

rige Einigung wichtiger ist als der Streit über Nebenpunkte. Dies kommt in der Praxis immer wieder vor.⁴⁶

Beim versteckten Dissens wissen die Parteien dagegen gar nicht, dass sie sich nicht geeinigt haben. Diese Fälle sind praktisch eher selten, weil sie nur in Betracht kommen, wenn sich die Parteien weder objektiv noch subjektiv geeinigt haben. Das kann v.a. der Fall sein bei der Verwendung von Begriffen, die keine objektiv feststehende Bedeutung haben und von den Parteien unterschied-

lich verstanden werden, so etwa die Begriffe »Best-of-Album« im Musikbereich⁴⁷ oder im Baubereich das »lichte Maß«⁴⁸ im Gegensatz zu den klar definierten »Senkungsschäden«.⁴⁹

46 Vgl. BGH NJW 2002, 817 (818 f.).

47 OLG Köln NJW-RR 2000, 1720.

48 OLG Jena NZBau 2004, 438 (439).

49 BGH NJW 1961, 1668 (1669).

Prof. Dr. Matthias Jahn, Universität Erlangen-Nürnberg* und Martin Müller**

Der Widerspenstigen Zähmung – Aktuelle Gesetzgebungsvorschläge zu den Urteilsabsprachen im Strafprozess

A. EINLEITUNG

I. Zum Diskussionsstand um die Absprachen im Strafverfahren

Vor knapp einem Vierteljahrhundert begann mit einem unter dem Pseudonym »Detlev Deal aus Mauschelhausen« veröffentlichten Beitrag¹ die wissenschaftliche Diskussion um verfahrensbeendende Urteilsabsprachen im deutschen Strafprozess. Mit diesem Bericht wurden einer breiteren Fachöffentlichkeit erstmals Vorgänge bekannt, die zu einer der kontroversesten Auseinandersetzungen zwischen Theorie und Praxis des Strafverfahrens geführt haben:² Auf der einen Seite steht die Phalanx der Praktiker in der Instanzgerichtsbarkeit, bei den Staatsanwaltschaften und in der Strafverteidigung. Dort wird seit jeher die Notwendigkeit der Absprachen für das Funktionieren des Strafprozesses unter den heutigen institutionellen und finanziellen Rahmenbedingungen betont.³ Die überwiegende Lehre und ein großer Teil der obergerichtlichen Rechtsprechung stehen hingegen verfahrensbeendenden Absprachen tendenziell kritisch gegenüber. Die Befunde reichen innerhalb eines denkbar breiten Meinungsspektrums vom Verdikt der Verfassungswidrigkeit⁴ über den Vorwurf des Verstoßes gegen das geltende (einfache) Prozessrecht⁵ bis zur Qualifikation als richterliche Rechtsfortbildung contra oder – bestenfalls – praeter legem.⁶ Nur wenige Stimmen im Schrifttum⁷ halten die Absprachenpraxis demgegenüber schon heute für grundsätzlich vereinbar mit tragenden Maximen des geltenden Prozessrechts wie etwa dem Amtsaufklärungsgrundsatz.

Die Rechtsprechung hat in den ersten fünfzehn Jahren der (offiziellen) Geschichte der Absprachen im deutschen Strafverfahren eindeutige Festlegungen vermieden und sich auf Randkorrekturen beschränkt. Erst mit dem Beschluss des 4. Strafsenats aus dem Jahr 1997⁸ hat sich der BGH der Fragestellung in grundsätzlicher Weise angenommen. Umstritten ist aber auch heute noch, ob dieser Beschluss die Frage nach der Zulässigkeit von Absprachen im Sinne eines »Ja, aber« oder eher eines »Nein, aber« beantwortet. Dessen ungeachtet wird der nunmehr ebenfalls fast eine Dekade alte Karlsruher Vorstoß von nicht wenigen Stimmen – auch und gerade aus Sicht der Revision⁹ – als gescheitert angesehen. Eine der Ursachen soll der zunehmende »Ungehorsam« der Tatgerichte gegenüber den höchstrichterlichen Vorgaben sein. Diese Entwicklung wiederum sei, wie auch Richter monieren,¹⁰ der realitätsfernen Rechtsprechung geschuldet. Sie habe sich von den Bedürfnissen der Praxis nach rascher und einvernehmlicher Erledigung zu weit entfernt.

II. Zielsetzung des Beitrags

Dieser Beitrag möchte nicht die einander nach wie vor unveröhnlich gegenüber stehenden Frontlinien zur Frage der prinzi-

piellen Zulässigkeit von Absprachen begründen helfen. Angesichts der verfahrenen Situation richtet er sein Augenmerk vielmehr auf die in die Zukunft weisenden Bestrebungen, den Problembereich der Absprachen noch in dieser Legislaturperiode zu kodifizieren. Denn für den nicht unwahrscheinlichen Fall, dass sich diese Pläne realisieren sollten, dürfte ein nicht geringer Teil der Bibliotheken zum Absprachenproblem zwar nicht gleich makulatur, wohl aber doch zur Einlagerungsmasse für das rechts-historische Magazin werden.

B. DIE FORDERUNG NACH EINER GESETZLICHEN REGELUNG

I. Die erste Phase zwischen 1982 und 2000: Eine vielstimmige Kakophonie

Bereits in den späten achtziger Jahren des letzten Jahrhunderts wurde in der Lehre die Forderung erhoben, der Gesetzgeber müsse im Absprachenbereich tätig werden. Anfangs war dies eher auf ein Verbot der Absprachen als auf eine umfassende Regelung gerichtet.¹¹ Zahlreiche Vertreter der Praxis und ihre Berufsverbände votierten zwar gegen ein Verbot. Andererseits verneinten sie bereits einen Handlungsbedarf und wollten die weitere Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung überlassen.¹² Vor

* Der Autor ist Inhaber eines Lehrstuhls für Straf- und Strafprozessrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg und Richter am OLG.

** Der Autor ist Jurist (Univ.) und Doktorand.

1 StV 1982, 545. Sein Verfasser Hans-Joachim Weider war – wie auch der Mitautor Jahn – an der Erarbeitung des Gesetzesvorschlages des Strafrechtsausschusses der Bundesrechts-anwaltskammer beteiligt, siehe dazu unten C.I.

2 Es ist in einer ausbildungsorientierten Zeitschrift nicht überflüssig zu erwähnen, dass sich diese Kontroversen wegen ihres engen Bezuges zu den Prozessmaximen (vgl. nur Rössner 30 Probleme aus dem Strafprozessrecht, 2005, 2. Problem) nicht nur in zahlreichen mündlichen Staatsexamensprüfungen sowie prozessualen Zusatzfragen in Klausuren reflektiert haben – und auch in Zukunft reflektieren werden.

3 Siehe etwa Dabs NSz 1988, 153; Böttcher/Dabs/Widmaier NSz 1993, 375; Landau/ Eschelbach NJW 1999, 321 (322 f.). Zur Entwicklung der Rspr. zusammenfassend Meyer-Göfner StPO, 49. Aufl. 2006, Einl. Rn. 119c – h.

4 Schünemann FS Rieß, S. 525; Küpper/Bode Jura 1999, 351, 393 (400).

5 Moldenhauer Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof, 2004, S. 60 ff., 265 ff. Zusammenfassend zur Diskussion in der Wissenschaft Sinner Der Vertragsgedanke im Strafprozess, 1999, S. 185 ff.

6 Beulke Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Rn. 394; Hellmann Strafprozessrecht, 2. Aufl. 2006, Rn. 689; Volk Grundkurs StPO, 5. Aufl. 2006, § 30 Rn. 2 ff. Umfassend zur Diskussion in dieser Zeitschrift bereits Eschelbach JA 1999, 694 und Berenbrink JA 2005, 889 f.

7 Jahn ZStW 118 (2006), 427 (441 ff.); ders. GA 2004, S. 272 (286 f.); Weichbrodt Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen, 2006, S. 152 f.

8 BGHSt 43, 195. Dazu bereits ausf. Berenbrink JA 2005, 889, 890.

9 Kuckein/Pfister FS 50 Jahre BGH, S. 661; Hamm FS Meyer-Göfner, S. 33.

10 Meyer-Göfner StraFo 2003, 401; Siolek FS Rieß, S. 563; Schmitt GA 2001, 411.

11 Schünemann Gutachten B für den 58. DJT 1990, B 176; Schmidt-Hieber DRiZ 1989, 150, 152.

12 Zu den sog. Münsteraner Thesen des Deutschen Richterbundes Kintzi JR 1990, 309, 311.

dem Hintergrund des Grundsatzes vom Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG), der dem demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber aufgibt, die wesentlichen Fragen des Strafverfahrens selbst zu regeln, war dieser Rechtsstandpunkt schon damals äußerst zweifelhaft.¹³ Der 58. Deutsche Juristentag (DJT) befasste sich dann 1990 ausführlich mit dem Thema. Eine klare Mehrheit votierte für ein Eingreifen des Gesetzgebers.¹⁴ Sie wurde damit in Bonn nicht gehört. Die Praxis versuchte in der Zwischenzeit, der bohrenden Fragen des Tagesgeschäfts mit behördeninternen Empfehlungen (bei den Staatsanwaltschaften¹⁵) und eher allg. gehaltenen Ratschlägen (im Bereich der Strafverteidigung¹⁶) Herr zu werden. Diese Leitlinien blieben naturgemäß wolkig. In der Lehre wurden vielfältige Konzepte von der Einführung eines Rechtsgesprächs¹⁷ bis hin zur Modifizierung des Strafbefehlsverfahrens (»Strafbescheid«)¹⁸ erwogen. Andere Modelle waren maßgeblich von ausländischen Verfahrensordnungen inspiriert.¹⁹

II. Die zweite Phase zwischen 2001 und 2004: Ein missglückter Paukenschlag

Ein ernsthaftes Interesse des Bundesgesetzgebers an einer Kodifikation der Absprachen zeigte sich erst mit dem Eckpunktepapier zu einer Reform des Strafverfahrens aus dem April 2001. Dort hieß es:

»Eine gesetzliche Normierung der Verständigung im Strafverfahren trägt der Entwicklung in der Praxis Rechnung. Sie soll in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts die dabei zu beachtenden rechtsstaatlichen Anforderungen (...) gewährleisten (...).«²⁰

Das Konzept einer vermehrten Einführung konsensualer Gestaltungs- und Erledigungsmöglichkeiten wurde zwar teilweise positiv aufgenommen. Die konkrete Umsetzung mit der Regelung in § 257b des StPO-Diskussionsentwurfs 2004²¹ wurde jedoch sowohl von prinzipiellen Gegnern als auch Befürwortern der Verständigung im Strafverfahren einhellig als unzureichend erachtet.²² Der konkrete Regelungsvorschlag wurde nicht weiterverfolgt, weil, wie das Ministerium mittlerweile durchaus selbstkritisch einräumt, »die Erkenntnis entstanden (ist), dass eine stärker ausdifferenzierte gesetzliche Regelung erforderlich ist.«²³

III. Die dritte Phase seit 2005: Vom Präludium des Großen Senats zu den Partituren der Entwürfe

Letztlich ausschlaggebend für den erneuten Anlauf des Gesetzgebers war der Appell des Großen Senats in Strafsachen²⁴ in seinem Grundsatzbeschluss vom 3.3.2005. Unmissverständlich heißt es dort, die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung zum Absprachenproblem seien nunmehr erreicht. Der Große Senat betont aber gleichzeitig den großen inhaltlichen Gestaltungsspielraum für eine Regelung, den der Gesetzgeber von Verfassungs wegen hat. Diese Aussagen sind in der Lehre²⁵ – zu Recht – nahezu einhellig begrüßt worden. Neben den bereits erwähnten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten spricht eine praktische Notwendigkeiten für eine baldige gesetzliche Regelung. Sie ist durch die Divergenzen offenbar geworden, die bezogen auf einen absprachebedingten Rechtsmittelverzicht sogar innerhalb der BGH-Rechtsprechung zu Tage getreten sind. Im Folgenden sollen daher die Vorschläge der Bundesrechtsanwaltskammer (C.I.), der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte (C.II.), des Bundesministeriums der Justiz (C.III.) und des Landes Niedersachsen (C.IV.) vorgestellt und bewertet werden. Abschließend werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Regelungskonzepte darzustellen sein (D.).

C. DIE EINZELNEN REGULIERUNGSVORSCHLÄGE UND IHRE BEWERTUNG

I. Der Entwurf des Strafrechtsausschusses der Bundesrechtsanwaltskammer vom August 2005

Als zeitnahe Reaktion auf den Appell des Großen Senats hat der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer (*Strauda*) bereits im August 2005 einen Entwurf zur gesetzlichen Regelung der Urteilsabsprache im Strafverfahren vorgelegt (im Folgenden: BRAK-E).²⁶ Der Vorschlag misst dem Beschleunigungsgrundsatz im Absprachenkontext zwar eine hohe Bedeutung bei, begreift ihn aber nicht als Selbstzweck. Er wird deshalb auch nicht als alleinige Legitimationsgrundlage für die Legalisierung der Absprachenpraxis angesehen. Wegen der unbestreitbaren Spannungen mit einigen tragenden Prinzipien der geltenden Strafprozessordnung (z.B. Unmittelbarkeits- und Öffentlichkeitsgrundsatz) bedürfte es einer weiter gehenden dogmatischen Legitimation für die mit der gesetzlichen Zulassung der Absprachen einhergehenden Neuorientierung des Strafverfahrens. Diese Grundlage sieht der Strauda in einer neuen Verfahrensmaxime: dem Konsensprinzip. Sein Grundgedanke ist, dass in einem vom Gesetz eröffneten Rahmen die Rechtsgestaltung auch im Strafprozess durch den übereinstimmenden Willen der Beteiligten erfolgen kann.²⁷

1. Wesentlicher Inhalt

a) Vorbereitung einer Urteilsabsprache

Um klarzustellen, dass Vorgespräche auch außerhalb der Hauptverhandlung erlaubt sind und beim beteiligten Richter nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen können, ermöglicht § 202 II BRAK-E die Erörterung der Kautelen für eine Urteilsabsprache bereits im Zwischenverfahren. Die Einräumung dieser Gestaltungsmacht liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH.²⁸ Darüber hinaus sind Erörterungen im Sinne des § 202 BRAK-E gem. § 212 BRAK-E auch nach Eröffnung des Hauptverfahrens möglich. Dies soll eine erhebliche Abkürzung der Hauptverhandlung bewirken.²⁹

b) Durchführung der Absprache in der Hauptverhandlung

Zentrale Norm des neuen Regelungskonzepts ist § 243a BRAK-E. Dessen systematische Stellung im Anschluss an § 243 StPO soll den gleichberechtigten Charakter des »neuen« Verfahrens gegenüber dem bisherigen Recht der Hauptverhandlung verdeutlichen. Nach § 243a I BRAK-E kann das Gericht auf übereinstimmenden

13 Vgl. Rosenberg/Kühne Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl. 2006 (im Erscheinen), Einl. F. Rn. 209; ausf. *Jahn* ZStW 118 (2006), 427 (429 ff.).

14 Beschlüsse abgedruckt in NJW 1990, 2991 (2992 ff.); s.a. *Böttcher* FS Meyer-Goßner, S. 53.

15 *Arbeitsgruppe GenStAe* StV 1993, 280; *GenStA/JuMi Hessen* StV 1992, 347 f. Zusammenfassend *Schaefer* AnwBl 1998, 263.

16 *BRAK* Thesen zur Strafverteidigung, 1992, Nr. 38 – 44; zusammenfassend die Beiträge von *Weider* und *König* zum Deutschen Anwaltstag 1997 (AnwBl 1997, 538 u. 541).

17 *Baumann* NStZ 1987, 157 (161); *Zschockelt* NStZ 1996, 449 sowie § 169b des Alternativentwurfs Ermittlungsverfahren, 2001, S. 134 ff.

18 *Schünemann* Gutachten (Fn. 11), B 157 ff.; *Siolek* Verständigung in der Hauptverhandlung, 1993, S. 255.

19 Beispielhaft *Meyer-Goßner* NStZ 1992, 167; *Wagner/Rönnow* GA 1990, 387.

20 Eckpunktepapier StV 2001, 314 (316).

21 StV 2004, 233.

22 *Schünemann* StraFo 2004, 293 (295); *Jahn* NJ 2005, 106 (109).

23 Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, Stand: 18.5.2006, abrufbar unter www.bmj.bund.de/media/archive/1234.pdf (besucht am 22.8.2006), zit. als BMJ-RE.

24 BGHSt 50, 40 (63) m. Anm. *Satzger* JA 2005, 684.

25 *Saliger* JuS 2006, 8 (12); *Rief* JR 2005, 435 (438 f.); *Fahl* ZStW 117 (2005), 605, 627 f.; *Landau/Bünger* ZRP 2005, 268, 269.

26 BRAK-Stellungnahme 25/2005 (*Strauda*), teilweise abgedruckt in ZRP 2005, 235; Langfassung abrufbar unter (und im Folgenden zitiert nach) www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/Stn25_05.pdf.

27 *Strauda* (Fn. 26) S. 4 f.

28 BGHSt 37, 99 (103 f.); 43, 195 (199); 50, 40 (48).

29 *Strauda* (Fn. 26) S. 13.

Antrag der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten eine Strafobergrenze nach Maßgabe einer neuen materiell-strafrechtlichen Regelung in § 46b StGB, der eine obligatorische Strafmilderung³⁰ für den Fall einer Urteilsabsprache vorsieht, sowie andere Rechtsfolgen³¹ zusagen. Dies gilt aber nur, sofern der Angeklagte eine vom Gericht konkret bezeichnete Bedingung erfüllt. Mögliche Inhalte für diese Bedingungen werden enumerativ aufgezählt. Hierzu zählen vor allem ein Geständnis, die Schadenswiedergutmachung und ein Täter-Opfer-Ausgleich. Nach § 243a III 1 BRAK-E erhalten alle Verfahrensbeteiligten nun das Recht, Stellung zu nehmen. Sie können der Zusage innerhalb einer vom Gericht bestimmten Frist widersprechen (§ 243a III 2 BRAK-E). Mögliche Widersprüche von Staatsanwaltschaft und Nebenklage haben vor der Erklärung des Angeklagten zu erfolgen und sind zu protokollieren. Sie bleiben freilich in der Tatsacheninstanz zunächst wirkungslos und haben nur Bedeutung für die Revision.³²

Erfüllt der Angeklagte die ihm gesetzte Bedingung, ist das Gericht an die Zusage gebunden. Die Bindungswirkung kann nur in einem der in § 243a IV BRAK-E abschließend aufgezählten Fälle entfallen:

- Widerspruch von Staatsanwaltschaft oder Angeklagtem
- Nichterfüllung der Bedingung seitens des Angeklagten
- Auftauchen wesentlich strafscharfender Umstände, die (zwar dem Angeklagten, nicht aber) dem Gericht zum Zeitpunkt der Zusage unbekannt waren
- Übersehen strafscharfender Gesichtspunkten seitens des Gerichts und
- Abschluss des Rechtszugs.

Nur in diesen fünf Situationen werden Prozesshandlungen des Angeklagten in Erfüllung der Bedingung wirkungslos. Folge ist eine Wiederherstellung des status quo ante. Damit geht konsequenterweise auch ein grundsätzliches Verwertungsverbot bezogen auf das vorgeleistete Geständnis einher. Die Lösung des *Strauda* geht damit deutlich weiter als die bisherige Rechtsprechung. Dort wurde die fehlgeschlagene Vereinbarung entgegen einem in der wissenschaftlichen Debatte weit verbreiteten Lösungsvorschlag weder als ausreichende Rechtfertigung für ein Prozesshindernis angesehen noch hat sich der 5. Strafsenat in der Leitentscheidung zu dieser Frage³³ ausdrücklich zu einem Beweisverwertungsverbot zu bekennen vermocht. Honoriert wurde das im Vertrauen auf die Bestandskraft abgelegte Geständnis nur als unselbstständiger Strafmilderungsgrund.³⁴ Dies dürfte nach § 243a V 2 BRAK-E nur noch für den Fall gelten, dass der Angeklagte seine Zusage nicht eingehalten und somit das Scheitern zu verantworten hat.

c) Transparenz- und Formvorschriften

Den Vorsitzenden trifft gem. § 243a IV 1, VI 2 BRAK-E die Pflicht, mitzuteilen, ob Vorgespräche nach §§ 202 II, 212 BRAK-E stattgefunden haben. Auf diese Weise soll dem im Absprachenkontext nicht selten erhobenen Vorwurf von Kungelei und Geheimjustiz vorgebeugt werden. Im Fall des Scheiterns einer Absprache soll die Mitteilungspflicht darüber hinaus den Angeklagten vor einer – vereinfachend gesprochen – eventuellen »Rache« des Gerichts durch die Verhängung einer nicht mehr schuldangemessenen Strafe schützen.

Der wesentliche Inhalt der Absprachenkommunikation ist nach §§ 202 II 2, 212 BRAK-E aktenkundig zu machen. So soll für den Fall einer späteren Kontroverse die Rekonstruktion der Absprache auch für die Rechtsmittelinstanz erleichtert werden.³⁵ Diesem Zweck soll auch eine neue Nr. 6 in § 272 BRAK-E, die den bestehenden § 272 StPO ergänzt, dienen. Danach ist auch zu protokollieren, dass *keine* Erörterungen stattgefunden haben. Auf diese Weise soll der Gefahr vorgebeugt werden, dass Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung getroffen und auch umgesetzt werden, ohne die einzuhaltenden Verfahrensvorschriften zu beachten.

d) Änderungen im Rechtsmittelrecht

Weit reichend sind die Eingriffe des *Strauda*-Konzepts im Rechtsmittelrecht. Der neu gefasste § 302 I BRAK-E sieht vor, dass der vorzeitige Verzicht auf ein Rechtsmittel oder die Zurücknahme eines Rechtsmittels vor Ablauf der Einlegungsfrist (also unabhängig davon, ob dem Urteil eine Absprache zu Grunde liegt) stets unzulässig ist. Ausgenommen sollen nach S. 2 dieses Regelungsvorschlags nur Urteile des Strafrichters (vgl. § 25 GVG) sein, die nicht auf einer Urteilsabsprache beruhen. Der Entwurf lehnt in der Begründung die vom Großen Senat vorgeschriebene qualifizierte Belehrung explizit ab und bezeichnet sie als unzureichend. Solange der Rechtsmittelverzicht zulässig sei, bestehe die Gefahr, dass der Beschuldigte trotz formeller Belehrung informell zum Verzicht gedrängt werde.³⁶ Die Rückausnahme im Verfahren vor dem Einzelrichter soll ihre Begründung im anerkennungswürdigen und im Hinblick auf die Strafhöhe auch vertretbaren Bedürfnis nach endgültiger Verfahrensbeendigung finden.

Im Revisionsrecht soll der neu anzufügende Abs. 3 des § 337 BRAK-E die Revisionsmöglichkeiten einschränken: So kann die Verfahrensrüge der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten oder des Nebenklägers, der der Zusage nicht widersprochen hat, im Wesentlichen nur auf eine Verletzung des Abspracheverfahrens nach § 243a BRAK-E, der Grundsätze eines fair trial sowie der Revisionsgründe des § 338 StPO gestützt werden. Damit soll dem spezifischen Bedürfnis nach Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen der Urteilsabsprachen Rechnung getragen werden.³⁷ Die Darstellungs- und die Sachrüge soll hingegen unberührt bleiben.

2. Bewertung

Der Entwurf des *Strauda* hat ein reges Echo gefunden. Es ist aber – erwartungsgemäß – nicht nur positiv ausgefallen. Schon die durch ihn ausgelöste Debatte hat aber der Klage von *Kühme*,³⁸ es fehle an einer grundsätzlichen Diskussion über den zutreffenden Platz einer Absprache im deutschen Strafverfahren, zu einem guten Teil abgeholfen. Vor allem an dem klaren Bekenntnis des *Strauda*-Entwurfs zum Konsensprinzip hat sich Kritik³⁹ entzündet. Der ausdrücklich oder zumindest konkludent erhobene Vorwurf, die partielle Ablösung des Amtsermittlungsgrundsatzes (Inquisitionsmaxime) durch die neue Konsensmaxime liefere dem bürokratischen und fiskalischen Interesse der Justiz an möglichst rascher Verfahrenserledigung die nachgeschobene Legitimation, darf sicher nicht ohne Weiteres beiseite gewischt werden. Bei näherer Analyse vermag die Kritik aber nicht zu überzeugen. Nach der Aufforderung des Großen Senats an den Gesetzgeber kann man bereits die Fragestellung, ob der Gesetzgeber Informelles formalisieren *solle*,⁴⁰ nur als unzeitgemäß bezeichnen. Die Kritik basiert auch insoweit auf einem grundlegenden Missverständnis, als behauptet wird, Konsens sei wesensmäßig auf Informalität gegründet. Der Ansatz des BRAK-E setzt nicht auf Infor-

30 S. aber unten C.I.1.

31 Genannt werden zahlreiche Vorschriften, von denen § 56 StGB (Strafaussetzung zur Bewährung) und § 69a StGB, der die Dauer einer Sperre für die Wiedererteilung der Fahrerlaubnis regelt, für die Praxis besonders bedeutsam sind.

32 Siehe sogleich C.I.1.d).

33 BGHSt 42, 191 (193). Noch weitergehend *Weflau* StV 2006, 357 (359).

34 BGHSt 42, 191 (195).

35 Vgl. *Strauda* (Fn. 26) S. 14.

36 *Strauda* (Fn. 26) S. 29.

37 *Strauda* (Fn. 26) S. 30.

38 *Kühme* (Fn. 13) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den BRAK-E; ebenso *Meyer-Göfner* StV 2006, 485, (490).

39 *Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV)* StraFo 2006, 89 sowie *Lien* GA 2006, 129 und *Schinemann* ZRP 2006, 63. Grds. zustimmend demgegenüber *Landaul* *Bünger* ZRP 2005, 268 (270); *Satzger* StraFo 2006, 45 (50).

40 Vgl. *Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins (DAV)* StraFo 2006, 89. Zu große Zurückhaltung aber auch bei *Meyer-Göfner* (Fn. 3): »Es ist zu erwägen, ob (...) eine Regelung vom Gesetzgeber geschaffen werden sollte«.

malität, sondern stellt den Versuch dar, Grundrechtsschutz durch (geregelter Absprachen-) Verfahren zu gewährleisten.

Neben dieser Grundsatzdiskussion hat insbesondere die obligatorische Strafmilderung nach § 46b StGB Anlass für überzeugende externe Kritik⁴¹ und interne Nachberatungen des *Strauda* gegeben. Durch diesen Regelungsmechanismus wird nämlich derjenige Täter benachteiligt, der »zu früh die Waffen streckt« und ohne Urteilsabsprache in einem frühen Stadium des Verfahrens ein Geständnis ablegt, obwohl auch er – und das sogar ganz besonders – zur Abkürzung des Verfahrens beiträgt und sein Verhalten damit in mindestens gleicher Weise honorabel ist. An diesem Regelungsvorschlag hält der *Strauda* nicht mehr fest.⁴²

II. Vorschlag der Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälte vom November 2005

1. Wesentlicher Inhalt

Die dem BRAK-E zeitlich nachfolgenden Eckpunkte für eine gesetzliche Regelung von Verfahrensabsprachen vor Gericht wurde von den Generalstaatsanwältinnen und Generalstaatsanwälten (GStAe) am 24.11.2005 beschlossen.⁴³ Sie erheben in bemerkenswerter Übereinstimmung mit dem BRAK-E ebenfalls den Konsensgedanken zur Maxime des Abspracheverfahrens. Dies wird sowohl an dem für eine erfolgreiche Verständigung erforderlichen gemeinsamen Antrag von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem als auch an der negativen Voraussetzung des fehlenden Widerspruchs dieser beiden Beteiligten deutlich (Thesen Nr. 3, 4). Ebenso wie im BRAK-E ist die Abschaffung der Berufung im Falle einer Urteilsabsprache und eine auf die Verletzung abspracherelevanter Vorschriften beschränkte Verfahrensrüge in der Revision vorgesehen (Thesen Nr. 12, 13). Im Übrigen sehen die GStAe-Eckpunkte eine konsequente Umsetzung der bisherigen BGH-Rechtsprechung vor.

Anders als der BRAK-E befürworten die GStAe aber das Konzept der qualifizierten Belehrung (These Nr. 11) und gehen davon aus, dass sich die grundsätzliche Verwertbarkeit eines immer vorzuleistenden qualifizierten Geständnisses (These Nr. 2) nach den allgemeinen Grundsätzen richte (Stichwort: Abwägungslehren⁴⁴).

2. Bewertung

Durch die GStAe-Eckpunkte, die nicht nur auf die Leitlinien der BGH-Rechtsprechung, sondern an zahlreichen Stellen der Sache nach auf den BRAK-E Bezug nehmen, ist eine neuartige Diskussionlage geschaffen worden. Schon bisher war man zwar daran gewöhnt, dass innerhalb der an der Strafrechtspflege beteiligten Berufe eine Verständigung auf gemeinsame rechtspolitische Wertvorstellungen schwierig war.⁴⁵ Neu ist aber an der Debatte um eine Regelung der Absprachen, dass die Frontstellung zur Bedeutung des Konsensprinzips nicht etwa zwischen der organisierten Strafverteidigung einerseits und den Vertretern der Staatsanwaltschaften andererseits verläuft, sondern mitten durch die organisierte Strafverteidigung in einem »Bruderzwist« zwischen den Strafrechtsausschüssen des Deutschen Anwaltvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer.⁴⁶

III. Der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz vom Mai 2006

1. Wesentlicher Inhalt

Mit dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren vom 18.5.2006⁴⁷ hat das Bundesjustizministerium den bislang umfassendsten Regelungsvorschlag vorgelegt. Interessant ist dabei bereits auf den ersten Blick, dass der Entwurf den in der Literatur positiv konnotierten Begriff »Verständigung« verwendet. Ziel sei es, dass durch ein Gesetz die

rechtliche Lage klargestellt werde. Es gelte Rechtssicherheit und Transparenz herzustellen.⁴⁸ Daran muss sich der Entwurf messen lassen:

a) Verständigung über den Stand des Verfahrens

aa) Vor- und Zwischenverfahren. Der Diskussionsentwurf erfasst, insoweit vergleichbar mit dem BRAK-E, neben den Urteilsabsprachen im engeren Sinne auch Vereinbarungen, die die Verständigung zwischen der Staatsanwaltschaft und den anderen Verfahrensbeteiligten während des Ermittlungs- (vgl. § 160a BMJ-RE) und des Zwischenverfahrens (vgl. §§ 202a, 212 BMJ-RE) betreffen. Mit »Gericht« im Sinne der §§ 202a, 212 BMJ-RE, so wird im Besonderen Teil der Entwurfbegründung⁴⁹ klargestellt, sind nur der oder die Berufsrichter gemeint. Die Schöffen spielen nur in der mündlichen Hauptverhandlung eine Rolle (vgl. §§ 30 I, 77 I GVG).

bb) Hauptverhandlung. Der bereits im Eckpunktepapier 2001 angeklungene Gedanke eines transparenten Verfahrensstils soll mit § 257b BMJ-RE in der Fassung von 2006 auch in der mündlichen Hauptverhandlung weitergeführt werden.⁵⁰ Danach kann das Gericht mit allen Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens erörtern, soweit dies geeignet erscheint, das Verfahren zu fördern. »Gericht« im Sinne dieser Vorschrift ist im Gegensatz zu §§ 202a, 212 BMJ-RE nun die Gesamtheit der Richter einschließlich der Schöffen.⁵¹ Auf den ersten Blick etwas überraschend ist, dass zwar nicht das Gesetz selbst, aber die Entwurfsbegründung⁵² bereits an dieser Stelle vorsieht, das Gericht dürfe dem Angeklagten eine Ober- und Untergrenze der nach dem gegenwärtigen Stand zu erwartenden Strafe angeben, obwohl es zu diesem Zeitpunkt gerade noch nicht um die Verfahrenserledigung gehen soll. Hiermit soll aber nur klar gestellt werden, dass das Gericht – wie auch nach dem BRAK-E – eine verfahrensbeendende Absprache initiieren kann, ohne sich allein deshalb der Besorgnis der Befangtheit ausgesetzt zu sehen. Der Anstoß durch andere Beteiligten wird dadurch aber nicht ausgeschlossen.

b) Verständigung über den Ausgang des Verfahrens

Zentrale Norm des Regelungsvorschlags ist der neue § 257c BMJ-RE. Mit ihm soll die verfahrensbeendende Urteilsabsprache eine ausdrückliche normative Grundlage erhalten. Der sachliche Anwendungsbereich der Absprache wird in § 257c II 1 BMJ-RE konkretisiert. Grundgedanke ist, dass nur im anhängigen Verfahren für die Beteiligten disponible Gegenstände Inhalt der Verständigung sein können. In Betracht kommen als Absprachegegenstand also

- die Rechtsfolgen eines Urteils oder Beschlusses im anhängigen Strafverfahren oder
- Prozesshandlungen der Beteiligten (z.B. der Verzicht auf Beweisanträge des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft oder ein Geständnis des Angeklagten)

Dieser Grundsatz wird aber ausdrücklich für verfahrensbezogene Maßnahmen der Staatsanwaltschaft in anderen Ermittlungsverfahren gegen denselben Angeklagten durchbrochen. Dies betrifft

41 Weßlau StV 2006, 357 (361).

42 Abl. auch Meyer-Göfner StV 2006, 485 (487 f.).

43 Eckpunkte GStAe, Text abzurufen über www.thueringen.de/olg/bodyinfothek40.html (besucht am 22.8.2006).

44 Vgl. zur Rspr. Meyer-Göfner (Fn. 3) Einl. Rn. 55a; v. Heitschel-Heinegg JA 2003, 243 (244); sehr krit. Dallmeyer Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, 194 ff.

45 Kühne (Fn. 13) Rn. 199.

46 S. oben Fn. 39, 40.

47 Fn. 23.

48 Zypries AnwBl 2006, 102 (104).

49 BMJ-RE (Fn. 23) S. 20.

50 BMJ-RE (Fn. 23) S. 21.

51 BMJ-RE (Fn. 23) S. 22.

52 BMJ-RE (Fn. 23) S. 21.

vor allem die in der Praxis besonders bedeutsame Einstellung von Parallelverfahren nach § 154 StPO. Unklar bleibt allerdings auf der Grundlage von Gesetzestext und Entwurfsbegründung,⁵³ inwieweit Zusagen der Staatsanwaltschaft in Bezug auf spätere Verfahrensstadien, insbesondere aber das Vollstreckungsverfahren, zulässig sind. Hier wird man zu differenzieren haben: Während »Verträge zu Lasten Dritter« zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem (etwa bezogen auf die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer im Falle des § 57 I, II StGB) unzulässig sind, dürfte die jetzige Fassung des Gesetzesvorschlags einer Zusage der Vollstreckungsbehörde Staatsanwaltschaft (etwa bezogen auf ein Absehen von Vollstreckung bei einem Ausländer nach § 456a I StPO) nicht entgegenstehen. Dies freilich sollte in einem Gesetzesentwurf klargestellt werden.

Für die »Gegenleistung« des Gerichts sieht § 257c II 2 BMJ-RE allerdings vor, dass das Gericht eine Ober- und Untergrenze der Strafe nur angeben kann, wenn der Angeklagte dem zustimmt – und dies auch nur unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen. Diese Erfordernisse dienen vor allem dazu, den Angeklagten vor der Drohung des Gerichtes mit der »Sanktionsschere«⁵⁴ zu schützen. Abs. 4 des § 257c BMJ-RE regelt die Bindung des Gerichts an das in Aussicht gestellte Verfahrensergebnis. Danach besteht jedoch nur eine sehr schwache Bindung (und korrespondierend damit eine äußerst fragile und kaum berechenbare Vertrauensgrundlage für den Angeklagten), wenn sich nach der Auffassung des *Gerichts* an der Bewertung der Sach- oder Rechtslage im weiteren Verlauf des Verfahrens etwas geändert hat oder das Prozessverhalten des Angeklagten der Prognose nicht entsprach. Im Falle eines Fehlschlagens der Absprache soll das in der Regel vorgeleistete Geständnis, unabhängig dann aus wessen Sphäre die Ursache für das Fehlschlagen herrührt, grundsätzlich verwertbar bleiben (§ 257c IV 2 BMJ-RE). Ein Verwertungsverbot soll der Entwurfsbegründung zufolge nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht kommen, ohne dass diese Regeln allerdings näher konkretisiert werden.⁵⁵

c) Transparenz- und Formvorschriften

Die Verwirklichung der durch die Rechtsprechung⁵⁶ aufgestellten Mindeststandards zum Verfahren der Absprache soll zunächst durch § 243 IV 1 BMJ-RE sichergestellt werden. Danach hat der Vorsitzende die Pflicht, während der mündlichen Hauptverhandlung nach Verlesung der Anklageschrift und noch vor Belehrung des Beschuldigten über seine Aussagefreiheit mitzuteilen, ob und ggf. mit welchem wesentlichen Inhalt (nicht nur ihrem Ergebnis) Erörterungen nach §§ 202a, 212 BMJ-RE stattgefunden haben, wenn deren Gegenstand auch die Möglichkeit einer Verständigung im Sinne von § 257c BMJ-RE war. Satz 2 des neuen Abs. 4 stellt klar, dass diese Mitteilungspflicht auch für den weiteren Verlauf der Hauptverhandlung gilt, soweit sich Änderungen gegenüber der Mitteilung zu deren Beginn ergeben haben.

Der geänderte § 35a S. 4 BMJ-RE sieht schließlich für die Fälle des § 257c BMJ-RE vor, dass der Betroffene auch über die Freiheit seiner Entscheidung zu belehren ist, auf Rechtsmittel zu verzichten oder ein solches einlegen zu können. Damit würde die sog. qualifizierte Belehrung auf der Basis der Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen⁵⁷ gesetzlich verankert werden.

Um schließlich die Überprüfbarkeit durch das Rechtmittelgericht sicherzustellen, sollen in das Protokoll auch der wesentliche Ablauf und Inhalt der Erörterung aufgenommen werden. Der neue § 273 I 2 BMJ-RE stellt zu diesem Zweck klar, dass Ablauf und Inhalt der Absprachen-»Erörterung« eine wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung ist.

d) Änderungen des Rechtsmittelrechts

Im Vergleich zum BRAK-E sind die vorgeschlagenen Änderungen im Rechtsmittelrecht moderat. Gem. § 302 I 2 BMJ-RE ist in

Umsetzung der Rechtsprechung ein Rechtsmittelverzicht für den Fall, dass dem Urteil eine Verständigung nach § 257c BMJ-RE zu Grunde liegt, nur dann unwirksam, wenn keine qualifizierte Belehrung nach § 35a S. 3 BMJ-RE erfolgt ist. Für die Revision sieht § 337 III BMJ-RE allerdings, ähnlich wie der BRAK-E, eine Kupierung der Verfahrensrüge vor.

2. Bewertung

a) Offene Kommunikation kraft Gesetzes?

Mit den §§ 160a, 202a, 212 BMJ-RE erfährt die alltägliche (und nicht wirklich problematische) Praxis von Vorgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung eine gesetzliche Grundlage. Diese Regelungen waren schon in der vorangegangenen Legislaturperiode mit dem Entwurf für ein Opferrechtsreformgesetz auf die rechtspolitische Agenda gesetzt und dann kommentarlos im Vermittlungsausschuss wieder gestrichen worden. Die seinerzeit geübte Kritik⁵⁸ dürfte immerhin bewirkt haben, dass die Vorschriften in der jetzigen Form als »Kann«-Bestimmung die staatlichen Akteure nicht mehr dazu zwingt, das gesetzliche Verfahren zur Anwendung zu bringen, wenn es im Einzelfall bessere Handlungsalternativen gibt. Allerdings werden die Vorschriften genau deshalb in der Praxis auf Kritik stoßen. Diejenigen, die richtigerweise das Rechtsgespräch mit anderen Verfahrensbeteiligten suchen, benötigen dafür keine Aufforderung durch den Gesetzgeber.⁵⁹ Die Regelungen betreffen zudem hier auch keine (grundrechts-) wesentlichen Verfahrensfragen. Als Aufforderung zu offener Kommunikation der Verfahrensbeteiligten sind sie daher, in der Terminologie der Dogmatik des Verhältnismäßigkeitsprinzips gesprochen, nicht erforderlich.

b) Festhalten an der Inquisitionsmaxime?

Es ist wirklichkeitsfremd, wenn man den Aufklärungsgrundsatz in seiner bisherigen Auslegung durch die Rechtsprechung durch Urteilsabsprachen unangetastet lassen möchte. Fraglich ist freilich, ob der BMJ-RE mit seinem ausdrücklichen Bekenntnis zum Amtsaufklärungsgrundsatz unter Ablehnung der Konsensmaxime das dadurch entstehende Spannungsverhältnis zum vorzeitigen Abbruch der Beweisaufnahme, die nach § 257c I BMJ-RE (»Fortgang des Verfahrens«) ohne Weiteres Gegenstand einer Vereinbarung sein kann, auch in den Konsequenzen dieser Grundsatzentscheidung aushält. Dagegen bestehen erhebliche Zweifel. Besonders deutlich wird dies, wenn man die Begründung der revisionsrechtlichen Konsequenz des Verlusts der Aufklärungsrüge näher analysiert. Diese Beschränkung der Rechtsmittelbefugnis bei ausgebliebenem Widerspruch in der Tatsacheninstanz gem. § 337 III BMJ-RE trage dem Umstand Rechnung, dass es »nicht sachgerecht wäre, den Verfahrensbeteiligten im Revisionsverfahren in vollem Umfang eine Rüge bzgl. der Verfahrensvorschriften einzuräumen, auf die sie im Rahmen ihrer Beteiligung an der Verständigung gegebenenfalls verzichtet haben.«⁶⁰ Durch diese Berufung auf den Verwirkungsgedanken wird aber zumindest mittelbar anerkannt, dass der Umfang der gerichtlichen Aufklärung für den Angeklagten oder den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft in der Beweisaufnahme ursprünglich verzichtbar war: Nur

53 BMJ-RE (Fn. 23) S. 23.
 54 Damit ist die Drohung mit einer nicht mehr schuldangemessenen Strafe bei mangelnder Kooperationswilligkeit und Absprachegeneigntheit des Angeklagten gemeint, vgl. dazu unter dem Blickwinkel des § 136a StPO unter anderem *Beulke/Swoboda* JZ 2005, 67; *Jahn* JuS 2005, 1057 (1061) m.w.N.
 55 Vgl. BMJ-RE (Fn. 23) S. 25.
 56 Vgl. nur BGHSt 43, 195 (206).
 57 Vgl. BGHSt 50, 40 (61).
 58 *Meier* GA 2004, 441, 456; *Jahn* ZStW 115 (2003), 815 (842 ff.).
 59 Vgl. auch die gemeinsame Erklärung von Deutschem Richterbund und Deutschem Anwaltverein DRiZ 1997, 491 (492).
 60 BMJ-RE (Fn. 23) S. 27.

ein Recht, das man zunächst innehat, kann man auch verwirken. Diese Begründung widerspricht also dem allseits⁶¹ betonten Grundsatz der Indisponibilität der gerichtlichen Aufklärungspflicht für die anderen Verfahrensbeteiligten.

c) Qualifizierte Belehrung

Soweit man das durch den BMJ-RE vom Großen Senat übernommene Konzept der qualifizierten Belehrung für überzeugend hält, ist die Ergänzung des § 35a BMJ-RE für diesen Fall folgerichtig und auch systematisch stimmig. Freilich wird die Regelung damit dieselbe Kritik⁶² auf sich ziehen wie das zugrunde liegende Modell. Der BRAK-E versucht hier mit dem Verbot des Rechtsmittelverzichts für alle Verfahren oberhalb der Strafrichterebene einen konsequenten »Befreiungsschlag«. Ob sich das allerdings rechtspolitisch durchsetzen kann, bleibt abzuwarten.

d) Der Gesetzesantrag des Landes Niedersachsen vom März 2006

Der von Niedersachsen nach Art. 76 I 1 GG im März 2006 in den Bundesrat eingebrachte Gesetzesantrag⁶³ weist in seinen Grundzügen weitgehende inhaltliche Konvergenzen mit dem BMJ-RE auf. Insbesondere wird auch hier der Konsensmaxime wiederum eine (zumindest verbale) Absage erteilt.⁶⁴ Auf eine gesonderte Darstellung kann daher verzichtet werden.

D. ZUSAMMENFASSUNG: KERNPUNKTE DER REFORM

Aufgrund der Vergleichbarkeit der grundlegenden Konzepte in BRAK-E und den GStAe-Eckpunkten einerseits und der Vorstellungen des BMJ und des Landes Niedersachsen andererseits sollen abschließend noch einmal die Kernpunkte der Reform herausgestellt werden:

I. Die Rolle der Konsensmaxime

Mit ihrem ausdrücklichen Bekenntnis zur Konsensmaxime dürfte es dem BRAK-E und den GStAe-Eckpunkten konsequenter gelingen, den Baustein »Absprachen« in das Gebäude der Strafprozessordnung zu integrieren und ihm eine dogmatische Grundlage zu verschaffen. Besonders deutlich wird der Konsensgedanke beim Erfordernis eines gemeinsamen Antrags von Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Dieses Vorgehen, das auch für viele andere ausländische Prozessordnungen paradigmatisch ist,⁶⁵ sowie das Widerspruchsrecht der Staatsanwaltschaft bedingen justizpolitisch einen Machtzuwachs der Staatsanwaltschaft und gleichzeitig eine partielle Schwächung der Stellung des Richters.⁶⁶ Das BMJ-Modell hingegen bleibt richterzentriert. Nach ihm soll die Abspracheninitiative regelmäßig gerade vom Richter ausgehen, was aber bereits Anlass für Kritik aus der Wissenschaft war.⁶⁷

II. Beweisverwertung bei fehlgeschlagener Absprache

Als konsequente Fortsetzung des für das Zustandekommen erforderlichen Konsenses aller zu Beteiligten sieht der BRAK-E die Unverwertbarkeit eines vorgeleisteten Geständnisses als grundsätzliche Folge des Scheiterns der Absprache vor. Der Entwurf des Bundesjustizministeriums und die GStAe-Eckpunkte halten hingegen an der Verwertbarkeit des Geständnisses (mit Ausnahme des Falls fehlender vorheriger Belehrung) fest. Der Hinweis auf die für diesen Fall eingreifenden Regeln zu den Beweisverwertungsverboten ist jedoch zu allgemein. Wenige Punkte im Strafprozessrecht sind derart umstritten wie die Lehre von den Beweisverwertungsverboten.⁶⁸ Geht es um Konstellationen wie etwa die Verwertung eines Geständnisses gegenüber einem Mitangeklagten, werden die Probleme potenziert.

III. Opferbeteiligung

Ein heikler Punkt ist auch die Frage der Opferbeteiligung. Hier steht der Gesetzgeber an einem Scheideweg. Dies betrifft sowohl den

BRAK-E als auch den BMJ-RE. § 243a III 2 BRAK-E gibt dem Nebenkläger zwar ein Widerspruchsrecht. Der Widerspruch ist aber in der Tatsacheninstanz folgenlos. Er hat nur revisionsrügeerhaltende Wirkung (§ 337 III BRAK-E). Auch in einem Umkehrschluss aus § 257c III 2 BMJ-RE kann der Widerspruch des Nebenklägers das Zustandekommen einer Verständigung nicht verhindern.⁶⁹ Selbst die Einschränkungen der Revisionsrüge gelten für den Nebenkläger nicht. Dies beugt zwar der Gefahr vor, dass Geschädigte unzumutbare Bedingungen für das Zustandekommen einer Absprache stellen könnten.⁷⁰ »Erkauft« wird dies um den Preis des Ausschlusses des Nebenklägers aus der Disposition über den Verfahrensgegenstand. Nur an der Absprachenkommunikation kann er noch mitwirken (§ 257c III 1 BMJ-RE), jedoch ohne effektive Einflussnahmemöglichkeit auf das Ergebnis durch Zubilligung eines Vetorechts. Das ist angesichts der nicht eigenständig konzipierten Rolle der Nebenklage im deutschen Strafprozess (vgl. §§ 153, 153a, 400 I StPO)⁷¹ zwar konsequent, könnte aber die rechtspolitische Debatte bei der Umsetzung der Entwürfe belasten.

IV. Die Bedeutung von Transparenz und Offenheit

Positiv fällt an allen Regelungskonzepten auf, dass sie insbesondere in der Frage der Protokollierung auf Transparenz setzen. Das ist der Schlüssel zu einer effektiven Kontrolle unbestreitbarer Wildwüchse der Absprachenpraxis durch die Rechtsmittelgerichte: Die Form ist der natürliche Feind der Willkür.⁷² Insbesondere die in beiden Konzepten vorgesehenen Pflicht, auch die Tatsache protokollieren zu müssen, dass keine Absprache stattgefunden hat, sollte vor einer Drohung mit der Sanktionsschere schützen. Freilich ist nicht gänzlich auszuschließen, dass die Drohkulisse der Sanktionsschere in das Ermittlungsverfahren verschoben werden könnte.⁷³ Doch so richtig dieser Hinweis ist, so wenig sollte er den Gesetzgeber entmutigen: Eine gesetzliche Regelung der Absprachen, die vom Missbrauch her gedacht ist, schnürt ein so enges Korsett, dass sie auch die erwünschte Interaktion zwischen den Verfahrensbeteiligten gefährdet.

V. Ausblick: Was bringt die Reform?

Nach fast einem Vierteljahrhundert ist der Bundesgesetzgeber unter dem äußeren Druck der Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen und mit der inneren Rechtfertigung aus dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes aufgerufen, die Praxis der Absprachen im Strafverfahren in der StPO zu regeln. In der Perfektion der reinen Lehre wissenschaftlicher Denkmodelle wird ihm dies – eine einigermaßen risikolose Prophezeiung unsererseits – nicht gelingen. Der Erfindungsreichtum der Praxis des Strafverfahrens und die Vielfalt ihrer informellen Programme wird aber auch nach einer gesetzlichen Regelung kaum vollständig erlahmen. In dieser Hinsicht gleicht die Aufgabe des Gesetzgebers der Strafprozessordnung dem etwas undankbaren Versuch, einen Pudding an die Wand zu nageln.

61 BGHSt 34, 209 (210); Meyer-Göfner (Fn. 3) § 244 Rn. 11; Löwe/Rosenberg/Gollwitzer, 25. Aufl. 2001, § 244 Rn. 48.
 62 Siehe Saliger JuS 2006, 8; Rieß JR 2005, 435; Fabl ZStW 117 (2005), 605 (627 ff.).
 63 Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Absprachen im Strafverfahren, BR-Drs. 235/06, S. 11, ergänzend Heister-Neumann ZPP 2006, 137 ff.
 64 BR-Drs. 235/06, S. 4: »Die Strafprozessordnung kennt kein konsensuales Urteilsverfahren. Maßstäbe für die Ausgestaltung eines solchen Verfahrens können ihr deshalb nicht entnommen werden.«
 65 Im neuen italienischen Strafprozessrecht das patteggiamento, in Spanien die conformidad, in Frankreich die comparution avec reconnaissance préalable de culpabilité und im anglo-amerikanischen Raum das guilty plea. Vgl. zum Ganzen Krefß ZStW 116 (2004), 172 ff. m.w.N.
 66 Insoweit zutr. Schönemann ZRP 2006, 63, 64.
 67 Vgl. Jahn 118 (2006), 427 (434 ff.).
 68 Vgl. oben Fn. 44.
 69 So auch ausdrücklich BMJ-RE (Fn. 23) S. 24.
 70 Vgl. Jahn ZStW 118 (2006), 427 (458).
 71 Siehe dazu auch den niedersächsischen Entwurf, BR-Drs. 235/06, S. 11.
 72 Weider StraFo 2003, 406 (407).
 73 So Schönemann ZRP 2006, 63 (64).

Die Anforderung an das kommende Recht der Absprachen im Strafverfahren sind also in erster Linie seine Konsequenz und Kohärenz. Vor allem die konkurrierenden Leitentwürfe der Bundesrechtsanwaltskammer und des Bundesjustizministeriums bieten hier eine grundsätzlich taugliche Grundlage. Trotz aller Sachgesetz-

lichkeiten politischer Entscheidungsprozesse wäre es freilich wünschenswert, wenn sich der Bundesgesetzgeber in der Gretchenfrage, wie er es mit der Konsensmaxime hält, zu einer Richtungsentscheidung durchringen würde. Ob er sich allerdings darauf verständigen wird, kann derzeit nicht sicher prognostiziert werden.

Prof. Dr. Winfried Brugger, LL.M., Universität Heidelberg/Erfurt*

Hasrede, Beleidigung, Volksverhetzung

A. SCHUTZ ODER VERBOT VON HASSREDE?

Die Meinungsfreiheit wird in liberalen Staaten traditionell hochgehalten. Grundrechte schützen sie, Verfassungsgerichte betonen ihren herausragenden Stellenwert. Gilt das auch noch, wenn es sich bei den Äußerungen um umstrittene und anstößige Minderheitenansichten handelt, die die Mehrheit empörend findet? Auch dann ist die Meinungsfreiheit in modernen Rechtsordnungen verfassungsrechtlich geschützt, ja gerade dann, denn die Mehrheitsmeinung braucht keinen Grundrechtsschutz, sie ist kulturell verankert und politisch abgesichert. Es ist die von der herrschenden Sicht abweichende Meinung, die Schutz gegen Mehrheitsunterdrückung braucht – und auch verdient. So sehen es Klassiker der Meinungsfreiheit. Voltaire, prominenter Vertreter der französischen Aufklärung, vertrat die Auffassung:

»Ich lehne ab, was Sie sagen, aber ich werde Ihr Recht, Ihre Meinung zu äußern, bis zum letzten verteidigen.«¹

Der englische Philosoph *Bertrand Russell* betonte:

»Es ist ein wesentlicher Bestandteil der Demokratie, dass größere Gruppen, ja sogar Mehrheiten, Toleranz gegenüber abweichenden Gruppierungen üben, wie klein diese immer sein mögen und wie groß die Empörung der großen Gruppen und Mehrheiten auch sein mag. In einer Demokratie ist es notwendig, dass die Bürger lernen, solche Empörungen auszuhalten.«²

Ganz in diesem Sinne urteilen Verfassungsgerichte. So betont der Supreme Court der Vereinigten Staaten, dass »anstößige Rede« über den 1. Zusatzartikel der Bill of Rights³ geschützt ist.⁴ Nichts Anderes hören wir vom Bundesverfassungsgericht: Auch eine »überzogene oder gar ausfällige Kritik« fällt unter die Meinungsfreiheit.⁵

Gilt dies auch noch, wenn es sich um Hassrede handelt? Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst näher auf den Begriff einzugehen. »Hate Speech« umfasst »Äußerungen (...), die geeignet sind, eine Person oder eine Gruppe zu beschimpfen, einzuschüchtern oder zu belästigen, sowie solche, die geeignet sind, zu Gewalt, Hass oder Diskriminierung aufzurufen.« Grund für den Hass oder die Diskriminierung ist meist »Rasse, Religion, Geschlecht oder sexuelle Orientierung«.⁶ Deshalb wird das Thema Hassrede auch unter Rassenhetze behandelt. Zwar liefert diese Definition noch kein konkretes Anschauungsmaterial, das man offensichtlich braucht, um Hassrede von »normal« anstößiger Rede zu unterscheiden, aber immerhin lässt sich so nachvollziehen, warum diese Art von Rede vielleicht keinen Schutz verdient: Warum sollte eine Rechtsordnung, die Bürger integrieren oder jedenfalls friedliche Zustände sichern will, Hass schützen? Hass schürt Unfrieden, kann zu Gewalt führen.

Im Überblick betrachtet, lässt sich die Haltung aufgeklärter Rechtsstaaten und des Völkerrechts gegenüber Hassrede weder auf »immer geschützt« noch auf »nie geschützt« reduzieren. Vielmehr kommt das Recht ihr manchmal zu Hilfe, manchmal nicht. Aber im weltweiten Vergleich lassen sich zwei Staatengruppen

ausmachen, die klare Akzente für und gegen Hassrede setzen.⁷ Das Verfassungsrecht der USA schützt »hate speech« fast immer, auch wenn solche Rede erhebliche Kosten für die Würde, Ehre oder Gleichheit der Angegriffenen oder die Zivilität der öffentlichen Auseinandersetzung und den öffentlichen Frieden mit sich bringt. Deutschland und die Mitgliedstaaten des Europarats sowie das Völkerrecht sehen dagegen bei Hassrede eher Hass als Rede vorliegen und versagen Rede einen generellen Vorrang vor dem Schutz von Würde, Ehre, Gleichheit, Zivilität und öffentlichem Frieden. Es handelt sich bei diesen Unterschieden nicht um juristische Petitesse, sondern um gegensätzliche Legitimierungsstrategien im Systemvergleich von Staaten, die alle unter »demokratischer Rechtsstaat« firmieren.

Um die Differenzen zu illustrieren, benutze ich einen hypothetischen Fall, der aber, wie sich zeigen wird, nicht ganz so weit hergeholt ist. Nehmen wir an, wir sitzen eines schönen Nachmittags auf den Stufen des Kapitols in Washington, D.C. Plötzlich wird die Stille unterbrochen. Eine Demonstrantin hält ein Plakat in die Höhe und erhebt ihre Stimme: »Wacht auf, Ihr müden Massen. Ich verkünde Euch drei Botschaften, und Ihr tut gut daran, sie zur Kenntnis zu nehmen und zu billigen! Die erste Botschaft ist: Unser Präsident ist ein Schwein. Damit Ihr versteht, was ich sagen will, habe ich auf meinem Plakat zwei Bilder gemalt. Auf dem einen Bild seht Ihr unseren Präsidenten als Schwein, das mit einem anderen Schwein kopuliert; das zweite Schwein, wie leicht zu erkennen ist, trägt eine Richterrobe. Das andere Bild zur Veranschaulichung meiner Botschaft zeigt den Präsidenten in einer Toilette in einer erotischen Pose mit seiner Mutter. Die zweite Botschaft ist: Alle unsere Soldaten sind Mörder! Die dritte Botschaft lautet: Schluss mit der Invasion und Überfremdung unseres Landes durch diese kriminellen Ausländer, die unsere Freiheit und unser Eigentum bedrohen und uns mit Drogen überschwemmen!«

Wären diese drei Botschaften grundrechtlich geschützt oder nicht? In den USA fallen alle diese Botschaften unter den Schutz der Redefreiheit und setzen sich auch gegenüber konkurrierenden Interessen durch. Die gleichen Worte, auf den Stufen des Reichstags in Berlin oder anderswo in Deutschland geäußert, wären Straftaten, und die Berufung auf die Meinungsfreiheit würde daran nichts ändern. Wo, wie und warum ergeben sich diese Unterschiede?

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Allgemeine Staatslehre an der Universität Heidelberg und Fellow am Max-Weber-Kolleg für kultur- und sozialwissenschaftliche Studien an der Universität Erfurt.

1 Oft wird dies als wörtliches Zitat Voltaires angesehen. *Lee* The Cost of Free Speech, 1990, S. 3, weist darauf hin, dass dies eine nachträgliche Zusammenfassung von Voltaires Philosophie ist.
2 Zitiert in *Dewey/Kallen* (Hrsg.) *The Bertrand Russell Case*, 1941, S. 183, hier zitiert nach *Bracken* *Freedom of Speech. Words Are Not Deeds*, 1994, S. 32. Übersetzung von W.B.
3 Der Text lautet: »Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press (...)«.
4 Vgl. generell zum Schutz von »offensive speech« *Brugger* Einführung in das öffentliche Recht der USA, 2. Aufl. 2001, § 14 IV.
5 Vgl. BVerfGE 93, 266 (294).
6 So *Zimmer* *Hate Speech im Völkerrecht*, 2001, S. 17 m.w.N.
7 Nachweise bei *Brugger* *Constitutional Treatment of Hate Speech*, in: *Riedel* (Hrsg.) *Stocktaking in German Public Law*, 2002, S. 117 ff.