf UA S. 32, um welchen möglicherweise strafbaren Sachverhalt es überhaupt geht.

³³ Vgl. BGHR StPO § 52 Abs. 1 Nr. 3 Mitbeschuldigter 10; BGH NStZ 2000, 211.

Die dann folgenden tatsächlichen Feststellungen zu den 5 abgeurteilten Taten umfassen insgesamt 7 ½ Seiten; sie werden mehrmals unterbrochen von insgesamt 8 ½ Seiten mit Feststellungen, die jeweils mit 'nicht angeklagt' überschrieben sind und deren Sinn sich dem Leser daher nicht erschließt. Auf den folgenden 17 Seiten wird in unübersichtlicher, verzweigter und weitschweifiger Weise die Aufdeckung der Taten nacherzählt; weitere 7 Seiten schildern den Gang des Ermittlungsverfahrens. Auf UA S. 67 erfährt der Leser erstmals, ob und wie der Angeklagte sich eingelassen hat; von UA S. 71 bis 107 folgen sodann mehr als 35 Seiten mit Erwägungen über die Glaubwürdigkeit der Geschädigten. In 28 Abschnitten schließen sich Ausführungen dazu an, worauf eine kaum zu überblickende Vielzahl teilweise unbedeutender oder nur das Randgeschehen betreffender Feststellungen 'beruht'; die Gliederung dieser Abschnitte ist überdies weder mit derjenigen der Anklage noch mit der Nummerierung der Taten identisch.

Eine solche unübersichtliche Breite ist weder durch § 267 StPO noch sachlich-rechtlich geboten. Sie ist geeignet, den Blick auf das Wesentliche zu verstellen. So erscheint es symptomatisch, dass im vorliegenden Urteil zwar Nebensächlichkeiten breit dargestellt sind, wesentliche Feststellungen zum objektiven und subjektiven Tatbestand der abgeurteilten Taten jedoch fehlen. Das Abfassen unangemessen breiter Urteilsgründe führt auch zu einer vermeidbaren Vergeudung personeller Ressourcen. Angesichts der durchweg hohen Belastungen der Strafjustiz sollte es im Interesse der Tatgerichte liegen, Arbeitskraft und Zeit nicht für das Verfassen mehrerer hundert Seiten starker Urteilsgründe in einfach gelagerten Fällen aufzuwenden.

Soweit von tatrichterlicher Seite gelegentlich darauf hingewiesen wird, eine möglichst breite und umfassende Darstellung aller Einzelheiten empfehle sich, um möglichen Beanstandungen wegen des Fehlens einzelner Erörterungen durch das Revisionsgericht zuvorzukommen, erscheint dies verfehlt. Die sogenannte 'Revisionsicherheit' von Strafurteilen ist kein Selbstzweck, sondern ergibt sich aus ihrer Freiheit von Rechtsfehlern. Eine unnötige breite Darlegung von Nebensächlichkeiten, gedanklichen Zwischenschritten und Randgeschehen ist aber, wie das vorliegende Urteil beispielhaft zeigt, gerade nicht geeignet, Fehler zu vermeiden, welche den Bestand des Urteils gefährden.

Der Senat verkennt nicht, dass die die Abfassung der Urteilsgründe stets auch Ausdruck individueller richterlicher Gestaltung und Bewertung sowie der in Spruchkörpern gewachsenen Erfahrung und Übung ist. Hiergegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Kommt es aber zu einer auffälligen Häufung bestimmter fehlerhafter Entwicklungen oder zu erheblichen Abweichungen zwischen einzelnen Gerichten, ist es Aufgabe des Revisionsgerichts, dem entgegen zu wirken.³⁴

³⁴ BGH NStZ 2007, 720 unter Vorsitz der Jubilarin; ähnlich BGH NStZ 2002, 49; NStZ-RR 2009, 183.

Dem ist nichts hinzuzufügen. Ungeachtet dieser Kritik an der Arbeitsweise einiger Strafkammern gilt selbstverständlich der Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Es ist zunächst Sache des Tatrichters das Ergebnis der Beweisaufnahme zu würdigen. Er hat ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen verantwortlich zu prüfen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt überzeugen kann oder nicht.³⁵ Dabei hat er den festgestellten Sachverhalt erschöpfend zu würdigen und dies in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht überprüfbar darzulegen. Im Zweifel hat er zugunsten des Angeklagten zu entscheiden - in dubio pro reo. Insoweit handelt es sich jedoch um eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung zu gewinnen vermag.³⁶ Allerdings braucht der Tatrichter entlastende Angaben eines Angeklagten, für deren Unrichtigkeit es keine Beweise gibt, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinzunehmen; vielmehr hat er sich aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme eine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Behauptung zu bilden.³⁷ An dieser Stelle ist auch noch darauf hinzuweisen, dass der Einlassung eines Angeklagten, der sich - wie seit einiger Zeit „in Mode“ gekommen - nur durch einen vom Verteidiger verlesenen Schriftsatz erklärt und Nachfragen nicht zulässt, ein erheblich geminderter Beweiswert zuzumessen ist. Dies deshalb, weil in einem solchen Fall die Einlassung eines Angeklagten nur bedingt einer Glaubhaftigkeitsprüfung zugänglich ist.³⁸

Das Revisionsgericht kann die Beweiswürdigung nur in engen Grenzen nachprüfen. So wird es einen Erörterungsmangel nur dann feststellen, wenn sich der Tatrichter über gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse hinwegsetzt, wenn er gegen zwingende Erfahrungssätze, Denkgesetze oder Auslegungsregeln verstößt, wenn seine Ausführungen widersprüchlich oder lückenhaft sind oder wenn er z. B. im Falle eines Freispruchs überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung stellt.³⁹ Dabei kann unter Umständen schon ein einziges unbedachtes oder überflüssiges Wort zur Urteilsaufhebung führen und die Arbeit mehrerer Monate zunichtemachen. So hatte z. B. ein Landgericht in einem Verfahren wegen sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen seine Überzeugung im Wesentlichen aus den Aussagen des Tatopfers gewonnen und dazu ausgeführt, die Geschädigte habe das Tatgeschehen gegenüber der Polizei, im

³⁵ BGHSt 10, 208.

³⁶ BGH NStZ-RR 2007, 43.

³⁷ BGHSt 51, 324.

³⁸ BGH StV 2008, 126.

³⁹ St. Rspr., vgl. BGH NJW 2008, 2792, 2793; NStZ-RR 2010, 182.

Rahmen ihrer Glaubwürdigkeitsbegutachtung und gegenüber dem Gericht im Kerngeschehen „weitgehend“ konstant wiedergegeben. Das - möglicherweise nur lapidar aus Gedankenlosigkeit eingefügte - Wort „weitgehend“ veranlasste den Bundesgerichtshof zu folgenden Ausführungen:

„Das Landgericht beschränkt sich jedoch darauf mitzuteilen, dass die Aussagen im Kernbereich ‚weitgehend‘ konstant waren..., lässt dies besorgen, dass die Aussagen der Nebenklägerin auch im Kernbereich nicht konstant waren. Das Landgericht hat es danach rechtsfehlerhaft unterlassen, die Abweichungen der einzelnen Aussagen darzustellen und nachvollziehbar zu begründen, weshalb die Aussage der Nebenklägerin gleichwohl insgesamt glaubhaft sein soll.“⁴⁰

Wenn der Richter seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten jedoch zweifelsfrei begründet hat, ist das Revisionsgericht nicht befugt, eine eigene Bewertung vorzunehmen und seine Überzeugung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Dies gilt auch dann, wenn es die auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruhenden Schlussfolgerungen des Tatrichters zwar für möglich, aus seiner Sicht aber andere Schlüsse für naheliegender oder wahrscheinlicher erachtet. Ergibt die - in einem solchen Fall vielleicht etwas kritischere - Rechtsprüfung keinen Rechtsfehler, lautet das geflügelte Wort: „Die Sache geht mit dem Tatrichter heim“.

4. Die rechtliche Würdigung

Wenn sich aus der Sachverhaltsschilderung für den kundigen Leser die verwirklichten Tatbestände zweifelsfrei ergeben, d. h. wenn alle Tatbestandsmerkmale durch Tatsachenfeststellungen ausgefüllt sind, erübrigen sich Rechtsausführungen in aller Regel. Es genügt dann festzustellen, der Angeklagte habe sich wegen Körperverletzung oder Diebstahls strafbar gemacht. Im Einzelnen gehört ein wenig Gespür und Routine dazu, wann und in welchem Umfang Rechtsausführungen nötig sind. Kommen z. B. mehrere Tatbestandsalternativen wie etwa bei der Hehlerei oder im konkreten Fall mehrere Qualifikationen wie bei Raub oder Vergewaltigung in Betracht, muss stets herausgearbeitet werden, welche jeweils vorliegt. Vertiefte Ausführungen sind ebenso erforderlich, wenn in subjektiver Hinsicht (z. B. bei der Verwirklichung von Mordmerkmalen) Zweifel bestehen, wenn z. B. bei BtM-Delikten die Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe im Raum steht oder wenn Rechtfertigungs- bzw. Entschuldigungsgründe in Betracht zu ziehen sind. Bei der Verurteilung wegen einer versuchten Straf-

⁴⁰ BGH Beschl. v. 17. Juni 2009 – 2 StR 178/09.

tat, insbesondere bei versuchten Tötungsdelikten, sind Ausführungen zu einem möglichen Rücktritt gemäß § 24 StGB geradezu unerlässlich. Der Tatrichter muss stets prüfen und sollte dies auch darlegen, ob ein Versuch beendet, unbeendet oder fehlgeschlagen war, bzw. ob der Täter die weitere Tatausführung freiwillig aufgegeben hat. Anderenfalls ist - in der Praxis keineswegs selten - eine Urteilsaufhebung nahezu unumgänglich.

Spätestens im Rahmen der rechtlichen Würdigung ist auch, wenn dazu Anlass besteht, die - verminderte oder ausgeschlossene - Schuldfähigkeit des Angeklagten zu erörtern. Die fehlerhafte Anwendung oder Nichtanwendung des § 21 StGB mit den sich daraus für die Strafzumessung sowie für die Maßregelanordnung ergebenden Konsequenzen ist der Grund, der zu den meisten Urteilsaufhebungen beim Bundesgerichtshof führen dürfte.⁴¹ Dabei sind es vor allem zwei Dinge, die immer wieder Anlass zu Beanstandungen geben:

Zum einen scheint vielen Tatrichtern der Unterschied zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und die sich daraus ergebenden Folgen nicht bewusst zu sein. Zum anderen gelingt der richtige Umgang mit Sachverständigengutachten teilweise nicht. Erst jüngst hat sich der zweite Strafsenat des BGH unter Vorsitz der Jubilarin in einem Fall, wo beides zusammentraf, wie folgt geäußert:

„Zwar hat der gehörte psychiatrische Sachverständige ausgeführt, ‚die Psychose aus dem schizophrenen Formenkreis führe dazu, dass bei einer akuten Phase die *Steuerungsfähigkeit* vollkommen ausgeschlossen sei, aber ansonsten erheblich eingeschränkt sei’. Damit wären die Voraussetzungen einer Anordnung nach § 63 StGB gegeben. Das Landgericht gibt auch vor, den Ausführungen des Sachverständigen zur Frage der Schuldfähigkeit folgen zu wollen. Tatsächlich aber stellt die Strafkammer darauf ab, die Fähigkeit des Beschuldigten, das *Unrecht* seiner Taten *einzusehen*, sei zumindest erheblich vermindert, wenn nicht sogar vollkommen ausgeschlossen gewesen. Damit aber scheidet nach ständiger Rechtsprechung die Anwendung des § 21 StGB aus, weil der Täter bei hier möglicherweise nur erheblicher Verminderung der Einsichtsfähigkeit das Unerlaubte erkennt, die Einsicht also tatsächlich hat (Fischer, StGB, 57. Aufl., § 21 Rn. 3 mwN). An eine bloße Verminderung der Einsichtsfähigkeit, die nicht zum Fehlen der Einsicht geführt hat, kann eine Maßregel nach § 63 StGB nicht geknüpft werden (BGHSt 34, 22, 26 f; NStZ 2006, 682, 683; NStZ-RR 2007, 73). Diese, durch das Revisionsgericht nicht ausräumbaren Widersprüche führen zur Aufhebung des Urteils.“⁴²

⁴¹ So schon *Meyer-Göfner* NStZ 1988, 529, 534.

⁴² BGH Beschl. v. 18. August 2010 – 2 StR 311/10.

Während obige Ausführungen zu § 21 StGB selbsterklärend sind, noch einige Hinweise zum Umgang mit Sachverständigengutachten, die gegebenenfalls sowohl bei der Beweiswürdigung - z. B. Glaubhaftigkeitsgutachten - als auch bei den Rechtsausführungen - z. B. Schuldfähigkeitsgutachten - und schließlich auch bei den Rechtsfolgenausführungen - z. B. psychiatrische Gutachten zu §§ 63, 64, 66 StGB - Eingang in die Urteilsgründe finden müssen:

An den Inhalt eines Gutachtens ist der Richter nicht gebunden, es ist nur Grundlage der eigenen Überzeugungsbildung. Schließt sich der Richter dem Ergebnis der Beurteilung eines Sachverständigen an, ist er grundsätzlich verpflichtet, wenigstens die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Darlegungen des Sachverständigen im Urteil so wiederzugeben, wie es zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit und sonstigen Fehlerfreiheit notwendig ist.⁴³ Geschieht dies mit eigenen Worten und erfolgt dessen Würdigung gegebenenfalls unter Hinweis auf eigene Prozessbeobachtungen und Überlegungen ist dies ein Beleg dafür, dass der Tatrichter hinter dem Gutachten steht, weil er es verstanden hat.⁴⁴ Gelangt der Richter hingegen zu einem anderen Ergebnis als der Sachverständige, darf er sich nicht ohne Begründung oder mit laienhaften Erwägungen über die Meinung des Sachverständigen hinwegsetzen. Vielmehr muss er seine gegenteilige Ansicht genau begründen und dabei erkennen lassen, dass er mit Recht eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat.⁴⁵ Dazu muss er die Darlegungen des Sachverständigen im Einzelnen wiedergeben, insbesondere welche Verfahren der Sachverständige herangezogen hat, welchen Aussagewert sie haben und welche Vorgehensweise bei ihnen zu beachten ist.⁴⁶

5. Der Rechtsfolgenausspruch

Für den - insbesondere geständigen - Angeklagten ist dieser Urteilsteil oftmals von größtem Interesse. Zum Rechtsfolgenausspruch zählen neben der Strafe vor allem auch die Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie Verfall und Einziehung. Ohne auf die vielfältigen Fehlermöglichkeiten bei der Begründung des Rechtsfolgenausspruchs im Einzelnen eingehen zu können, sollen hier nur die wichtigsten, immer wieder auftauchenden Mängel angesprochen werden.

⁴³ BGHSt 34, 29, 31; BGH Beschl. v. 14. April 2010 – 5 StR 123/10.

⁴⁴ *Föhrig* aaO S. 105.

⁴⁵ BGH NStZ 2009, 571; NStZ-RR 2010, 105.

⁴⁶ BGH NStZ 2005, 628.

a. Die Strafzumessungsgründe müssen sachlich abgefasst werden. Moralisierende und persönliches Engagement vermittelnde Formulierungen sind zu vermeiden, da sie den Eindruck erwecken können, das Gericht sei nicht unbefangen, habe sich von Emotionen oder Empörung leiten lassen und wäge die für und wider den Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte nicht ruhig und sachlich gegeneinander ab.⁴⁷ Auch eine mathematisierende Betrachtungsweise, etwa das Abstellen auf das arithmetische Mittel des angewandten Strafrahmens, wird dem Vorgang der Strafzumessung nicht gerecht.⁴⁸

Spätestens bei der Strafzumessung ist - soweit nicht schon im Rahmen der rechtlichen Würdigung geschehen - insbesondere bei länger zurückliegenden Sexualstraftaten gemäß § 2 Abs. 3 StGB zu erwägen, ob nicht ein früheres, zur Tatzeit oder danach gültig gewesenes Gesetz eine mildere Rechtsfolge vorgesehen hätte.

Sieht der anzuwendende Straftatbestand die Möglichkeit von minder schweren oder besonders schweren Fällen vor und kommen gleichzeitig weitere sogenannte vertyppte Milderungsgründe z. B. aus §§ 21, 23 Abs. 2, 27 Abs. 2 S. 2, 30 Abs. 1 S. 2, 46 a, 46 b StGB, § 31 BtMG i. V. m. § 49 StGB in Betracht, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Richter die erforderliche Gesamtabwägung vorgenommen hat und - gegebenenfalls aufgrund einer Mehrfachmilderung - von dem für den Angeklagten günstigsten Strafrahmen ausgegangen ist.⁴⁹

Bei der Strafzumessung im engeren Sinne, also der Festlegung der konkreten Strafe innerhalb des gefundenen Strafrahmens, muss der Tatrichter die bestimmenden Umstände - und nur diese - mitteilen und dabei darauf achten, nicht solche Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes sind, strafscharfend heranzuziehen; so darf er z. B. dem wegen Totschlags verurteilten Angeklagten nicht anlasten, er habe bedenkenlos ein Menschenleben ausgelöscht; darin läge ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB. Ebenso wenig darf einem die Tat bestreitenden Angeklagten das Fehlen von Schuldeinsicht oder Reue, bzw. die Bagatellisierung seines Verhaltens⁵⁰ angelastet werden. Bei der strafscharfenden Heranziehung von Vorstrafen ist das Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 BZRG bei Tilgungsreife zu beachten.

Stets ist zu prüfen, ob noch nicht erledigte Vorverurteilungen gesamtstrafenfähig sind. Dazu ist - was häufig unbeachtet bleibt - der jeweilige Voll-

⁴⁷ BGH NStZ 2006, 96; NStZ-RR 2007, 195; 2009, 103, 104; vgl. auch BGHR StGB § 46 Abs. 2 Persönlichkeit 1: Der Angeklagte sei „ein in jeder Hinsicht gescheiterter Mensch, ein Niemand“ und „ein im sozialen Sinne höchst lästiger Mensch.“

⁴⁸ BGH NStZ 2008, 233.

⁴⁹ Dazu im Einzelnen *Meyer-Goßner/Appl* aaO Rn 444 ff.

⁵⁰ Dazu zuletzt BGH Beschl. v. 8. September 2010 – 2 StR 407/10.

streckungsstand mitzuteilen und gegebenenfalls ist ein Härteausgleich vorzunehmen, was den Urteilsgründen hinreichend deutlich zu entnehmen sein muss.⁵¹ Bei rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen hat der Tatrichter nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs⁵² unter Anwendung der sogenannten Vollstreckungslösung zu bestimmen, dass ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt.

Dass - ebenso wie bei der Beweiswürdigung⁵³ - auch bei der Begründung der Strafe sorgfältigstes Arbeiten vonnöten ist, weil ein einziges unbedachtes Wort zur Aufhebung führen kann, belegt eine aktuelle Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs:⁵⁴ Das Landgericht hatte gegen einen nicht vorbestraften und geständigen Täter eine kurze, zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe von drei Monaten verhängt und unter Bezugnahme auf § 47 Abs. 1 StGB sehr ausführlich begründet, warum die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe statt einer Geldstrafe „geboten“ war. Damit war die Aufhebung im Strafausspruch unvermeidbar, weil die Strafkammer ihrer Entscheidung einen falschen Prüfungsmaßstab zu Grunde gelegt hatte. Hätte sie, den Wortlaut des § 47 Abs. 1 StGB beachtend, dargelegt, dass nach ihrer Einschätzung die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe „unerlässlich“ war, wäre dagegen nichts zu erinnern gewesen.⁵⁵

b. Wird eine Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet, ist diese nach § 267 Abs. 6 S. 1 StPO im Urteil zu begründen.⁵⁶ Umgekehrt gilt der Begründungszwang auch dann, wenn, obwohl sich insbesondere die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gem. § 64 StGB nach den Urteilsgründen aufdrängte, eine Auseinandersetzung mit dieser Frage nicht erfolgt ist.⁵⁷ Anordnung und Vollzug der Maßregel setzen die hinreichend konkrete Aussicht voraus, die süchtige Person zu heilen oder zumindest über eine erhebliche Zeitspanne vor einem Rückfall in die Sucht zu bewahren. Obwohl dies seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1994⁵⁸ auch ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist und zudem durch Gesetz vom 16. Juli 2007 (BGBl. I 1327) in § 64 StGB seinen Niederschlag gefunden hat, stellen nach wie vor zahlreiche Tatgerichte die Erwägung an, ein Behandlungserfolg sei „nicht von vornherein als aus-

⁵¹ BGH StV 2010, 240.

⁵² BGHSt 52, 124.

⁵³ Dazu oben III. 3.

⁵⁴ BGH Beschl. v. 8. September 2010 – 2 StR 407/10.

⁵⁵ Vgl. *Fischer StGB*, 57. Aufl. § 47 Rn 7 und 10.

⁵⁶ Zu den Urteilsanforderungen für den Fall eines Teilvorwegvollzugs nach § 67 Abs. 2 StGB n. F. s. oben unter III. sowie BGH NSTZ 2009, 87.

⁵⁷ BGH Beschl. v. 2. September 2010 – 2 StR 388/10.

⁵⁸ BVerfGE 91, 1.

sichtslos zu betrachten“, was in der Regel zur Aufhebung durch das Revisionsgericht führt.⁵⁹ Die Unterbringung nach § 64 StGB geht der freiwilligen Therapie nach § 35 BtMG auch nach der Herabstufung des § 64 StGB zu einer Sollvorschrift weiterhin vor.⁶⁰

Die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt - was immer noch gelegentlich verkannt wird - anders als die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt voraus, dass die Schuldunfähigkeit bzw. verminderte Schuldfähigkeit des Täters positiv festgestellt wird, also nicht etwa nur nicht auszuschließen ist.⁶¹ Soweit die Verminderung der Einsichtsfähigkeit nicht das Fehlen der Einsicht bei Tatbegehung ausgelöst hat, kommt eine Unterbringung nicht in Betracht.⁶² Die Anordnung des § 63 StGB verlangt Ausführungen dazu, dass zwischen dem seelischen Zustand des Angeklagten und dessen Gefährlichkeit ein sogenannter symptomatischer Zusammenhang besteht. Weiter bedarf es einer genauen, eingehend zu begründenden Auseinandersetzung mit dem Grad der Wahrscheinlichkeit neuerlicher schwerer Störungen des Rechtsfriedens unter Berücksichtigung des früheren Verhaltens des Angeklagten, vor allem auch der Gründe für seine bisherigen Straftaten.⁶³

Geht es um die Anordnung der Sicherungsverwahrung,⁶⁴ ist besonderes Augenmerk auf die Darlegung der formellen Voraussetzungen des § 66 StGB zu richten, die sich in allen vier möglichen Alternativen (Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 1 und Abs. 3 S. 2) erheblich unterscheiden. Auch an die Begründung der materiellen Voraussetzungen stellen die Revisionsgerichte wegen des besonders einschneidenden Eingriffs in die Handlungsfreiheit eines Betroffenen hohe Anforderungen, weshalb insbesondere zu Hang und Gefährlichkeit eine gewissenhafte Argumentation angezeigt ist.⁶⁵

c. Was schließlich die Anordnung von Verfall, Verfall von Wertersatz, erweitertem Verfall und Einziehung (§§ 73 ff. StGB sowie vor allem auch § 33 BtMG) anbelangt, kommt man um die Feststellung nicht umhin, dass es sich für manchen Tatrichter um „terra incognita“ handelt. Die zugegeben recht komplizierten Regelungen führen in der Praxis immer wieder zu Fehl-

⁵⁹ Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Fischer* aaO § 64 Rn 18 sowie BGH StraFo 2009, 247: „Es ist daher nicht verständlich, dass Tatgerichte entgegen dem Gesetzeswortlaut noch immer an einer Auslegung des § 64 StGB festhalten, die der seit 15 Jahren ständigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung widerspricht.“

⁶⁰ BGH StV 2008, 405.

⁶¹ BGH NStZ-RR 2007, 105.

⁶² Vgl. dazu oben III. 4.

⁶³ BGH NStZ-RR 2006, 136.

⁶⁴ Von der Jubilarin kommentiert im Leipziger Kommentar seit der 12. Auflage.

⁶⁵ Vgl. BGH NStZ-RR 2010, 77.

entscheidungen, weil die gesetzlich richtige und gebotene Maßnahme aufgrund oberflächlicher Befassung nicht getroffen wird. Zwar wird - weil in einer Vielzahl von Strafverfahren (BtM-, Untreue-, Betrugsverfahren) veranlasst - irgendeine Maßnahme angeordnet. In der Regel wird diese dann aber - aus Bequemlichkeit, Unsicherheit oder gar Unkenntnis - nicht in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbar und auf Rechtsfehler überprüfbar Weise begründet. Das Revisionsgericht stellt dann entweder das Ganze richtig⁶⁶ oder sieht sich mangels ausreichender Feststellungen z. B. zu den Vermögensverhältnissen des Täters zu einer Teilaufhebung genötigt.⁶⁷ Angesichts der Vielzahl von Verfahren, in denen eine Verfalls- oder Einziehungsentscheidung zu treffen ist, kann jedem Richter nur nahe gelegt werden, sich mit der Systematik dieser Vorschriften vertraut zu machen und dies in den Urteilsgründen entsprechend auszuweisen.

IV. Stil und Sprache eines guten Urteils

Zur Einleitung wiederum ein Zitat von *Vultejus*:⁶⁸

„Es gilt also, das Wohlwollen des Revisionsrichters zu erringen. Er muss von der Richtigkeit des Urteils überzeugt sein, wenn er es gelesen hat. Ist es gelungen, diese Überzeugung zu wecken, besteht das angegriffene Urteil die Prüfung in der Revisionsinstanz, mag kommen was will. Nie aber wird ein Revisionsrichter ein Urteil bestätigen, dass er im Ergebnis für falsch hält, mag es noch so fachgerecht begründet sein.“

Dieser Aussage ist, was den zweiten Teil des Zitats anbelangt, entschieden zu widersprechen. Entgegen allen „Stammtischparolen“ prüft der Bundesgerichtshof ihm vorgelegte Urteile ausschließlich auf Rechtsfehler. Weist ein Urteil einen durchgreifenden Rechtsfehler auf, unterliegt es der Aufhebung; anderenfalls wird die Revision verworfen. Ob der Strafsenat einen Angeklagten im Gegensatz zum Landgericht eher verurteilt bzw. freigesprochen oder ihn härter bzw. milder bestraft hätte, spielt dabei keine Rolle!

Uneingeschränkt zuzustimmen ist aber dem Rat, sich das Wohlwollen des Revisionsrichters zu sichern, wobei zu fragen ist „wozu“ und „wie“? Die Frage nach dem „wozu“ ist schnell beantwortet: Zum einen gibt es objektivierbare Rechtsfehler z. B. im Rahmen der rechtlichen Würdigung, die stets zur Urteilsaufhebung zwingen. Zum anderen besteht aber in bestimmten

⁶⁶ So zuletzt BGH Beschl. v. 8. September 2010 – 2 StR 396/10.

⁶⁷ BGHSt 53, 179.

⁶⁸ *Vultejus* aaO S. 131.

Bereichen oft ein gewisser Beurteilungsspielraum des Revisionsgerichts, wenn es um „lässliche Fehler“ geht, so z. B. bei der Frage, ob die tatsächlichen Feststellungen zur Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals gerade noch ausreichen oder ob die angestellten Beweiserhebungen eine Überzeugungsbildung gerade noch zu rechtfertigen vermögen. Es liegt in der menschlichen Natur, dass nicht alle Revisionsrichter bei der Bewertung solcher Grenzfälle in revisionsrechtlichen Grauzonen stets übereinstimmen. Deshalb ist es auch kein Geheimnis, dass in Grenzfällen ein Urteil vor einem Senat Bestand haben könnte, vor einem anderen jedoch nicht. Mitunter kann der Bestand eines Urteils - wenn auch nur in wenigen Ausnahmefällen - sogar von der jeweiligen Senatsbesetzung abhängig sein. Dass nun einem Urteil eine solch wohlwollende Betrachtungsweise durch den Senat zu Gute gekommen ist, erfährt der Urteilsverfasser aus in Revisionsentscheidungen gelegentlich anzutreffenden Formulierungen wie „aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt sich gerade noch, dass ...“. Etwas überspitzt wird gelegentlich von einem „Heilen“ bzw. „Gesundbeten“ des Urteils durch das Revisionsgericht gesprochen.

Wie aber verdient man sich eine solch wohlwollende Gesamtbetrachtung? Der normale Leser legt ein schlecht geschriebenes, schwer verständliches Buch alsbald zur Seite und wendet sich einem anderen zu. Diese Freiheit hat ein Revisionsrichter nicht; er muss ein angefochtenes Urteil aufmerksam von Anfang bis Ende lesen, sei es auch noch so langatmig, unstrukturiert und sprachlich misslungen. Das erregt zwangsläufig den Unmut des Lesers und findet gelegentlich Niederschlag in entsprechenden Anmerkungen im Senatsheft, die nicht unbedingt auf Wohlwollen schließen lassen.⁶⁹ Dabei würde es - was leider alles andere als selbstverständlich ist - genügen, einige Grundregeln zu beherzigen. So müssen sich Stil und Sprache eines Urteils an dessen Funktion orientieren: Sachlich, präzise und allgemein verständlich.⁷⁰ Ein gelungenes Urteil zeichnet sich durch einen guten Stil aus. Der Richter soll nicht nur richtiges Recht sprechen, sondern auch das Recht richtig sprechen.⁷¹ Dabei ist die Sprache das Werkzeug des Juristen, das es zu pflegen und zu verbessern gilt. Die Sucht, sich möglichst kompliziert auszudrücken nach dem Motto: „Je höher die Stelzen, desto erhabener der Gang“ führt hingegen manchmal zum gegenteiligen Ergebnis.⁷² Deshalb ist wichtigstes Erfordernis des Stils die Klarheit. Klar schreiben kann freilich nur, wer auch klar denkt; hingegen verbirgt sich hinter einer weitschweifigen, verwickelten Darstellungsweise meist auch ein unklares Denken. Ein

⁶⁹ Vgl. oben I.

⁷⁰ Winkler aaO S. 246.

⁷¹ Jasper MDR 1986, 198, 200.

⁷² Barfuß DRiZ 1987, 49, 53.

zusammenhängender „Brei“ von der ersten bis zur letzten Seite der Urteilsgründe ohne Absätze und vernünftige Gliederung ist für jeden Leser eine Zumutung. Gleiches gilt, wenn bei einer Mehrzahl von Straftaten Fallziffern abweichend von der Anklage und zudem im Sachverhalt bei der Beweiswürdigung, der rechtlichen Würdigung und bei der Strafzumessung unterschiedlich verwendet werden.⁷³

Da der Richter mit Erlass eines Urteils ein Hoheitsrecht des Staates ausübt, hat er nicht die Freiheit, die sonst jedem Schriftsteller zuzubilligen ist. Seine Ausdrucksweise soll schlicht und würdig, keinesfalls aber lustig, ironisch oder gar sarkastisch sein.⁷⁴ Urteile in Gedichtsform, humoristisch⁷⁵ oder in Form eines Kriminalromans⁷⁶ abzufassen, mag zwar lustig scheinen, wird aber der Tragik der abgeurteilten Verbrechen nicht gerecht, wirkt auf Opfer bzw. deren Hinterbliebene zumindest befremdlich und ist unvereinbar mit der Würde des Gerichts.

Das Urteil darf keine Sprachfehler enthalten. Gutes und richtiges Deutsch sollte selbstverständlich sein. Nachlässigkeiten in diesem Punkt könnten beim Leser den Verdacht aufkommen lassen, auch die inhaltliche, vornehmlich die rechtliche Qualität, sei in gleicher Weise zweifelhaft.⁷⁷

V. Resümee

Ein Urteil, das verständlich geschrieben nicht zu lang und nicht zu kurz ist, alles Wesentliche - und nur das - enthält, den Leser von der Richtigkeit seiner Feststellungen durch eine prägnante Beweiswürdigung überzeugt, seine rechtliche Bewertung fehlerfrei darlegt und für die verhängten Rechtsfolgen uneingeschränkte Zustimmung erntet, ist durchaus ein kleines, in der Praxis gelegentlich anzutreffendes Kunstwerk. Ebenso wenig wie jedes Buch das Zeug zum Bestseller hat, kann aber auch nicht jedes Urteil ein Kunstwerk sein. Das muss es auch nicht, um Erfolg zu haben, das heißt in diesem Fall die Rechtsprüfung durch das Revisionsgericht zu bestehen. Es sollte jedoch handwerklich gut gemacht sein, um sich - z. B. wenn es um die Auslegung der Urteilsgründe geht - das Wohlwollen des Revisionsgerichts zu sichern bzw. wenigstens dessen Unmut nicht zuzuziehen. Eine angemessene Sorgfalt in die Abfassung der Urteilsgründe zu investieren spart einem weiteren Tatrichter unter Umständen eine erneute langwierige

⁷³ BGH wistra 2010, 67; BGH Urt. v. 13. Januar 2010 – 1 StR 247/09.

⁷⁴ BGH NStZ-RR 2000, 293 [K].

⁷⁵ So z. B. LG Köln NJW 1987, 1421 oder AG Rheine NJW 1995, 894.

⁷⁶ BGH NStZ-RR 1999, 261 [K] betreffend ein Urteil des LG Bochum; BGH NStZ-RR 2009, 103, 104.

⁷⁷ So auch Winkler aaO S. 246.

Hauptverhandlung, wiederum verbunden mit dem Abfassen eines Urteils; dem Revisionsrichter erleichtert es die Überprüfung des erstinstanzlichen Urteils und bringt ihn nicht in die Bedrängnis, ein möglicherweise „richtiges“ Urteil nur deshalb aufheben zu müssen, weil es „falsch“ geschrieben ist.

Zum Umgang des Revisionsgerichts mit § 64 StGB

CLEMENS BASDORF

UNTER MITARBEIT VON URSULA SCHNEIDER UND PETER KÖNIG

A. Einleitung

In einem Antwortbeschluss nach § 132 GVG unter dem Vorsitz der Jubilarin zur Problematik der Fassung und Verlesung des Anklagesatzes in Wirtschafts-Serienstrafverfahren hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unlängst eine Art „dialektischer“ Begründungsstruktur gewählt. Unter Hinweis darauf, dass die Erörterung im Senat kein einheitliches Meinungsbild ergeben habe, wurden die divergierenden Standpunkte dargestellt.¹ Was bei üblichen Beschlüssen nicht möglich wäre, erscheint beim Ringen um schwierige Rechtsfragen im „Dunstkreis“ des Großen Senats für Strafsachen durchaus nicht unangemessen. Diese originelle Fassung verhalf dem Erstverfasser, der über viele Jahre hinweg das Vergnügen hatte, mit der Jubilarin im Großen Senat um Rechtsfragen zu ringen, zu der Idee, in der Festschrift zu ihren Ehren einen teilweise ähnlich strukturierten Beitrag vorzulegen.

Der Zufall wollte es, dass etwa zur selben Zeit eine Rechtsfrage im Zusammenhang mit § 64 StGB im 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter Vorsitz des Erstverfassers ähnlich kontrovers diskutiert wurde. In der abschließenden Senatsentscheidung fand dieser im Senat letztlich nicht geklärte Streit zwar fast keinen Widerhall.² Er lässt sich indes im Rahmen dieses Beitrags in der Wiedergabe der gegensätzlichen Standpunkte der betroffenen „Meinungsführer“ im Senat festhalten. Dies gibt auch den beiden Kollegen die Gelegenheit, sich gemeinsam mit dem Erstverfasser und im Namen des gesamten 5. Strafsenats von der verdienten Kollegin Frau *Prof. Dr. Ruth Rissing-van Saan* zu verabschieden.

¹ BGH wistra 2010, 66.

² BGH, Beschl.v.13.1.10 – 5 StR 493/09.

B. Probleme mit § 64 StGB

Die Maßregel der Unterbringung eines Angeklagten in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB findet in der alltäglichen Praxis der Strafsenate des Bundesgerichtshofs eine, gemessen an der Bedeutung der Norm, wohl überproportionale ausdrückliche Erörterung in begründeten Entscheidungen. Davon sind der 2. und der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nicht ausgenommen. Eine private Statistik des Erstverfassers weist für die letzten drei Jahre im 2. Strafsenat 33 Aufhebungen wegen rechtsfehlerhaften Umgangs mit § 64 StGB auf, im 5. Strafsenat 27 Aufhebungen. Dies ist bezogen auf die Gesamtzahl der Urteilsaufhebungen der Senate ein Anteil von 11,5 Prozent im 2. und von 7,5 Prozent im 5. Strafsenat.

Die Ursache für die signifikant häufige Befassung mit § 64 StGB dürfte zum einen an einer – bewusst überzeichnet so hart benannten – Ignoranz nicht ganz weniger Tatgerichte gegenüber der Existenz dieser Maßregel liegen; solche Haltung bleibt gegen stetige Unkenrufe des Bundesgerichtshofs fast unglaublich resistent. Manchmal kommt vielleicht das Bestreben hinzu, den Zeitaufwand und die Kosten für die nach § 246a Satz 2 StPO vorgeschriebene Zuziehung eines Sachverständigen zu ersparen. Als weitere Ursache wirkt sich wohl eine Abwehrhaltung mancher psychiatrischer Sachverständiger aus; gelegentlich drängt sich dem Revisionsrichter die Vermutung auf, dass insbesondere dem Maßregelvollzug verbundene Sachverständige – übrigens aus durchaus nachvollziehbaren, nicht etwa unredlichen Motiven – möglichst viele Problempatienten von der Einweisung „wegbegutachten“ wollen. Schließlich nimmt die Ausnahmegvorschrift des § 358 Abs. 2 Satz 3 StPO dem Revisionsgericht bei der Maßregel nach § 64 StGB (nicht anders als bei § 63 StGB, wo dies freilich eine viel geringere Rolle spielt) die Rücksicht auf die Beschwer des revisionsführenden Angeklagten.

Die durch das „Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt“³ vorgenommene Neufassung des § 64 StGB wollte mit seiner Umgestaltung zu einer Sollvorschrift den Tatgerichten bei der Anordnung der Maßregel eine größere Flexibilität geben.⁴ Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Bundesgerichtshof die daraus auch ihm mittelbar erwachsenen Chancen noch nicht genutzt hat.

³ Vom 16. Juli 2007, BGBl I 1327.

⁴ Vgl. nur *Fischer StGB* 57. Aufl. § 64 Rdn. 22 f.; *Schneider NSZ* 2008, 68.

I. Berücksichtigung von Ressourcenknappheit

Wie im Zusammenhang mit der Einstellung mancher eingeschalteter Psychiater bereits etwas überzeichnet angedeutet, wird in der Praxis des Maßregelvollzugs angestrebt, die in Zeiten allseitiger öffentlicher Sparzwänge kaum aufstockbaren knappen Kapazitäten der vorhandenen Entziehungsanstalten nicht mit der Einweisung von Problempatienten allzu sehr zu belasten, die den Vollzugsalltag erschweren und hemmen. Der Grundsatz, dass die Maßregelanordnung nicht davon abhängen darf, welche Kapazitäten – etwa gar im räumlichen Bereich des entscheidenden Landgerichts – für den Maßregelvollzug tatsächlich zur Verfügung stehen,⁵ muss auch nach der Neufassung des Gesetzes unverändert gelten. Unangemessen begrenzte tatsächliche Kapazitäten stellen die nach § 64 Satz 2 StGB erforderliche hinreichend konkrete Behandlungsaussicht⁶ ebenso wenig in Frage, wie sie bei der Ermessensentscheidung eine Rolle spielen können. Die Zuweisung öffentlicher Mittel darf die Realisierung bestehender Gesetze nicht partiell in Frage stellen; vielmehr ist der Haushaltsgesetzgeber gehalten, die notwendigen Mittel für die Realisierung einer gesetzlichen Aufgabe zur Verfügung zu stellen.

Es versteht sich freilich vor dem Hintergrund der tatsächlich knappen Ressourcen im Maßregelvollzug in Zeiten knapper Kassen von selbst, dass Einweisungen gleichsam „nach Herzenslust“ oder eher „auf Probe“ mit überaus naivem Optimismus als Grundlage für die hinreichend konkrete Behandlungsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB oder in allzu weitgehender Auslegung der Voraussetzungen für Hang, symptomatischen Zusammenhang und Gefährlichkeit im Sinne des § 64 Satz 1 StGB unbedingt zu vermeiden sind. Eine derartige Tendenz der Rechtsprechung der Landgerichte wie des Bundesgerichtshofs ist indes nicht ersichtlich.⁷

II. Alternative § 35 BtMG

Unverändert beharrt die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Standpunkt, dass die Möglichkeit einer Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG gegenüber der Maßregelanordnung nach § 64 StGB nachrangig sei.⁸ Mag die Auslegung, eine besonders aussichtsreiche Rehabilitationsbehandlung im Sinne des § 35 BtMG beseitige nicht etwa die hinreichend konkrete Erfolgsaussicht im Sinne des § 64 Satz 2 StGB, spreche vielmehr gar für eine solche, gut vertretbar, beinahe zwingend sein, so

⁵ Vgl. *Fischer* aaO (Fn. 4) § 64 Rdn. 24.

⁶ Orientierung der Neufassung an BVerfGE 91,1.

⁷ S. aber zur Absprachenproblematik den Beitrag *König* a. E.

⁸ *Fischer* aaO (Fn. 4) § 64 Rdn. 26 m.Rspr.-Nachw.

hätte sich in diesem Bereich doch mit der Eröffnung eines Ermessensspielraums für die Tatgerichte eine veränderte Einstellung der Revisionsgerichte angeboten. In Fällen, in denen die zeitlichen Gegebenheiten für eine Zurückstellung nach § 35 BtMG in absehbarer Zeit erfüllt sind und eine – gar höhere – Motivation des Angeklagten für die entsprechende Rehabilitationsbehandlung sowie eine tatsächliche Realisierbarkeit vorliegt, sollte diese als bessere Alternative gegenüber der Maßregel nach § 64 StGB Anerkennung finden.⁹

III. Sprachunkundigkeit

Nach dem Eindruck, den die Verfasser aus beim 5. Strafsenat anhängigen Verfahren gewonnen haben – der Verurteiltenstatistik sind insoweit keine Angaben zu entnehmen – zählen Ausländer zu einem nicht geringen Prozentsatz zu den Verurteilten wegen Symptomtaten nach § 64 StGB. Sind sie der deutschen Sprache nicht mächtig, stellt sich die Frage, ob dies gar bereits die erforderliche hinreichend konkrete Behandlungsaussicht nach § 64 Satz 2 StGB berührt, jedenfalls aber die Frage, ob der neue tatgerichtliche Ermessensspielraum nach § 64 Satz 1 StGB dem Tatgericht die Möglichkeit gibt, wegen der Sprachunkundigkeit des sonst grundsätzlich einzuweisen den Angeklagten von der Maßregel abzusehen. An diesem Problem entzündete sich die eingangs geschilderte Kontroverse im 5. Strafsenat. Hierzu werden folgende Standpunkte vertreten:

1. Pro Einweisung (Schneider):

Ausländer und deutsche Staatsangehörige ausländischer Herkunft stellen im Maßregelvollzug gegenwärtig eine – in der Praxis oftmals als schwierig empfundene – Realität dar. Erhebungen in den forensischen Kliniken Bayerns¹⁰ und Baden-Württembergs¹¹ ergaben, dass ihr Anteil im Maßregelvollzug deutlich höher ist als in der Bevölkerung (und in der Allgemeinpsychiatrie), allerdings deutlich niedriger als im Strafvollzug. Bereits letzteres weist auf „Ausleseprozesse“ hin. Im Bereich der Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt dürfte dabei bereits vor der Neufassung des § 64 StGB die Verneinung der Therapiefähigkeit wegen fehlender Deutsch-

⁹ Vgl. Schöch in Satzger/Schmitt/Widmaier StGB 2009 § 64 Rdn. 43.

¹⁰ 2004 betrug der Ausländeranteil dort 15 %: Hausner u.a. Krankenhauspsychiatrie 2006, 68, 69. Nach Auskunft des Krankenhauses für Maßregelvollzug in Berlin liegt der Anteil der Ausländer und der deutschen Staatsangehörigen ausländischer Herkunft dort derzeit bei rund 30 %.

¹¹ Vgl. Hoffmann RuP 2009, 67, 71; vgl. auch Heinhold RuP 2006, 187, 188.

kenntnisse – auch entgegen den in BGHSt 36, 199 entwickelten Grundsätzen – eine gewisse Rolle gespielt haben.

In den rechtspolitischen Diskussionen, die vorausgingen¹², spielte die problematisierte Gruppe der durchreisenden ausländischen Drogenkuriere, die aufgrund bestehender eigener Drogensucht nach § 64 StGB untergebracht wurden, eine nicht unerhebliche Rolle. Sie wurden – auch aus Sicht der Zweitverfasserin zu Recht – als besonderes Problem für den Maßregelvollzug begriffen, soweit sie weder über einen Aufenthaltstitel in Deutschland noch über deutsche Sprachkenntnisse verfügten. Bereits vor der Gesetzesänderung bot hier § 456a StPO die grundsätzliche Möglichkeit, von der Vollstreckung der Maßregel abzusehen, allerdings nur in Verbindung mit einem Absehen von der Vollstreckung der parallel verhängten Freiheitsstrafe. Zur Lösung der Problematik sah der Gesetzentwurf der Bundesregierung¹³ die Möglichkeit einer Änderung der Vollstreckungsreihenfolge für ausreisepflichtige Ausländer vor, um Gelegenheit für eine tatsächliche Beendigung des Aufenthalts noch während des Vollzugs der Freiheitsstrafe zu schaffen. Demgegenüber wollte der Gesetzentwurf des Bundesrates¹⁴ diese und weitere Straftätergruppen, bei denen „zwar eine Erfolgsaussicht gerade noch bejaht werden kann, die Ausgangsbedingungen aber sehr ungünstig sind“, über die Umgestaltung des § 64 StGB zu einer Sollvorschrift von der Anordnung der Maßregel ausnehmen. Gesetz geworden sind aufgrund eines Kompromisses letztlich beide Vorschläge (vgl. §§ 64, 67 Abs. 2 Satz 4, Abs. 3 Satz 2 und 3 StGB).¹⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es nur folgerichtig, dass der Rechtsausschuss des Bundestages auch zur Klärung des Anwendungsbereichs beider Ausnahmeregelungen in seiner Beschlussempfehlung – unter Verweis auf BGHSt. 36, 199, 201 – betonte, dass die Sprachunkundigkeit eines Ausländers alleine nicht Grund sein könne, auf seine Unterbringung zu verzichten.¹⁶

Auch nach der Überzeugung der Zweitverfasserin ist es grundsätzlich Aufgabe der für den Vollzug der Maßregel zuständigen Behörden, für behandlungs- und besserungsfähige ausländische Täter hinreichend geeignete, ihren besonderen persönlichen Verhältnissen individuell gerecht werdende Vollstreckungsmöglichkeiten bereitzustellen.¹⁷ Dies gilt für die unter den fremdsprachigen Straftätern wohl größte Gruppe der Migrant*innen, die aus

¹² Der Zweitverfasserin sind diese aus ihrer damaligen Tätigkeit als Leiterin des Referates „StGB-Allgemeiner Teil“ im Bundesjustizministerium bestens bekannt.

¹³ BTDrucks. 16/1110 S. 14 f.

¹⁴ BTDrucks. 16/1344 S. 12.

¹⁵ Derjenige der Bundesregierung allerdings in einer aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses abgewandelten, engeren Fassung, BTDrucks. 16/5137 S. 10.

¹⁶ BTDrucks. 16/5137 S. 24.

¹⁷ Vgl. BGHSt. 36, 199, 201.

dem Ausland stammend ihren Lebensmittelpunkt in die Bundesrepublik Deutschland verlegt haben.¹⁸ Bei ihnen muss sich der Maßregelvollzug schon unter Sicherheitsgesichtspunkten der Aufgabe stellen, ungeachtet ihrer Sprachkenntnisse geeignete Behandlungsformen zu finden. Es hat aber auch für die Gruppe der EU-Ausländer zu gelten, die in großem Umfang Freizügigkeit genießen und die durch Art. 12 EGV vor Diskriminierung besonders geschützt sind.¹⁹ Nur wenn dem unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen, weil z.B. die verurteilte Person ausschließlich²⁰ eine in Deutschland sehr selten vertretene Fremdsprache spricht und auch nicht erwartet werden kann, dass sie im Vollzug ausreichend Deutsch lernen wird, um an einer Therapie mitwirken zu können, sollte von ihrer Unterbringung abgesehen werden.

Im Zuge der Europäisierung, ja Globalisierung, die Deutschland zu einem Einwanderungsland hat werden lassen,²¹ können sich auch Justiz und Maßregelvollzug nicht auf eine „Tellerrandperspektive“ zurückziehen. Dabei soll keineswegs verkannt werden, dass sprachunkundige Ausländer und Spätaussiedler eine erhebliche Herausforderung für den Maßregelvollzug darstellen; die Probleme, die mit ihrer Unterbringung und Behandlung verbunden sind, gehen über Sprachprobleme noch hinaus.²² Indes gehört ihre Integration in das psychiatrische Versorgungssystem angesichts der gesellschaftlichen und rechtlichen Realitäten zu den Aufgaben, denen sich die forensische Psychiatrie – ebenso wie die allgemeine Psychiatrie – zu stellen hat. Auf Initiative der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) wurden 2002 die sog. „Sonnenberger Leitlinien“ erarbeitet, die Grundaussagen für ein Konzept zur Bewältigung des Problems einer umfassenden psychiatrisch-psychotherapeutischen Versorgung von Migranten enthalten. Dort werden unter anderem die Bildung multikultureller Behandlungsteams unter bevorzugter Einstellung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mit Migrationshintergrund und zusätzlicher Sprachkompetenz und der Einsatz psychologisch geschulter Fachdolmetscher gefordert. In der Praxis wird es dabei nicht darum gehen, eine unübersehbare Vielzahl von Sprachen „vorzuhalten“. Das Zuwanderungsgeschehen ist zwar nach Herkunftsländern breit gefächert, konzentriert sich jedoch

¹⁸ Vgl. die Definition im Migrationsbericht des Bundesamtes für Migration und Flüchtlinge 2008.

¹⁹ Darauf weist auch *Heinhold* aaO (Fn. 11) S. 191 f. in seiner Kritik an den Vorschlägen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (!) hin.

²⁰ In einigen Fällen mangelnder deutscher Sprachkenntnisse des Untergebrachten wird eine Kommunikation in Englisch oder einer anderen „gängigen“ Fremdsprache möglich sein.

²¹ Von 1991 bis 2008 wurden etwa 16,5 Mio. Zuzüge vom Ausland nach Deutschland registriert, vgl. Migrationsbericht aaO (Fn. 18) S. 17.

²² *Hoffmann* aaO (Fn. 11) S. 72.

stark auf einzelne dieser Länder.²³ Dabei sammeln sich bestimmte Zuwanderergruppen in bestimmten Regionen Deutschlands. Ähnlich ist die Situation im Maßregelvollzug.²⁴ Es muss deshalb erwartet werden können, dass sich der Maßregelvollzug zumindest auf die Hauptzuwanderergruppen einstellt.

In einzelnen Städten gibt es bereits spezialisierte Dolmetscherdienste, die fachlich kompetente Personen für den Einsatz in sozialen und gesundheitlichen Einrichtungen schulen und vermitteln;²⁵ in vielen Maßregelvollzugskliniken werden fremdsprachige Therapeuten und Pflegekräfte beschäftigt und in manchen Kliniken wird deutscher Sprachunterricht angeboten.²⁶ Es ist zu befürchten, dass all diese in der Vergangenheit und Gegenwart bereits unternommenen Bemühungen unter dem bestehenden Kostendruck zurückgefahren würden, wenn sich eine gerichtliche Spruchpraxis entwickeln sollte, die bei sprachunkundigen Ausländern großzügig von ihrer Unterbringung nach § 64 StGB absieht.

2. *Contra Einweisung (König):*

Ein erstaunliches Stück deutscher Kriminalpolitik: Die auch mit dem Anspruch einer Entlastung angetretene Maßregelrechtsreform 2007 ersetzt einen Anordnungszwang durch eine (gebundene) Ermessensregel und es ändert sich – der Erstverfasser legt es dar – wenig bis gar nichts. Dafür verantwortlich dürfte vorrangig die Beschlussempfehlung des Bundestags-Rechtsausschusses sein. Danach bleibt es (trotz des Wörtchens „soll“ im Gesetzestext) dabei, dass der Tatrichter bei Vorliegen der Voraussetzungen anordnen „müsse“; lediglich „in besonderen Ausnahmekonstellationen“ sei dies anders.²⁷ Nach formaler Erwähnung der auf Lockerung abzielenden Intentionen des Bundesratsentwurfs folgen speziell auf die Fallgruppe der Sprachunkundigen bezogene Erwägungen, die das mit der Änderung ver-

²³ So stammte 2008 ein Fünftel aller Zuwanderer aus Polen, vgl. Migrationsbericht aaO (Fn. 18) S. 19 ff., unter der ausländischen Bevölkerung in Deutschland stellten türkische Staatsangehörige mit einem Viertel den größten Anteil, Migrationsbericht S. 200 ff.; von den türkischen Männern wird man aber in der Regel ausreichende Sprachkenntnisse erwarten können.

²⁴ Vgl. Hoffmann aaO (Fn. 11) S. 71 f. für Baden-Württemberg.

²⁵ Vgl. Machleidt Ausgangslage und Leitlinien transkultureller Psychiatrie in Deutschland, im Internet veröffentlicht: http://www.psychiatrie.de/data/downloads/3b/00/00/Beitrag_Machleidt.pdf.

²⁶ Hoffmann aaO (Fn. 11) S. 72 f. Nach Auskunft des Berliner Krankenhauses für Maßregelvollzug arbeitet dort ein ärztlicher Therapeut, der – neben deutsch – arabisch, französisch und polnisch spricht. Darüber hinaus werden Sprachmittler aus dem Pflegepersonal eingesetzt sowie ein Deutschkurs für Ausländer angeboten.

²⁷ BTDrucks. 16/5137 S. 10.

folgte Konzept dann endgültig aushebeln. Unter Bezugnahme auf BGHSt 36, 199 (zur alten Rechtslage!)²⁸ und eine vorgebliche Verpflichtung der Behörden, ausländischen Tätern „hinreichend geeignete, ihren besonderen persönlichen Verhältnissen individuell gerecht werdende Vollstreckungsmöglichkeiten bereitzustellen“, wird die Nichtanordnung der Maßregel an „unüberwindliche Schwierigkeiten“ gekoppelt, denen auch nicht mit Deutschkursen im Maßregel- oder Strafvollzug begegnet werden könne.²⁹ Bei einer solchen Interpretation ist die Sollvorschrift in der Tat überflüssig, weil es beim verbleibenden „Rest“ eindeutig schon an der Erfolgsaussicht nach § 64 Satz 2 StGB fehlt.³⁰

Die Frage ist nur, ob es eine den genannten Worten allzu sehr verhaftete Rechtsprechung mit der – ohnehin umstrittenen³¹ – subjektiv-historischen Auslegungsmethode nicht zu weit treiben würde. Nimmt man nämlich den Gesetzeswortlaut mit der Beschlussempfehlung zusammen, so wird man keine Schnittmenge finden. Das Ergebnis ist deswegen nicht „folgerichtig“, sondern perplex. Es wird eine Sollvorschrift kreiert, für die es keinen Anwendungsbereich gibt. Die Änderung entbehrt jeglichen Sinns, und dies, obwohl eine an Wortlaut und Wortsinn sowie den mit ihr erstrebten Zielen ausgerichtete Interpretation durchaus sinnvolle Anwendungsmöglichkeiten ergibt.³² Am Ende steht das Konstrukt einer Sollregelung die „keine Ermessensvorschrift i. e. S.“³³ ist – aber was ist sie dann, eine solche im weiteren Sinn, eine verkappte Mussvorschrift, ein gesetzgeberisches Tollstück? Das kann nicht das Ergebnis sachgerechter Auslegung sein.

Aber zurück zur Erfolgsaussicht, die nunmehr auch nach dem Gesetz eine „hinreichend konkrete“ sein muss. Sie entspringt einer Prognose und deckt eine Bandbreite mehr oder weniger aussichtsreicher Fälle ab. Der Bundesgerichtshof ist – wie schon vor der Reform – „anordnungsfreundlich“. Zuge-spitzt ausgedrückt genügt ein „Fünkchen konkreter Aussicht“, und zwar auch in Bezug auf das Erwecken eines zunächst nicht vorhandenen Therapiewillens.³⁴ Klar ist, dass der Aufwand mit den Ausgangsbedingungen korreliert: Je ungünstiger sie sind, desto mehr Ressourcen werden gebunden. Sie sind vergeudet, wenn es dann doch schiefgeht. Und ebenso klar ist,

²⁸ S. dazu ergänzend unten. Schon nach alter Rechtslage anders BGH NStZ 2001, 418 (5. Strafsenat).

²⁹ BTDrucks. 16/5137 S. 10.

³⁰ So die – freilich generelle – Gesetzeskritik bei *Fischer* aaO (Fn. 4) § 64 Rdn. 23.

³¹ Vgl. *Eser* in *Schönke/Schröder* StGB 77. Aufl. § 1 Rdn. 41.

³² Sie finden sich – nicht abschließend – im Bundesratsentwurf BTDrucks. 16/1344 S. 12 f. Ergänzend wird auf die Ausführungen des Erstverfassers verwiesen.

³³ So *Fischer* aaO (Fn. 4) § 64 Rdn. 23; verständnisvoller *Schöch* in LK 77. Aufl. § 64 Rdn. 156 ff.

³⁴ Nachweise bei *Fischer* aaO (Fn. 4) § 64 Rdn. 20.

dass sich Schwierigkeiten und Aufwand nochmals beträchtlich erhöhen, wenn der Therapeut mit dem Probanden radebrechend und/oder per Dolmetscher kommunizieren muss.³⁵ Meine geschätzte Kontrahentin pflegt dem mit dem Hinweis zu begegnen, dass Derartiges im Maßregelvollzug Alltag sei. Indessen war es gerade das Ziel der Reform, den Maßregelvollzug von Fällen mit solch ungünstigen Ausgangsbedingungen zu entlasten. Der Tatrichter soll bei derartigen Gegebenheiten von der Anordnung auch dann absehen dürfen, wenn nach einer Gesamtwürdigung das angesprochene „Fünkchen“ Erfolgsaussicht vielleicht noch gegeben ist und nicht Sachgründe nach Durchführung der Therapie drängen.³⁶ Was in diesem Kontext Art. 12 EGV anbelangt: Es leuchtet nicht ein, wie die Nichtanordnung einer den Angeklagten beschwerenden Maßregel³⁷ gegen das Diskriminierungsverbot von EU-Ausländern verstoßen könnte.

Die zuvor geäußerte Kritik an einer zu starken Fokussierung der Rechtsprechung auf die Gesetzesmaterialien muss für die Fallgruppe der Verständigungsprobleme sogleich relativiert werden. Die Entscheidungen seit der Reform scheinen den Verlautbarungen in der Beschlussempfehlung zumindest nicht uneingeschränkt zu folgen. So hat der 1. Strafsenat seinen in BGHSt 36, 199³⁸ eingenommenen Standpunkt nicht aufrecht erhalten, wonach mangelhafte oder fehlende Sprachkenntnisse bei der Unterbringungsanordnung außer Betracht zu bleiben haben.³⁹ Auch der 3. Strafsenat verweist den Tatrichter auf die Möglichkeit der Nichtanordnung.⁴⁰ Der 5. Strafsenat sieht von einer Aufhebung wegen unterbliebener Erörterung des § 64 StGB auch deswegen ab, weil der Angeklagte ausreisepflichtig und eine erfolgversprechende Therapie aufgrund unzulänglicher Kommunikationsgrundlage kaum vorstellbar sei.⁴¹ Es wäre erfreulich, wenn diese Judikate als Anzeichen für eine Stärkung des tatrichterlichen Ermessensspielraums

³⁵ Wer das Anforderungsprofil an einen für die Ausübung „transkultureller Psychiatrie“ geeigneten Dolmetscher erfahren möchte, dem sei die Lektüre der nicht spezifisch für den Maßregelvollzug geschriebenen Ausführungen von *Machleidt* (Fn. 25) empfohlen.

³⁶ Etwa bei einem im Inland verwurzelten Angeklagten, der es gleichwohl nicht zu hinreichenden Sprachkenntnissen gebracht hat und dem nicht etwa wegen der abgeurteilten Straftat die Ausweisung droht.

³⁷ BVerfGE 91, 1, 28 ff.; s. dazu, dass die Maßregel kein „Mittel der Suchtfürsorge“ bzw. der „Gesundheitsfürsorge“ ist, BGHSt 28, 327, 332. Ein von der Zweitverfasserin in der Sache propagierter Anspruch auf bestmögliche Therapie, ausgelöst durch die Begehung von Straftaten, ist mit dem Charakter der strafrechtlichen Maßregel nicht vereinbar.

³⁸ Und NSTZ-RR 2002, 7.

³⁹ StV 2008, 138; wobei der 1. Strafsenat den Bundesratsentwurf in Bezug nimmt (was den Drittverfasser, damals noch Gesetzgebungsreferatsleiter im bayerischen Justizministerium, gefreut hat).

⁴⁰ NSTZ-RR 2009, 170.

⁴¹ BGHR StGB § 64 Nichtanordnung 2.

im Rahmen des § 64 Satz 1 StGB auch für andere Konstellationen genommen werden könnten.

Noch ein Wort zum Ressourcenproblem. Der Maßregelvollzug kostet bekanntlich viel Geld. Beispielsweise in Bayern liegt sein Anteil am gesamten Sozialhaushalt bei nahezu unglaublichen rund 10%.⁴² Es handelt sich um Geld, das die Sozialministerien lieber für andere Zwecke ausgeben würden. Vor diesem Hintergrund unternommene Vorstöße der Sozial- bzw. Gesundheitsressorts, die Maßregel des § 64 StGB unter Hinweis auf den viel billigeren Strafvollzug abzuschaffen oder stark einzuschränken, konnten im Zuge der Maßregelreform abgewehrt werden. Niemand vermag aber zu prognostizieren, was mit ihr bei immer weiter überlaufenden Anstalten in Zeiten geschieht, in denen die öffentlichen Haushalte durch Banken- und Eurokrise in bislang unbekanntem Ausmaß durchgeschüttelt werden und man nach Einsparungen sucht, um Kürzungen z.B. bei den Titeln Jugend, Familie, Frauen, Alte oder auch Arbeit zu vermeiden. Es wäre zu erwarten, dass der Hinweis auf eine nach Auffassung des Bundes bestehende Verpflichtung der Länder, zumindest für die wichtigsten 20, 30 oder 40 Sprachen sprachkompetente Therapeutenteams bzw. psychologisch geschulte Dolmetscher zur Verfügung zu stellen, das Seine tun würde. Auch das sollte man nicht aus den Augen verlieren.

Abschließend noch ein Gegenpol: Nicht alle Gerichte stehen dem § 64 StGB zurückhaltend gegenüber. Man hört immer wieder, dass die Maßregel einschließlich der Bemessung der Therapiedauer mit Blick auf eine Halbstrafenaussetzung nach Vorwegvollzug eines Strafteils bei manchem Gericht beliebter Gegenstand von Verfahrensabsprachen ist, die der Bundesgerichtshof wegen sofortigen Eintritts der Rechtskraft nicht zu sehen bekommt. Gegebenenfalls: ein (Justiz-)Skandal.

IV. Weitere Ausländerprobleme

Für das Problemfeld einzuweisender ausländischer Verurteilter bietet die Vorschrift des § 67 Abs. 2 Satz 4 StGB für Fälle, in denen eine Abschiebung konkret zu erwarten ist, eine Regelung, die den Vorwegvollzug der Strafe, auf welche unmittelbar die Ausreise folgen soll, vorsieht. Eine Ausschlusswirkung in dem Sinn, dass bei einer Ausreisepflicht von der Sollregelung nach § 64 Satz 1 StGB kein Gebrauch gemacht werden darf, kann man der Vorschrift nicht beimessen. Gerade auch die Fälle der Ausreisepflicht hatte der Bundesrat für die Sollregelung im Auge.⁴³ Die Beschlussempfehlung verweist in diesem Zusammenhang auf Sicherheitsaspekte im

⁴² In Zahlen: Für das Jahr 2010 nach Haushaltsansatz 234 Mio. € von knapp 2,5 Mrd. €.

⁴³ BTDrucks. 16/1344 S. 12.

Zusammenhang mit dem Teilvorwegvollzug, die ihrer Ansicht nach für die Anwendung des § 67 Abs. 2 Satz 4 StGB statt der Nichtanordnung sprechen können.⁴⁴ Das zwingt aber nicht zu dem Umkehrschluss, dass in Fällen, in denen die konkreten Voraussetzungen dieser Norm noch nicht erfüllt sind, gleichwohl mit einem weiteren Aufenthalt des Verurteilten in Deutschland nach Straf- und Maßregelvollzug nicht zu rechnen ist, die Maßregelanordnung zwingend ist. Sollte nicht jenseits der Spezialvorschrift des § 67 Abs. 2 Satz 4 StGB von der Anordnung einer Maßregel nach § 64 StGB auch nach Ermessen abgesehen werden können, wenn die Suchtbehandlung in Deutschland absehbar allenfalls ein (jedenfalls für einen nicht unbeträchtlichen Zeitpunkt) suchtfreies Leben anderswo bewirken wird?

Insoweit wäre freilich vorzugswürdig eine rechtliche Internationalisierung, wie sie im Bereich des Strafens - auch mit der Berücksichtigung anderweitig verhängter ausländischer Strafen⁴⁵ - insbesondere mit dem Bestreben der Überstellung zur Strafverbüßung im Heimatland⁴⁶ im Vormarsch ist. Dies würde freilich ähnliche Maßregeln im Ausland und die Möglichkeit einer Überstellung in den dortigen Vollzug voraussetzen,⁴⁷ an denen es derzeit leider vielfach fehlt.

V. Andere Extremfälle (lebenslang)

Auch für den Extremfall der lebenslangen Freiheitsstrafe wird bislang keine Handhabe für ein Absehen von der Maßregel nach § 64 StGB gesehen.⁴⁸ Es soll sogar, weil insoweit keine Sonderregelung für die vorzeitige Entlassung - vergleichbar § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB bei zeitiger Freiheitsstrafe - besteht, ein Teilvorwegvollzug der Strafe nur in Ausnahmefällen gebotener sachgerechter Vorbereitung des Verurteilten auf den Maßregelvollzug während des beginnenden Strafvollzugs in Betracht kommen. Soll es aber wirklich sinnvoll sein, mit einer Entziehungsbehandlung primär letztlich nichts anderes zu erreichen als einen suchtfreien Zustand im - ungeachtet der Idee von BVerfGE 45, 187 - dauerhaften Strafvollzug? Sind hierfür nicht strafvollzugsinterne Therapiemaßnahmen geboten und unbedingt vorzugswürdig? Auch hier könnte ein Anwendungsbereich für den tatgerichtlichen Beurteilungsspielraum des § 64 Satz 1 StGB gefunden werden, wenn man nicht sogar die erforderliche konkrete Behandlungsaussicht des § 64 Satz 2 StGB eingeschränkt auf das Ziel suchtfreien Lebens in Freiheit

⁴⁴ BTDrucks. 16/5137 S. 10.

⁴⁵ Auf diesem Feld hat sich zwischen dem 2. und 5. Strafsenat jüngst ein Disput entzündet: Vgl. BGH StV 2010, 240 (2. Strafsenat) und 242 (5. Strafsenat).

⁴⁶ Vgl. nur Meyer-Goßner StPO 52. Aufl. vor § 449 Rdn. 7.

⁴⁷ Vgl. dazu schon BGHSt 36, 199, 203 f.

⁴⁸ Grundlegend BGHSt 37, 160; vgl. dazu jüngst Kreicker NStZ 2010, 239.

interpretierte und damit bei Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe von einer Maßregel nach § 64 StGB stets abzusehen hätte.

VI. § 67 Abs. 2 StGB

Die seit Juli 2007 geltende Fassung des Maßregelrechts hat in § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB zu einer praktisch hochvernünftigen Neuregelung über einen Teilvorwegvollzug für die Maßregel nach § 64 StGB bei mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe geführt. Die vom Bundesgerichtshof jüngst in vielen Entscheidungen konkretisierte Regelung schafft eine Grundlage für die Erwartung, dass eine sofortige Entlassung aus dem später angetretenen Maßregelvollzug in die Freiheit nach erfolgreicher Therapie, deren erforderliche Dauer vorab konkret zu bemessen ist, verwirklicht werden kann; dabei erfährt der Maßregelunterworfenen gegenüber dem ohne gleichzeitige Maßregelanordnung Bestraften nach § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB eine Besserstellung, indem die Reststrafaussetzung bei ihm im Regelfall und nicht - wie sonst in § 57 Abs. 2 StGB vorgesehen - nur in Sonderfällen schon zum Halbstrafzeitpunkt erfolgt. Der Bundesgerichtshof hat hier, gestützt durch den Wortlaut des § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB („ist so zu bestimmen“), jeder flexiblen Bemessung eine Absage erteilt.⁴⁹ Dies erscheint für eine nicht ganz seltene Fallgestaltung nicht unproblematisch.

Freilich wird nach erfolgreicher Suchttherapie die Gewährung von Reststrafaussetzung selbst Bewährungsversagern schwerlich zu verweigern sein. Indes finden sich unter den wegen Symptomtaten im Sinne des § 64 StGB Abgeurteilten oftmals auch solche Täter, die - bei Verurteilung bereits eindeutig absehbar - ohne Maßregelanordnung nicht die mindeste Chance auf eine Reststrafaussetzung nach § 57 Abs. 1 StGB hätten. Das ist selbstverständlich noch nicht bei einmaligem Bewährungsversagen zu bescheinigen; es gilt aber fraglos, wenn massiv wiederholtes Bewährungsversagen, gar bei Reststrafaussetzung nach einer höheren Freiheitsstrafe, bei der es sich nicht um die erste Verurteilung gehandelt hat, vorliegt. Ist derartigen Tätern allein aufgrund des Erfolgs einer Suchttherapie ohne weiteres sofort eine Reststrafaussetzung nach der Hälfte der verhängten Strafe zu gewähren, während sie sonst keinerlei Chance auf eine Reststrafaussetzung hätten? Sie wären damit im Vergleich mit nicht zugleich gemäßregelten Verurteilten doppelt besser gestellt: Hätten jene überhaupt keine Chance auf Reststrafaussetzung, kämen diese selbst ohne Vorliegen eines Ausnahmefalles in den Genuss der Halbstrafaussetzung. Die Rechtsprechung der Strafvollstreckungskammern wird dies schwerlich anerkennen. Sie wird allenfalls dazu gelangen, dass die bisher hartnäckigen Bewährungsversager mit Rücksicht

⁴⁹ Fischer aaO (Fn. 4) § 67 Rdn. 11 m.Rspr.-Nachw.