

Bearbeiter: Rocco Beck

Zitiervorschlag: BGH 4 StR 240/97, Urteil v. 28.08.1997, HRRS-Datenbank, Rn. X

BGH 4 StR 240/97 - Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund)

BGHSt 43, 195; Rechtsstaatsprinzip (Recht auf ein faires Verfahren); Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren (Deal); Bindung des Gerichts an gemachte Zusagen; Schuldangemessenheit der Strafe; strafmildernde Berücksichtigung eines Geständnisses; Rechtsmittelverzicht vor Urteilsverkündung; Öffentlichkeit des Verfahrens; Gleichbehandlungsgrundsatz; Selbstbelastungsfreiheit (freie Willensentschließung des Angeklagten; nemo tenetur-Grundsatz; verbotene Vernehmungsmethoden; ungesetzlicher Vorteil).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 Abs. 1 S. 1 StGB; § 46 Abs. 2 S. 1 StGB; § 169 S. 1 GVG; § 136a StPO; § 153 a StPO

Leitsätze

1. Eine Verständigung im Strafverfahren, die ein Geständnis des Angeklagten und die zu verhängende Strafe zum Gegenstand hat, ist nicht generell unzulässig. Sie muss aber unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten in öffentlicher Hauptverhandlung stattfinden; das schließt Vorgespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht aus. (BGHSt)
2. Das Gericht darf vor der Urteilsberatung keine bestimmte Strafe zusagen; es kann allerdings für den Fall der Ablegung eines Geständnisses durch den Angeklagten eine Strafobergrenze angeben, die es nicht überschreiten werde. Hieran ist das Gericht nur dann nicht gebunden, wenn sich in der Hauptverhandlung neue (d.h. dem Gericht bisher unbekannt) schwerwiegende Umstände zu Lasten des Angeklagten ergeben haben; eine solche beabsichtigte Abweichung ist in der Hauptverhandlung mitzuteilen. (BGHSt)
3. Das Gericht hat ebenso wie bei der später im Urteil erfolgenden Strafbemessung auch bei der Zusage des Nichtüberschreitens einer Strafobergrenze die allgemeinen Strafzumessungsgesichtspunkte zu beachten; die Strafe muss schuldangemessen sein. (BGHSt)
4. Dass ein Geständnis im Rahmen einer Absprache abgelegt wurde, steht dessen strafmildernder Berücksichtigung nicht entgegen. (BGHSt)
5. Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts mit dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung ist unzulässig. (BGHSt)
6. § 136a StPO ist bei den Verständigungsgesprächen genauso zu beachten wie der Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst anzuklagen (nemo tenetur se ipsum accusare). Das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils liegt aber nicht bereits darin, dass das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in Aussicht stellt. (Bearbeiter)

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 9. Dezember 1996 in den diesen Angeklagten sowie den Angeklagten E. betreffenden Strafaussprüchen mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten und den Mitangeklagten E. gegen den das Urteil rechtskräftig ist, jeweils wegen schwerer räuberischer Erpressung in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren verurteilt. Mit seiner wirksam auf den Strafausspruch beschränkten Revision rügt der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen

Rechts. Das Rechtsmittel hat mit der Sachrüge Erfolg, so daß es eines Eingehens auf die Verfahrensrüge nicht bedarf.

I. Mit der Sachrüge beanstandet die Revision unter anderem, daß "die Ausführungen der Kammer zur verfahrensbeendenden Abstimmung" rechtlicher Überprüfung nicht standhielten. Damit wird geltend gemacht, daß entgegen § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB nicht die Schuld des Täters, sondern die Absprache Grundlage für die Zumessung der Strafe gewesen sei und sich dies zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt habe. 2

Die Strafkammer hat gegen den Angeklagten Einzelfreiheitsstrafen von acht und neun Jahren verhängt und daraus eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwölf Jahren gebildet. Bei der Strafzumessung hat sie neben anderen Umständen das Geständnis des Angeklagten strafmildernd berücksichtigt. In den Urteilsgründen wird darüber hinaus bezüglich der beiden Angeklagten ausgeführt: "Sowohl die Einzelstrafen als auch die Gesamtstrafe sind dabei in dieser Höhe im übrigen in öffentlicher Verhandlung mit den Angeklagten, den Verteidigern und der Staatsanwaltschaft bei gleichzeitiger vorläufiger Einstellung weiterer Anklagepunkte im Sinne einer verfahrensbeendenden Absprache abgestimmt worden." 3

II. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 4

1. Allerdings ist die Strafzumessung nicht bereits deshalb fehlerhaft, weil Absprachen im deutschen Strafverfahren grundsätzlich nicht zulässig wären und infolgedessen eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten in Bezug auf die zu erwartende Strafe nicht erfolgen dürfte. 5

a) Im Schrifttum wird allerdings die Zulässigkeit verfahrensbeendender Verständigungen im Strafverfahren vielfach für gänzlich unzulässig gehalten: 6

aa) Die Gegner von Absprachen verweisen darauf, daß das deutsche Strafprozessrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet sei und ein "Aushandeln" von Schuld und Strafe im Sinne des amerikanischen "plea bargaining" nicht kenne. Die Strafprozeßordnung sehe eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten bis auf wenige, ausdrücklich geregelte Ausnahmen nicht vor. Das Verfahrensergebnis unterliege nicht der Dispositionsfreiheit des Gerichts und der Prozeßbeteiligten; ebensowenig könne der Angeklagte durch ein Geständnis auf den Schutz durch Aufklärungspflicht und Unschuldsvermutung verzichten. Absprachen verstießen gegen grundsätzliche Prinzipien des deutschen Strafverfahrens und trügen die Gefahr eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in sich (vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum nur Schönemann, Gutachten zum 58. DJT Bd. I B 9 ff.; ders. in Festschrift für Baumann, 1992, S. 361 und StV 1993, 657; Rönnau, Absprache im Strafprozeß 1990; s.a. Pfeiffer in KK StPO 3. Aufl. Einl. Rdn. 29a ff kritisch auch Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 2. Aufl. Rdn. 42 ff.). 7

bb) Die Befürworter im Schrifttum sind hingegen der Ansicht, daß das deutsche Strafprozessrecht eine Verständigung über Verfahrensergebnisse zwar nicht vorsehe, sie aber auch nicht verbiete. Insbesondere § 153 a StPO zeige, daß eine Beratung der Verfahrensbeteiligten über den Verfahrensstand und eine Einigung über das Verfahrensergebnis nicht ausgeschlossen sei. Unter dem Aspekt des Beschleunigungsgrundsatzes seien Absprachen vielfach auch wünschenswert, um langwierige Beweisaufnahmen zu vermeiden und eine schnellere Bewältigung der Verfahrenslut zu ermöglichen. Zudem diene eine verfahrensvereinfachende Absprache, die ein Geständnis des Angeklagten enthalte, namentlich bei Gewaltdelikten, dem Opferschutz, da sie die Vernehmung des Opfers vor Gericht überflüssig machen könne. 8

Einigkeit besteht aber auch bei den Befürwortern darin, daß Absprachen nicht uneingeschränkt zulässig seien, sondern nur unter Beachtung strafprozessualer Grundsätze und der Rechtsstellung des Angeklagten getroffen werden dürften (vgl. insb. Böttcher, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II L 9 ff.; Gerlach, Absprachen im Strafverfahren, 1992, S. 46, 89; Schäfer, Verhandl. des 58. DJT Bd. II L 48 ff.; Schmidt-Hieber, Verständigung im Strafverfahren, 1986; s.a. die "Münsteraner Thesen" der Großen Strafrechtskommission des Deutschen Richterbundes, abgedr. bei Kintzi JR 1990, 309, 310f., sowie die Beschlüsse des 58. DJT, NJW 1990, 2992). 9

b) Die Rechtsprechung hat sich den teilweise im Schrifttum bestehenden grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren nicht angeschlossen: 10

aa) Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seinem Kammerbeschuß vom 27. Januar 1987 (NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419) zur Vereinbarkeit von Absprachen im Strafprozeß mit verfassungsrechtlichen Prinzipien geäußert und eine Verständigung über Ergebnisse eines Strafverfahrens nicht für grundsätzlich unzulässig gehalten. Grundrechtlicher Prüfungsmaßstab hierfür sei in erster Linie das Recht des Angeklagten auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren; wesentliche Bestandteile des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit seien die Idee der Gerechtigkeit, das Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege sowie der Anspruch aller in Strafverfahren 11

Beschuldigten auf Gleichbehandlung. Zentrales Anliegen des Strafprozesses sei die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden könne. Eine Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten über Stand und Aussichten der Verhandlung sei zulässig. Ausgeschlossen sei es aber, die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten zu stellen. Dem Gericht und der Staatsanwaltschaft sei es untersagt, sich auf einen "Vergleich" im Gewande des Urteils, auf einen "Handel mit der Gerechtigkeit" einzulassen. Eine geständnisbedingte Strafmilderung dürfe den Boden schuldangemessenen Strafens nicht verlassen. Darüber hinaus müsse § 136a StPO beachtet werden; dies schließe jedoch eine Belehrung oder einen konkreten Hinweis auf die Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses nicht aus.

bb) Der Bundesgerichtshof hat sich mehrfach mit Absprachen im Strafprozeß und den Folgen, die sich aus fehlgeschlagenen Vereinbarungen ergeben, befaßt. In keiner dieser Entscheidungen hat er jedoch - in den die Entscheidung tragenden Erwägungen - ausgesprochen, daß eine Verständigung im Strafverfahren grundsätzlich nicht erlaubt wäre: 12

(1) Mit Urteil vom 7. Juni 1989 hat der 2. Strafsenat entschieden, daß dem Gericht aus dem Gebot des fairen Verfahrens die Pflicht erwachse, den Verteidiger auf die Möglichkeit einer höheren Bestrafung hinzuweisen, wenn es ihm vorher zugesichert habe, das Urteil werde im Strafmaß nicht über den Antrag des Staatsanwaltes hinausgehen. Dabei ließ der Senat dahinstehen, ob das Verhalten von Vorsitzendem und Verteidiger als Absprache (Begrenzung der Strafhöhe gegen Unterlassung verfahrensverzögernder Beweisanträge) zu werten sei und wie die Zulässigkeit einer solchen Absprache zu beurteilen wäre. Entscheidend sei vielmehr allein, ob die Verteidigung auf die Zusicherung des Vorsitzenden vertrauen durfte (BGHSt 36, 210, 214). 13

(2) Der 3. Strafsenat war in seiner Entscheidung vom 18. April 1990 mit einer Zusage der Staatsanwaltschaft befaßt, eine bestimmte Tat nicht zu verfolgen, wenn der Beschuldigte sein Rechtsmittel unter Hinnahme einer empfindlichen Strafe in einer anderen Sache zurücknehme; dies begründe zwar kein Verfahrenshindernis, stelle aber einen wesentlichen Strafmilderungsgrund dar, wenn die Tat unter Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens trotzdem angeklagt und abgeurteilt werde (BGHSt 37, 10). Zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Absprachen brauchte sich der Bundesgerichtshof wiederum nicht zu äußern. 14

(3) In dem vom 3. Strafsenat am 4. Juli 1990 entschiedenen Fall ging es um die Ablehnung eines Richters durch einen Angeklagten nach außerhalb der Hauptverhandlung erfolgter Verständigung zwischen Gericht und Mitangeklagten über den weiteren Verfahrensgang. Der Senat führte aus, er brauche nicht zu prüfen, ob die Gespräche über eine zügige Erledigung der gegen die Mitangeklagten geführten Verfahren und die darauf gestützte Verurteilung dieser Angeklagten zu Bewährungsstrafen den rechtlichen Anforderungen entsprächen, die an eine solche Verständigung zu stellen seien. Im Rahmen ihrer rechtlichen Zulässigkeit werde eine solche Verständigung durch die Weigerung eines von mehreren Mitangeklagten, sich an ihr mit gleicher Zielrichtung zu beteiligen, nicht ausgeschlossen. Andererseits verpflichte das Vorliegen widerstreitender Interessen eines solchen Mitangeklagten das Gericht zu besonderer Rücksichtnahme auf dessen Verteidigungsinteresse. Dadurch könnten dem Rahmen einer Verständigung mit den anderen Angeklagten und der Verfahrensweise bei ihr engere rechtliche Grenzen gesetzt, insbesondere die rechtzeitige völlige Offenlegung in der Hauptverhandlung erforderlich sein (BGHSt 37, 99, 103). 15

(4) Mit Urteil vom 23. Januar 1991 befand der 3. Strafsenat über die Besorgnis der Staatsanwaltschaft, die beteiligten Berufsrichter seien befangen, wenn der Vorsitzende im Einvernehmen mit dem Berichtersteller vor der Hauptverhandlung ohne Anwesenheit anderer Verfahrensbeteiligter dem Verteidiger konkret, wenn auch nach außen hin unverbindlich, sage, welche Strafe bei einem Geständnis des Angeklagten in Betracht komme. Der Senat führte dabei allerdings u.a. aus: "Vertrauliche, also ohne Mitwirkung aller Prozeßbeteiligten, einschließlich des Angeklagten und der Schöffen, getroffene Absprachen über die Höhe der Strafe bei einem bestimmten Verhalten des Angeklagten widersprechen ebenso wie alle Zusagen bezüglich der Strafbemessung ...- den geltenden Verfahrensvorschriften. Die vom Gericht in einem Urteil zu verkündende Strafe darf nicht ohne die vom Gesetz gewährten Garantien der Anwesenheit und Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten, der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit der Hauptverhandlung sowie nicht unter Umgehung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gefunden werden ... Welche Strafe angemessen ist, kann das Gericht grundsätzlich erst beurteilen, wenn die Hauptverhandlung ergeben hat, was von dem Vorwurf gegen den Angeklagten in welchem Umfang festgestellt ist, welche Umstände das begangene Unrecht kennzeichnen und welches Maß an Schuld anzunehmen ist" (BGHSt 37, 298, 304). Zu entscheiden war aber nur über heimliche, nicht allen Verfahrensbeteiligten bekannte Absprachen; über eine offene - das heißt in der Hauptverhandlung dargelegte - Verständigung hatte der 3. Strafsenat nicht zu befinden. 16

(5) Mit Urteil vom 30. Oktober 1991 entschied der 2. Strafsenat ähnlich für einen Fall der Verständigung ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft, daß das Gericht zuvor allen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit zur Äußerung geben 17

müsse, wenn es einem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses einen bestimmten Strafrahmen in Aussicht stellen wolle (BGHSt 38, 102).

(6) Der 5. Strafsenat äußerte sich in einem Urteil vom 20. Februar 1996 zum rechtlichen Gehör der Staatsanwaltschaft bei Gesprächen des Strafkammervorsitzenden mit dem Verteidiger über die Straferwartung im Falle eines Geständnisses des Angeklagten. Der Senat betonte in diesem Zusammenhang, daß es einem Richter nicht verwehrt sei, zwecks Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt aufzunehmen. Selbst Absprachen, die bei den Beteiligten einen Vertrauenstatbestand schaffen, seien trotz der hiergegen geltend gemachten Bedenken nicht ohne weiteres prozeßordnungswidrig noch ein Verstoß gegen die Prinzipien eines fairen rechtsstaatlichen Verfahrens. Ein Versuch, die Strafzumessung in Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung zu verlagern und durch feste Vereinbarungen auch über das weitere Prozeßverhalten der Beteiligten abzusichern, wäre aber mit wesentlichen Grundsätzen des Strafverfahrens unvereinbar (BGHSt 42, 46, 48 f.; ebenso BGH, Beschluß vom 25. Oktober 1995 - 2 StR 529/95 = wistra 1996, 68). 18

(7) In seinem Urteil vom 17. Juli 1996 war der 5. Strafsenat mit einer wegen Dissenses der Beteiligten über den Umfang beabsichtigter Einstellungen nach § 154 StPO fehlgeschlagenen Verständigung befaßt. Der Senat äußerte in diesem Zusammenhang, das von den Verfahrensbeteiligten bei der angestrebten Verständigung gewählte Verfahren sei wegen seiner offensichtlichen Anfälligkeit für Mißverständnisse nicht unbedenklich, da die Gespräche nicht in der Hauptverhandlung erfolgten und ihr vorläufiges Ergebnis auch nicht in der Hauptverhandlung erörtert wurde, bevor die Angeklagten aufgrund der Absprache Geständnisse ablegten. Die Grundsätze des fairen Verfahrens seien jedoch nicht verletzt worden, zumal die Strafkammer die Geständnisse der Angeklagten in ihrer Beweiswürdigung nicht verwertet habe. Der Senat hob das Urteil jedoch im Strafausspruch auf, da die Strafkammer gleichwohl die Geständnisse zugunsten der Angeklagten hätte bedenken müssen (BGHSt 42, 191, 193 f.). 19

(8) Mit Beschluß vom 21. Januar 1997 hat der 1. Strafsenat entschieden, daß ein im Rahmen einer Absprache abgegebenes falsches oder mißverständenes Geständnis den Rechtsmittelverzicht des Angeklagten nicht unwirksam mache (BGH NSTZ-RR 1997, 173). In seiner Entscheidung vom 13. Mai 1997 - 1 StR 12/97 - wies der 1. Strafsenat auf die wiederholt durch den Bundesgerichtshof geäußerten Bedenken gegen die Erörterung des Verfahrensergebnisses außerhalb der Hauptverhandlung hin; zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Absprachen brauchte sich der Senat nicht zu äußern. 20

(9) Schließlich entschied der 2. Strafsenat mit Beschluß vom 20. Juni 1997 - 2 StR 275/97 - , daß die Unzulässigkeit einer Absprache über das Verfahrensergebnis nicht die Wirksamkeit eines absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzichts berühre. Zugrunde lag eine außerhalb der Hauptverhandlung getroffene Absprache, die eine Abkürzung des Verfahrens durch eine "einverständliche Erledigung" in der Weise vorsah, daß eine Gesamtfreiheitsstrafe von nicht mehr als vier Jahren verhängt und unter dieser Voraussetzung auf Rechtsmittel verzichtet werde. Der Senat führt dabei aus, daß eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung unzulässig sei, und weist im übrigen auf die Grundsätze hin, aus denen sich Bedenken gegen eine Absprache über das Verfahrensergebnis ergeben können. Darüber, inwieweit in öffentlicher Hauptverhandlung eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten hinsichtlich der Strafzumessung bei Ablegung eines Geständnisses erfolgen dürfe, hatte der 2. Strafsenat jedoch nicht zu entscheiden. 21

c) Der Senat ist der Auffassung, daß die Strafprozeßordnung Verständigungen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten, die sich mit der Frage der Strafbemessung bei Ablegung eines Geständnisses befassen, nicht generell untersagt. 22

aa) Richtig ist zwar, daß das deutsche Strafverfahrensrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet ist (Seier JZ 1988, 683, 684); es verbietet eine freie Verfügung des Gerichts und der Prozeßbeteiligten über den staatlichen Strafanspruch, die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze, die rechtliche Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung (vgl. Kintzi JR 1990, 309, 314; Kleinknecht/Meyer-Goßner StPO 43. Aufl. Einl. Rdn. 119 b m.w.N.). 23

Andererseits zeigt gerade die Vorschrift des § 153 a StPO, die eine Einstellung des Verfahrens gegen Auflagen mit Zustimmung des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft ermöglicht, daß eine Verständigung zwischen den Verfahrensbeteiligten - auch über das Ergebnis und die Erledigung eines Strafverfahrens - dem deutschen Strafprozeß nicht völlig fremd ist. Daneben gibt es noch andere Vorschriften, die eine Einwilligung des Betroffenen in eine bestimmte Rechtsfolge vorsehen und deshalb in der Regel mit einer Prognose des Verfahrensausgangs, einem Gespräch über die Sach- und Rechtslage und einer Einigung der Verfahrensbeteiligten verbunden sind (vgl. Schmidt-Hieber aaO S. 4 f.; Gerlach aaO S. 44 ff.; Kintzi JR 1990, 309, 314, die auf weitere gesetzliche Beispiele verweisen). 24

Aus der Strafprozeßordnung selbst kann daher nicht geschlossen werden, daß Absprachen über das 25
Verfahrensergebnis gänzlich unzulässig seien (Dahs NSTZ 1988, 153, 154; Hanack StV 1987, 500, 502). Vielmehr sind
Absprachen, welche die Abgabe eines Geständnisses durch den Angeklagten gegen Zusage einer Strafmilderung
durch das Gericht zum Inhalt haben, grundsätzlich möglich; sie verstoßen nicht von vornherein gegen verfassungs-
und verfahrensrechtliche Prinzipien. Eine Verständigung ist jeweils in ihrer konkreten Ausgestaltung an den
unverzichtbaren Prinzipien des Verfahrensrechts und des materiellen Strafrechts zu messen; sie muß sowohl
hinsichtlich ihres Zustandekommens als auch bezüglich ihres Inhalts diesen Grundsätzen genügen.

bb) Ausgangspunkt für die Prüfung der Zulässigkeit einer Absprache ist das aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 26
3 GG) i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Recht des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren
mit den Ausprägungen, die dieses Prinzip in den Verfahrensgrundsätzen des Strafprozeßrechts gefunden hat. Dies
schließt eine Absprache über den Schuldspruch von vornherein aus. Seine Grundlage darf immer nur der nach der
Überzeugung des Gerichts tatsächlich gegebene Sachverhalt sein; dessen strafrechtliche Bewertung und Einordnung
ist einer Vereinbarung nicht zugänglich. Eine Absprache darf auch nicht dazu führen, daß ein aufgrund der
Vereinbarung abgelegtes Geständnis des Angeklagten ohne weiteres dem Schuldspruch zugrunde gelegt wird, ohne
daß sich das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt. Das Gericht bleibt dem Gebot der Wahrheitsfindung
verpflichtet. Das Geständnis muß daher auf seine Glaubwürdigkeit überprüft werden; sich hierzu aufdrängende
Beweiserhebungen dürfen nicht unterbleiben (Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO Einl. Rdn. 119e, Schlüchter in Festschrift
für Spendel, 1992, S. 737, 740, 755).

Selbstverständlich ist, daß bei dem Bemühen der Beteiligten um das Zustandekommen einer Absprache die freie 27
Willensentschließung des Angeklagten gewahrt bleiben muß und er insbesondere nicht durch Drohung mit einer
höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt
werden darf (etwa wenn die hierfür nicht zuständige Strafkammer für das Geständnis des Angeklagten "Freigang"
verspricht; siehe hierzu Niemöller StV 1990, 34, 36; Zschockelt NSTZ 1991, 305, 309). § 136a StPO ist daher bei den
Verständigungsgesprächen genauso zu beachten wie der Grundsatz, daß niemand verpflichtet ist, sich selbst
anzuklagen (nemo tenetur se ipsum accusare). Das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils liegt
aber nicht bereits darin, daß das Gericht dem Angeklagten für den Fall eines Geständnisses eine Strafmilderung in
Aussicht stellt (vgl. BGHSt 1, 387; 14, 189; 20, 268).

Umgekehrt ist es aber nicht zulässig, wenn sich das Gericht für das Inaussichtstellen einer milderen Strafe durch den 28
Angeklagten versprechen läßt, daß dieser auf Rechtsmittel verzichten werde. Dies bedeutet zum einen eine
unzulässige Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe, auf die jene keinen Einfluß haben darf.
Zum anderen kann der Angeklagte frühestens nach Verkündung des Urteils auf Rechtsmittel verzichten (vgl.
Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 302 Rdn. 14); das Gericht darf daher von ihm keinesfalls verlangen, daß er sich
bereits vor Abschluß der Hauptverhandlung und Kenntnis der Entscheidung dieser Kontrollmöglichkeit begibt.

cc) Eines der wesentlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit von Absprachen resultiert daraus, daß diese vielfach 29
außerhalb der Hauptverhandlung getroffen werden (BGHSt 37, 99, 298; 42, 46; 191 und BGH, Beschluß vom 20. Juni
1997 - 2 StR 275/97; s.a. Baumann NSTZ 1987, 157; Böttcher JR 1991, 118; Hassemer JuS 1989, 890, 892; Rönnau
aaO S. 161 ff.; Schmidt-Hieber aaO S. 91; Weigend JZ 1990, 774, 777; Wolfslast NSTZ 1990, 409, 414; Zschockelt in
Festschrift für Salger, 1995, S. 435, 437).

Diese Praxis verstößt gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz, § 169 GVG: Danach ist die Verhandlung vor dem 30
erkennenden Gericht (einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse) öffentlich. "Die Öffentlichkeit des
Strafverfahrens gehört zu den grundlegenden Einrichtungen des Rechtsstaats. Die Bestimmungen darüber sollen
gewährleisten, daß sich die Rechtsprechung der Gerichte grundsätzlich 'in aller Öffentlichkeit', nicht hinter
verschlossenen Türen abspielt" (BGHSt 9, 280, 281). Das Prinzip der Öffentlichkeit will das Informationsinteresse der
Allgemeinheit und die Kontrolle der Justiz gewährleisten und somit das Vertrauen in die Rechtsprechung der Gerichte
fördern. Diese Kontrolle ist aber nur dann möglich, wenn die Allgemeinheit Einblick in die wesentlichen
Verfahrensabläufe hat, die zum Urteil führen (Rönnau aaO S. 167). Wird aber eine Absprache aus der öffentlichen
Hauptverhandlung hinausverlagert und in dieser auch nicht offengelegt, so wird die Hauptverhandlung zur bloßen
Fassade, die jeglichen Einblick der Öffentlichkeit in die dem Urteil zugrunde liegenden Umstände verschleiert.

Eine Verständigung zwischen dem Gericht und den anderen Verfahrensbeteiligten, welche die Einlassung des 31
Angeklagten und die Höhe der Strafe zum Gegenstand hat, muß daher in öffentlicher Hauptverhandlung - nach
Beratung des gesamten Spruchkörpers - erfolgen. Dies schließt nicht aus, daß es vor oder außerhalb der Verhandlung
zu Vorgesprächen zwischen den Beteiligten kommt, um die Bereitschaft zu Gesprächen und die jeweiligen
"Verhandlungspositionen" abzuklären; dann muß das Gericht aber den wesentlichen Inhalt und das Ergebnis dieser
Gespräche in der Hauptverhandlung offenlegen (Schäfer DRiZ 1989, 294; Wolter in SK-StPO vor § 151 Rdn. 76).

Die Erörterung in öffentlicher Hauptverhandlung gewährleistet auch die Einhaltung eines weiteren, für die Zulässigkeit 32 von Verständigungen unverzichtbaren Kriteriums, nämlich die Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligter. Da derartige Gespräche für das weitere Verfahren und das Urteil von erheblicher Bedeutung sind, dürfen sie nur in Kenntnis und unter Mitwirkung aller am Verfahren Beteiligten und der zur Entscheidung berufenen Personen stattfinden. Nicht zulässig ist insbesondere eine Absprache ohne Beteiligung des Angeklagten selbst oder auch unter Ausschluß der Schöffen.

Wesentlich ist dabei, daß Absprachen über Verfahrensinhalt und -ergebnis nicht unter dem Deckmantel der 33 Heimlichkeit und Unkontrollierbarkeit stattfinden; sie dürfen nicht gleichsam als eigenständiges, informelles Verfahren neben der eigentlichen Hauptverhandlung geführt werden, ohne in letztere Eingang zu finden. Absprachen müssen daher offengelegt werden, ihr Inhalt muß für alle Beteiligten und auch für das Rechtsmittelgericht überprüfbar sein. Das Ergebnis der Absprache ist da es sich um einen wesentlichen Verfahrensvorgang handelt im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten (vgl. auch Zschockelt NSTZ 1991, 305, 310). Nur dadurch werden auch spätere Streitigkeiten über angeblich erfolgte Absprachen (vgl. BGH, Beschluß vom 13. Mai 1997 - 1 StR 12/97) vermieden.

dd) Das Gericht darf durch die Absprache nicht gegen die §§ 260 Abs. 1, 261 StPO verstoßen, indem es eine 34 verbindliche Zusage zur Höhe der zu verhängenden Strafe macht; denn das Gericht hat aus dem Inbegriff der Verhandlung in der Urteilsberatung über die Strafe zu entscheiden. Diese richterliche Entscheidungsfindung darf nicht durch Festlegung auf eine konkrete Strafe vorweggenommen werden; eine Bindung des Gerichts an ein bestimmtes Verfahrensergebnis vor Abschluß der Hauptverhandlung ist ausgeschlossen (Böttcher/Widmaier JR 1991, 353, 354; Meyer-Goßner, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II L 147; Schlüchter in SK-StPO vor § 213 Rdn. 43, 46; Wolter in SK-StPO vor § 151 Rdn. 77). Eine derartige Selbstbindung enthält gleichzeitig eine Verletzung der materiellrechtlichen Prinzipien der Strafzumessung i.S.d. § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StGB, weil das Gericht dann in der Urteilsberatung nicht mehr frei ist, die Strafhöhe anhand der maßgeblichen Strafzumessungskriterien nach der Schuld des Täters zuzumessen.

Unbedenklich ist es dagegen, wenn das Gericht für den Fall der Ablegung eines glaubhaften Geständnisses im Wege 35 der Verständigung eine Strafobergrenze, die es nicht überschreiten werde, angibt (Böttcher/Widmaier aaO 356; Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO Einl. Rdn. 119c). Falls der Angeklagte ein Geständnis ablegt, schränkt er seine Verteidigungsmöglichkeiten nämlich auf einen schmalen Bereich ein. Er kann dann regelmäßig gegen seine Verurteilung nichts mehr vorbringen und nur noch die Höhe der zu verhängenden Strafe zu beeinflussen versuchen. Es ist daher nicht unbillig, wenn er vor Ablegung eines Geständnisses erfahren möchte, wie das Gericht dieses bei der Strafzumessung bewerten würde.

Wenn das Gericht dementsprechend erklärt, daß die Strafe im Falle der Ablegung eines Geständnisses eine 36 bestimmte Grenze nicht überschreiten, der vom Gesetz allgemein vorgesehene - zumeist sehr weite - Strafrahmen somit in einer bestimmten Weise eingeschränkt werde, wird damit die Entscheidung des Gerichts noch nicht vorweggenommen. Die Festlegung der konkreten Strafe unter Abwägung aller Strafzumessungsgesichtspunkte bleibt der Urteilsberatung vorbehalten. Eine solche Zusage beseitigt auch nicht die nötige Unvoreingenommenheit und Objektivität des Gerichts; denn daß sich das Gericht während des Verfahrens - vorbehaltlich des weiteren Verfahrensganges und des Beratungsergebnisses - eine Meinung über das mögliche Verfahrensergebnis bildet, ist der Strafprozeßordnung nicht fremd und liegt bereits dem Beschluß über die Eröffnung des Hauptverfahrens oder Haftentscheidungen zugrunde.

Es wird also nicht - was unzulässig, da den Grundsätzen der Strafprozeßordnung widersprechend, wäre - die 37 Absprache an die Stelle eines Urteils gesetzt. Freilich wird, da das Gericht wegen des Geständnisses die in Betracht kommende Obergrenze bereits (unter Umständen erheblich) gegenüber derjenigen bei Leugnen der Tat herabsetzt, oftmals die später im Urteil verhängte Strafe diese Strafhöhe erreichen müssen. Dies macht die Verständigung aber nicht unzulässig (vgl. BGHSt 42, 46, 50: "Das Vorgehen wird auch nicht im Nachhinein dadurch bedenklich, daß die schließlich gefundene Strafe der Prognose entspricht."); denn gleichwohl bleibt dem Gericht die Befugnis erhalten, nach dem Beratungsergebnis eine noch unter dieser Grenze liegende Strafe zu verhängen.

Befürchtet andererseits die an der Absprache beteiligte Staatsanwaltschaft, das Gericht werde sich bei der 38 Strafzumessung im Urteil zu weit von der Obergrenze nach unten entfernen, oder hält sie eine unter der in Aussicht genommenen Obergrenze liegende Strafe für schlechthin unvertretbar (dazu näher unter ee)), so mag sie dies in der Hauptverhandlung erklären. Bleibt das Gericht im Urteil in erheblichem Maße unter der bekanntgegebenen Obergrenze, so kann dies ein Anhaltspunkt dafür sein, daß die Strafe den Bereich der Schuldangemessenheit verlassen hat, so daß ein die Strafbemessung rügendes Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft erfolgreich sein kann. Dies unterliegt - wie bei

jedem Rechtsmittel - jedoch der Prüfung und Entscheidung des Rechtsmittelgerichts.

ee) Die so erfolgte Verständigung steht unter dem Vorbehalt, daß das später ergehende Urteil materiell-rechtlich zutreffend und unter Berücksichtigung aller Umstände vertretbar ist. 39

Der Strafausspruch darf "den Boden schuldangemessenen Strafens" nicht verlassen. Das Gericht darf keinesfalls unter Hintanstellung dieser Kriterien zwecks Erlangung eines Geständnisses eine Strafhöhe bestimmen, die dem Unrechtsgehalt der Tat nicht gerecht wird (Kintzi JR 1990, 309, 314; Krekeler NSTZ 1994, 196, 197). Es hat die Höhe der Strafe auch dann, wenn eine Verständigung stattfindet, die ein Geständnis des Angeklagten zum Gegenstand hat, nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafzumessung festzulegen und hierbei sämtliche Umstände, die für und gegen den Angeklagten sprechen, abzuwägen. Dem Gericht ist es aber nicht verwehrt, dem Geständnis des Angeklagten strafmildernde Bedeutung auch dann zuzumessen, wenn der Angeklagte das Geständnis nicht offensichtlich in erster Linie aus Schuldeinsicht und Reue, sondern aus verfahrenstaktischen Gründen im Rahmen der Verständigung abgegeben hat. 40

Zwar wird ein Geständnis dann nicht wesentlich strafmildernd berücksichtigt werden, wenn es ersichtlich nicht aus einem echten Reue- und Schuldgefühl heraus abgelegt worden ist, sondern auf "erdrückenden Beweisen" beruht (BGH bei Detter NSTZ 1990, 221). So liegt der Fall aber bei einem im Rahmen einer Verständigung abgelegten Geständnis in der Regel nicht. Zudem sind Schuldeinsicht und Reue subjektive Empfindungen des Angeklagten, die objektiv schwer meßbar sind und durchaus auch bei einem Geständnis aufgrund einer Absprache vorliegen können; auch in diesem Fall bekennt sich der Angeklagte zu seiner Tat und fördert das Prozeßziel des Rechtsfriedens (Schäfer, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II L 58 f.; Widmaier, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II L 40). Es erscheint im übrigen fraglich, ob es überhaupt möglich ist, aus dem Prozeßverhalten des Angeklagten für ihn nachteilige sichere Schlüsse auf seine Einstellung zur Tat zu ziehen. Auch für die Strafzumessung gilt uneingeschränkt der Zweifelsgrundsatz, so daß jeweils von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen ist, die nach den gesamten Umständen in Betracht kommt (BGH, Beschluß vom 7. Dezember 1995 - 4 StR 688/95 m.w.N., s.a. Böttcher, Verhandlungen des 58. DJT Bd. II L 19; Hanack StV 1987, 500, 503). Außerdem kann ein Geständnis dem Angeklagten auch als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung zugute gehalten werden (Niemöller StV 1990, 34, 36). 41

Jedes Geständnis eines Angeklagten ist daher grundsätzlich geeignet, Bedeutung als strafmildernder Gesichtspunkt zu erlangen, auch wenn seine Gewichtigkeit unterschiedlich sein kann (s.a. BGH bei Detter NSTZ 1997, 176). Das Gericht darf deshalb auch ein Geständnis, das der Angeklagte im Rahmen einer Absprache abgelegt hat, strafmildernd berücksichtigen; es darf nur nicht zur Erlangung eines Geständnisses eine Strafmilderung zusagen und gewähren, die zur Bedeutung des Strafmilderungsgrundes außer Verhältnis steht und zu einer nicht mehr schuldangemessenen Strafe führt. Dann ist auch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch Verständigungen nicht zu befürchten. 42

ff) Ist auf diese Weise in öffentlicher Verhandlung unter Einbeziehung aller Beteiligten eine Verständigung zustande gekommen, so ist das Gericht daran gebunden. Das folgt aus den Grundsätzen des fairen Verfahrens, zu denen gehört, daß sich das Gericht nicht in Widerspruch zu eigenen, früheren Erklärungen, auf die ein Verfahrensbeteiligter vertraut hat, setzen darf; die Vertrauenslage, die das Gericht dadurch geschaffen hat, verbietet ihm, von seiner früheren Erklärung abzuweichen (BGHSt 36, 210, 214). Ergeben sich nach der Absprache allerdings schwerwiegende neue Umstände, die dem Gericht bisher unbekannt waren und die Einfluß auf das Urteil haben können, so kann das Gericht von der getroffenen Absprache abweichen. Solche Umstände können zum Beispiel sein, daß sich die Tat aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel statt wie bisher als Vergehen nunmehr als Verbrechen darstellt (vgl. die Regelung in § 373a Abs. 1 StPO; s.a. Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO § 153 Rdn. 38 und § 153a Rdn. 52) oder daß erhebliche Vorstrafen des Angeklagten nicht bekannt waren. In einem solchen Fall muß das Gericht aber dann wiederum in öffentlicher Hauptverhandlung unter Darlegung der Umstände auf diese Möglichkeit hinweisen (vgl. § 265 Abs. 1, 2 StPO). 43

2. Der Strafausspruch des angefochtenen Urteils kann hiernach nicht bestehen bleiben, weil die Urteilsgründe besorgen lassen, daß die Strafkammer bereits vor der Urteilsberatung eine konkrete Strafe und nicht nur die Einhaltung einer bestimmten Strafobergrenze zugesagt hat; dies ergibt sich daraus, daß danach sowohl die Einzelstrafen als auch die Gesamtstrafe "in dieser Höhe ... abgestimmt" wurden. 44

Das legt nahe, daß sich die Strafkammer rechtsfehlerhaft hinsichtlich der Strafe festgelegt hat. Daß die Strafkammer ausweislich der Urteilsgründe sowohl bei der Bemessung der Einzelfreiheitsstrafen als auch bei der Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe alle maßgeblichen Strafzumessungsgesichtspunkte zu Gunsten und zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt hat und die Höhe der Freiheitsstrafe sich im Rahmen schuldangemessenen Strafens hält, vermag den Fehler nicht zu beseitigen; denn mit der Zusage einer bestimmten Strafe, an die sich das Gericht bereits vor der 45

Urteilsberatung bindet, fehlt es an einer selbständigen richterlichen Entscheidung zur Strafzumessung, wie sie § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StGB erfordert. Das ist, weil sich der Fehler aus den Urteilsgründen ergibt, schon auf die Sachrüge hin zu beachten.

Auf dem Rechtsfehler kann das Urteil im Strafausspruch auch beruhen. Es kann nicht sicher ausgeschlossen werden, daß das Gericht ohne die fehlerhafte Absprache eine niedrigere Freiheitsstrafe festgesetzt hätte, zumal die Strafkammer sich mit der Angabe einer konkreten Strafhöhe auch gegenüber der Staatsanwaltschaft verpflichtet hatte, diese zugesagte Strafe nicht zu unterschreiten; dies konnte sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken, da damit ein Abweichen von dieser Strafhöhe nach unten in der Beratung nicht mehr möglich war. 46

3. In der neuen Hauptverhandlung werden die Einzelstrafen daher nach den allgemeinen Strafzumessungskriterien neu zuzumessen und hierbei die bereits rechtsfehlerfrei festgestellten für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände abzuwägen sein. Dies gilt auch für den Angeklagten E., dessen Revision die Strafkammer zutreffend gemäß § 346 Abs. 1 StPO verworfen hat; auf ihn ist die Aufhebung gemäß § 357 StPO zu erstrecken, da ausweislich der Urteilsgründe auch hinsichtlich dieses Angeklagten in gleicher Weise wie bei dem Angeklagten H. eine Absprache mit Zusage einer konkreten Strafhöhe stattgefunden hat. 47

Der Senat weist darauf hin, daß die Bildung einer Gesamtstrafe zwischen den beiden Einzelstrafen nicht in Betracht kommt, wenn die Vorverurteilungen vom 25. April 1996 (hinsichtlich des Angeklagten H.) und vom 7. Mai 1996 (hinsichtlich des Angeklagten E.) zum Zeitpunkt des ersten tatrichterlichen Urteils noch nicht erledigt waren, da sie dann eine Zäsurwirkung entfalten. Die Möglichkeit, auf Geldstrafe gesondert zu erkennen, ist kein Grund, die Zäsurwirkung einer auf Geldstrafe lautenden Vorverurteilung zu verneinen (BGHSt 32, 190, 194; BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 9). Sollten die Geldstrafen zwischen zeitlich beglichen sein, ändert dies an der Zäsurwirkung nichts (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Erledigung 1 m.w.N.). Bei der Festsetzung der Einzelfreiheitsstrafen wird die neue Strafkammer dann zu beachten haben, daß wegen des Verschlechterungsverbots die Summe der Strafen nicht höher sein darf als die frühere Gesamtstrafe (BGHSt 12, 95; 15, 164). 48