

# Zur Freiwilligkeit des abgesprochenen Geständnisses

Von Prof. Dr. Aristomenis Tzannetis, Athen

## I. Guilty plea und Geständnis

Ein abgesprochenes Strafverfahren wird bekanntlich dadurch gekennzeichnet, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten (Gericht bzw. Staatsanwalt und Verteidigung) Verhandlungen über das Verfahrensergebnis und die anschließende Festsetzung der Strafe geführt werden. Die Justizbehörde schlägt eine verminderte Strafe vor (im Vergleich zu der im Normalverfahren zu erwartenden Sanktionierung) und von Seiten des Angeklagten wird als Gegenleistung ein Schuldeingeständnis erbracht. Der Tausch von Geständnis gegen Strafreduzierung ist der Dreh- und Angelpunkt aller konsensualen Verfahrensweisen, die auf die Verfahrensabkürzung bzw. Vereinfachung abzielen.

Die Wurzeln der einvernehmlichen Verfahrenserledigung liegen im angelsächsischen Strafprozess, was sich damit erklären lässt, dass dort die geständige Einlassung (guilty plea) die Verurteilung unmittelbar nach sich zieht, so dass nichts anderes als die Straffestsetzung bleibt.<sup>1</sup> Dass der guilty plea dazu geeignet ist, das Strafverfahren durch Schuldspruch zu beenden, liegt an der spezifischen Ausgestaltung des angloamerikanischen Strafverfahrens, das vom Konflikt zwischen Anklagebehörde und Verteidigung geprägt ist (adversatorisches Parteiverfahren).<sup>2</sup> Stimmen die Parteien über den Inhalt des Urteils überein, tritt eine Konfliktauflösung ein (dispute resolution), die der Fortführung des Strafverfahrens vor der Jury entgegensteht.<sup>3</sup> Es ist ausgerechnet diese verfahrensbeendende Wirkung des guilty plea, die in den Vereinigten Staaten das Aushandeln (bargaining) des guilty plea im Gegenzug für die Gewährung von Vergünstigungen (allen voran Strafmilderung) um der Justizentlastung willen begünstigt hat.

Am angelsächsischen Leitbild des plea bargaining sind die verschiedenen Varianten von abgesprochenen Strafverfahren ausgerichtet, die in den letzten Jahrzehnten zum Zwecke der Bewältigung der ständig ansteigenden Justizüberlastung in den Rechtskreis des civil law eingeführt worden sind. Die tiefgreifenden Strukturdivergenzen, die zwischen dem angelsächsischen und dem kontinentaleuropäischen Strafmodell bestehen, haben die rasche Ausbreitung konsensualer Verfahrensweisen europaweit kaum gehemmt. Die beiden gegenläufigen Strafverfahrensformen lassen sich vornehmlich danach unterscheiden, dass sie sich abweichender Methoden zur Wahrheitsermittlung bedienen; während nämlich bei kontradiktorischen Strafverfahren die Sachverhaltsaufklärung den Parteien aufgegeben wird, ist das kontinentaleuropäische Strafverfahrensmodell von dem Amtsaufklärungsgrundsatz getragen, wonach die Wahrheitsermittlung dem Strafrichter anvertraut wird (inquisitorisches System). Hieraus lässt sich schließen, dass das amerikanische plea bargai-

ning nicht unverändert auf dem civil law angehörende Rechtsordnungen übertragbar ist, sondern in die strukturellen Besonderheiten des inquisitorischen Strafverfahrens eingepasst werden muss.<sup>4</sup>

Im Kern dieser strukturellen Umstellung steht die Ersetzung des guilty plea durch sein funktionales Äquivalent, welches im Geständnis zu sehen ist. Allerdings ist hervorzuheben, dass das guilty plea sich dadurch maßgeblich vom Geständnis unterscheidet, dass es verfahrensbeendende Wirkung hat, die dem Geständnis völlig fehlt. Bekennt sich nämlich der Angeklagte im inquisitorischen Strafprozess für schuldig, läuft seine Einlassung keineswegs automatisch auf einen Schuldspruch hinaus, sondern sie soll auf ihre Glaubhaftigkeit hin überprüft werden.<sup>5</sup> Dies bedeutet, dass dem glaubhaften Geständnis nur dann eine verfahrensabkürzende Wirkung zukommt, soweit dadurch die Durchführung einer weitergehenden umfassenden Beweisaufnahme überflüssig wird.<sup>6</sup> Nach alledem ist festzuhalten, dass das guilty plea im Hinblick auf die strafprozessrechtliche Dynamik weit über das Geständnis hinausreicht.<sup>7</sup>

## II. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Ungeachtet ihrer funktionalen Verschiedenartigkeit sind guilty plea und Geständnis insoweit inhaltlich identisch, als beide eine selbstbeichtigende Stellungnahme zum Tatvorwurf enthalten. Unter diesem Aspekt kommt der Frage hohe Bedeutung zu, inwieweit die Schuldanerkennung, die an einen Strafnachlass anknüpft – ganz gleich, ob sie sich in einem guilty plea oder in einem Geständnis niederschlägt – eigenverantwortlich und ohne unzulässige Eingriffe in die Selbstbelastungsfreiheit erfolgt. Die in Deutschland geführte Diskussion über die Vereinbarkeit der Absprachepraxis mit den tragenden Prozessmaximen richtet das Augenmerk in allererster Linie auf die Übereinstimmung der einvernehmlichen Verfahrenserledigung mit dem Amtsaufklärungsgrundsatz (§ 244 StPO), während der Frage nach der Freiwilligkeit des abgesprochenen Geständnisses eher zweitrangige Bedeutung beigemessen wird. Im angelsächsischen Raum dagegen sind die möglichen Abstriche an die Sachverhaltsermittlung – angesichts der dort geltenden formalisierten Wahrheit<sup>8</sup> – unbeachtlich, stattdessen rückt in den Mittelpunkt des Interesses an der rechtsstaatlichen Zulässigkeit des plea bargaining die Frage, inwieweit das abgegebene guilty plea im Einklang mit dem Selbstbeichtigungsverbot steht.

<sup>1</sup> Rönna, Die Absprache im Strafprozess, 1990, S. 271.

<sup>2</sup> Weigend, Absprachen in ausländischen Strafverfahren, 1990, S. 49; Brodowski, ZStW 124 (2012), 733 (741).

<sup>3</sup> Trüg, ZStW 120 (2008), 331 (366); Langer, Harvard International Law Journal 45 (2004), 4 (20).

<sup>4</sup> Langer, Harvard International Law Journal 45 (2004), 4 (5).

<sup>5</sup> Schünemann, Gutachten B zum 58. DJT, S. 83.

<sup>6</sup> Damaška, Journal of International Criminal Justice 2004, 1018 (1026).

<sup>7</sup> Trüg, ZStW 120 (2008), 331 (341); Brodowski, ZStW 124 (2012), 733 (737); U.S. Supreme Court, Kercheval vs. US, 274 U.S., 220, 224 (1927); U.S. Supreme Court, Marchibroda v. US, 368 U.S., 487, 493 (1962).

<sup>8</sup> Dazu Trüg, ZStW 120 (2008), 331 (347 f.).

Man ist sich allenthalben durchaus einig, dass der Grundsatz „*nemo tenetur se ipsum accusare*“ aus verfassungsrechtlich verbürgten Prinzipien (Rechtsstaatsprinzip, Persönlichkeitsrecht) ableitbar ist. Die Selbstbelastungsfreiheit wird nämlich in den Vereinigten Staaten im fünften Amendement der Verfassung verankert, das jeden Zwang zur Selbstbelastung verbietet. Die Voraussetzungen eines gültigen guilty plea sind weiterhin in den Federal Rules of Criminal Procedure<sup>9</sup> ausführlich normiert, wonach das guilty plea nur dann nicht zu beanstanden ist, wenn es freiwillig (voluntary) abgelegt wird, mit keinerlei Zwang, Drohungen oder Versprechungen verbunden ist und auf einer Tatsachengrundlage (factual basis) beruht. In Deutschland genießt der Schutz des Angeklagten vor erzwungenen Selbstbezeichnungen als Ausprägung der Menschenwürde und des fair trial-Grundsatzes ebenfalls Verfassungsrang und findet seinen einfachgesetzlichen Niederschlag in § 136a StPO.<sup>10</sup> Es lässt sich somit festhalten, dass die Freiwilligkeit (voluntariness) zur grundlegenden Voraussetzung für die Gültigkeit des guilty plea bzw. des Geständnisses erhoben wird.<sup>11</sup>

Die verfassungsrechtliche Legitimierung des plea bargaining wird in den USA weiterhin unter dem Aspekt überprüft, dass der Angeklagte, der sich auf die Abgabe eines guilty plea einlässt, notwendigerweise eine Reihe von verfassungsrechtlich verankerten Rechten preisgibt, nämlich das im sechsten Verfassungsamendement vorgesehene Recht auf eine adversatorische Aburteilung durch Geschworene (Jury Trial), das Recht auf konfrontative Befragung der Belastungszeugen und das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen.<sup>12</sup> Soweit beim plea bargaining der Genuss eines Vorteils (Strafnachlass) von der Preisgabe der oben erwähnten prozessualen Rechte bedingt wird, geht die Verfassungsmäßigkeit dieser Verfahrensweise eng mit der allgemeineren Problematik einher, unter welchen Bedingungen die Ausübung von verfassungsgeschützten Rechten eingeschränkt werden kann. In der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court wurde die sog. „Lehre von den verfassungswidrigen Bedingungen“ („Unconstitutional Conditions Doctrine“) entwickelt, wonach es dem Staat verwehrt ist, einen Vorteil von Bedingungen abhängig zu machen, die unsachgemäß zu einem Verzicht auf verfassungsrechtlich garantierte Rechte drängen bzw. anregen, selbst wenn die Gewährung dieses Vorteils ins Ermessen des Staates gestellt ist.<sup>13</sup> Diese Lehre, die als Ausfluss der „due process“-Klausel erachtet wird, dämmt die staatliche Macht ein, den Bürger wegen der Ausübung eines verfassungsrechtlichen Rechtes zu bestrafen, in Anbetracht der Tatsache, dass die Nichtgewährung eines Vorteils von der direkten Verhängung eines Übels nicht zu unterscheiden sei.<sup>14</sup> Der U.S. Supreme Court führt des Weiteren aus, dass der Verzicht auf Verfassungsrechte im Gegen-

zug für die Gewährung von Vorteilen nur dann aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden sei, wenn er als notwendig für die Erreichung eines überragenden staatlichen Interesses, dem eine besondere Bedeutung zukommt, erachtet werden könne.<sup>15</sup>

### III. Diskussionsstand

#### 1. U.S. Supreme Court

Der U.S. Supreme Court hat ursprünglich die Praxis des plea bargaining unter Zugrundelegung der schon angeführten verfassungsrechtlichen Prämissen keinesfalls vorbehaltlos und uneingeschränkt abgesegnet.

Die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court greift auf die Willensfreiheit des Angeklagten nicht nur beim konsensualen Verfahren des plea bargaining, sondern auch bei jedem im Normalverfahren abgegebenen (nicht ausgehandelten) Geständnis zurück. Als Grundsatzentscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Geständnisses gilt *Bram vs. United States* aus dem Jahre 1897. *Bram*, ein Matrose auf einem amerikanischen Schiff, gab erst dann zu, den Schiffskapitän getötet zu haben, als die Polizeibeamten auf das Vorhandensein eines Augenzeugen verwiesen. Der U.S. Supreme Court ging davon aus, dass das Geständnis nur dann zulässig sei, wenn es freiwillig ist und weder durch Drohungen oder Zwang noch durch direkte bzw. implizite Versprechungen oder durch unzulässige Beeinflussung gewonnen wurde. Der Supreme Court hat einen Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit (self-incrimination clause) mit der Begründung bejaht, die vernehmenden Polizeibeamten hätten die Geständnisabgabe durch das unzulässige Inaussichtstellen der Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses beeinflusst und gefördert. Die Entscheidung betrachtet die Freiwilligkeit als einen psychologischen Zustand, indem sie auf *Brams* Hoffnungen oder Ängste verweist.<sup>16</sup>

Eine Reihe von nachfolgenden Entscheidungen des U.S. Supreme Court hatte seitdem die Freiwilligkeit des ausgehandelten Geständnisses (guilty plea) zum Gegenstand. So wurde diese Problematik in der Entscheidung *Kercheval vs. United States* aus dem Jahre 1927 aufgegriffen.<sup>17</sup> Dabei ging es um die Gültigkeit eines guilty plea, das deswegen zurückgenommen wurde, weil die Staatsanwaltschaft das guilty plea durch das irreführende Versprechen eines Strafmaßes von drei Monaten entlockt hatte. Der Supreme Court stellte fest,

<sup>15</sup> U.S. Supreme Court, *US v. Jackson*, 390 U.S., 582, 583 (1968).

<sup>16</sup> Die nachfolgende Rechtsprechung des U.S. Supreme Court bezüglich der Bedingungen des freiwilligen Geständnisses ist stark von den Prämissen des *Bram*-Urteils beeinflusst. Sie geht nämlich davon aus, dass ein Geständnis nicht als freiwillig betrachtet werden kann, wenn es durch die Versprechung des Absehens von Strafverfolgung bzw. einer mildernden Strafe entlockt wurde. Darstellung der einschlägigen Entscheidungen in *Becker*, *Loyola of Los Angeles Law Review* 1988, 757 (780).

<sup>17</sup> U.S. Supreme Court, *Kercheval v. U.S.*, 274, U.S. 220 (1927).

<sup>9</sup> Rules 11 (b) (2), (3).

<sup>10</sup> BVerGE 38, 105 (113); 56, 37 (43).

<sup>11</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203; *Weigend* (Fn. 2), S. 63.

<sup>12</sup> *Wertheimer*, *Ethics* 89 (1979), 269 (270).

<sup>13</sup> *Sullivan*, *Harvard Law Review* 102 (1989), 1413 (1415).

<sup>14</sup> *McCoy/Mirra*, *Stanford Law Review* 32 (1980), 887.

dass Schuldanerkenntnisse nur dann angenommen werden dürften, wenn sie freiwillig (voluntary), nach geeigneter Beratung und mit vollem Verständnis der Auswirkungen abgegeben wurden. Dementsprechend sei ein guilty plea, das aus Unkenntnis, Angst oder Versehen abgegeben wurde, widerrufbar und unverwertbar mit der Folge, dass der Angeklagte sein Recht auf den normalen streitigen „Jury Trial“ wiedererlange.

Die für die Freiwilligkeit des guilty plea maßgeblichen Kriterien sind in der nächsten Entscheidung des Supreme Court *Machibroda vs. United States* aus dem Jahre 1962<sup>18</sup> weiter herausgearbeitet. Der Angeklagte, der aufgrund eines guilty plea zu einer Strafe von 40 Jahren wegen zweier Raube verurteilt worden war, hatte die Rüge vorgebracht, dass sein guilty plea unfreiwillig sei, da man es ihm zum einen durch die Vorspiegelung, die zu verhängende Strafe solle nicht über zwanzig Jahre ausfallen und andererseits durch die Androhung, dass er bei Leugnen der bestehenden Vorwürfe wegen zweier zusätzlicher Raube angeklagt werden würde, entlockt habe. Der Supreme Court hat angenommen, dass ein durch Versprechungen oder Androhungen veranlasstes guilty plea unwirksam sei, weil dadurch die Willensentschlussfreiheit des Angeklagten eingeschränkt worden sei. Der Supreme Court sieht also sowohl die Androhung als auch die unmittelbare bzw. implizite Versprechung als faktische Zwänge an, die auf die Aussagefreiheit Einfluss nehmen.

Eine ausgearbeitete Verfassungsmäßigkeitsprüfung des plea bargaining unter Zugrundelegung der sog. „Lehre von den verfassungsrechtlichen Bedingungen“ lässt sich in der Entscheidung des Supreme Court *United States vs. Jackson* (1968) finden.<sup>19</sup> Anlass der verfassungsrechtlichen Rüge war die Vorschrift des Federal Kidnapping Act, welche für Menschenraub die Todesstrafe vorsah, es sei denn, das Opfer wird unversehrt freigelassen (18 U.S.C. § 1201 [a]), in Verbindung mit der Bestimmung, dass nur das Schwurgericht zur Auferlegung der Todesstrafe befugt ist. Hieraus ergibt sich, dass nur derjenige Angeklagte, der sich für schuldig bekennt, gegenüber dem Risiko der Todesstrafe vollkommen abgeschirmt wird, weil allein durch das guilty plea dem streitigen Jury Trial ausgewichen wird. Der Supreme Court hatte mithin darüber zu entscheiden, ob durch die in U.S.C. § 1201 (a) enthaltene Regelung das Verfassungsrecht des Angeklagten, die Tatvorwürfe vor dem Schwurgericht zu bestreiten, unzulässig beeinträchtigt wird, m.a.W. ob es verfassungskonform ist, mit der Todesstrafe nur denjenigen Angeklagten zu bedrohen, der sich auf das streitige Jury Trial einlässt. Der Supreme Court sprach sich für die Verfassungswidrigkeit der Vorschrift U.S.C. § 1201 (a) aus mit der Erwägung, dass dadurch die Menschenraubtäter unnötig angeregt werden („needlessly encourages“), sich für schuldig zu bekennen, um der Todesstrafe zu entgehen, obwohl zur Erreichung des angestrebten Zwecks, nämlich der Milderung der Härte der Todesstrafe, ein weniger einschneidendes Mittel ausreichen würde, etwa die Anerkennung der Zuständigkeit des Jury

Court dafür, neben der Todesstrafe auch Freiheitsstrafen zu verhängen. An der Regelung des Federal Kidnapping Act wird also bemängelt, dass sie eine innewohnende Zwangssituation (inherent coercive) herbeiführe, indem der Angeklagte von der Durchführung des Jury Trial abgeschreckt wird.

Mit der aus der Vorschrift U.S.C. § 1201 (a) entstandenen verfassungsrechtlichen Problematik hat sich der Supreme Court nochmals in der Grundsatzentscheidung zum plea bargaining *Brady v. United States* auseinandergesetzt.<sup>20</sup> Diese Entscheidung erkannte zum ersten Mal die Verfassungsmäßigkeit des plea bargaining ausdrücklich an. Brady stützte die Rüge, sein guilty plea sei nicht eigenverantwortlich, sondern aus der Angst vor der in U.S.C. § 1201 (a) vorgesehenen Todesstrafe abgegeben worden, auf das Präjudiz des Urteils *United States v. Jackson*. Der Supreme Court judizierte, dass die vorangegangene Entscheidung *Jackson* nicht dazu verleiten solle, dass alle guilty pleas, die unter der Angst vor Todesstrafe abgegeben werden, von vornherein als unfreiwillig erachtet werden müssen. Der Supreme Court führte aus, dass es dem Staat zwar nicht gestattet sei, durch körperliche Misshandlung bzw. durch die Schaffung einer Zwangssituation die Willensentschlussfreiheit des Angeklagten zu beugen, es sei aber im konkreten Fall nicht nachgewiesen, dass die Fähigkeit Bradys, die Vor- und Nachteile des guilty plea gegeneinander vernünftig abzuwägen, allein aus Angst vor der Todesstrafe aufgehoben worden sei. In Betracht kämen auch andere Motive (wie z.B. das Begehren des Angeklagten, dem psychischen und finanziellen Aufwand des Rechtsstreits zu entgehen), auf welche die Schuldanererkennung zurückgeführt werden könne, ganz abgesehen von Situationen, in denen die Beweislage so erdrückend sei, dass das Bestreiten des Tatvorwurfs sinnlos erscheine. Der Supreme Court stellte weiterhin fest, dass die jedem guilty plea innewohnende Hoffnung auf einen erheblichen Strafabatt an sich nicht ausreiche, um die Verfassungsmäßigkeit des plea bargaining in Frage zu stellen, wenn man bedenke, dass dieses Verfahren beiderseitige Vorteile sowohl für den Angeklagten als auch für die Justizbehörden nach sich ziehe. Der Supreme Court betonte schließlich, dass die Entscheidung *Brady* nicht im Widerspruch zur Grundsatzentscheidung *Bram* stehe im Hinblick darauf, dass *Bram*, ganz anders als *Brady*, sich in einer empfindlichen Lage (in Untersuchungshaft und ohne Rechtsbeistand) befunden habe, weswegen das geringste Nachsichtigkeitsangebot geeignet gewesen sei, die Geständnisabgabe zu erzwingen.

Mit den Auswirkungen der angedrohten Todesstrafe auf die Freiwilligkeit des guilty plea beschäftigt sich die nächste Entscheidung *North Carolina v. Alford* (1970).<sup>21</sup> Die Besonderheit des abgeurteilten Falles lag darin, dass der Angeklagte *Alford* lediglich erklärte, dass er dem Anklagevorwurf nicht mehr entgegenetrete – ohne jedoch zugleich einzugestehen, dass er die ihm zur Last gelegte Tat begangen habe (da-

---

<sup>18</sup> U.S. Supreme Court, *Machibroda v. U.S.*, 368 U.S., 487 (1962).

<sup>19</sup> U.S. Supreme Court, *U.S. v. Jackson*, 390 U.S. 570 (1968).

---

<sup>20</sup> U.S. Supreme Court, *U.S. v. Brady*, 397 U.S., 742 (1970).

<sup>21</sup> U.S. Supreme Court, *North Carolina v. Alford*, 400 U.S., 25 (1970).

bei handelt es sich um das sog. plea of nolo contendere).<sup>22</sup> Der Supreme Court hielt an seiner vorherigen Rechtsprechung fest, wonach die Angst vor der Todesstrafe für sich allein nicht ausreiche, um die Freiwilligkeit des guilty plea in Frage zu stellen, solange der Angeklagte sich frei und vernünftig für eine der verschiedenen zur Verfügung stehenden Verhaltensalternativen entschlief. Dies gelte umso mehr, wenn der Angeklagte dem Rat seines Strafverteidigers folge. Der Supreme Court erläuterte ferner, dass das plea of nolo contendere nicht nur freiwillig und vernünftig sein soll, sondern darüber hinaus auf einer „starken Tatsachengrundlage“ („strong factual basis“) basieren muss. Soweit im vorliegenden Fall die gegen den Angeklagten vorhandenen Beweismittel den Anklagevorwurf wegen Mordes ausreichend stützten, war es dem Gericht gestattet, die Vernünftigkeit der Entscheidung von Alford, die Anklage nicht mehr zu bestreiten, anzunehmen. Nach der Mindermeinung von Justice Brennan habe Alford das plea of nolo contendere insoweit nicht freiwillig abgegeben, als seine Einlassung durch die Angst vor der drohenden Todesstrafe ausgelöst worden sei.<sup>23</sup>

Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung Bordenkircher v. Hayes aus dem Jahre 1978.<sup>24</sup> Folgender Sachverhalt lag zugrunde: Der Angeklagte Hayes rügte, dass der Staatsanwalt die due process clause missachtet habe, soweit er im Rahmen der Verhandlungen (plea bargaining) bezüglich der schon erhobenen Anklage wegen Fälschung eines Schecks in Höhe von \$ 88,30 ( für diese Tat ist eine Freiheitsstrafe von zwei bis zehn Jahren gesetzlich vorgesehen) dem Angeklagten für den Fall eines guilty plea eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren angeboten habe mit der gleichzeitigen Drohung, dass er ansonsten unter Hinweis auf zwei Vorstrafen die Verurteilung des Angeklagten mit dem strafscharfenden Umstand der Rückfälligkeit beantragen würde. Nachdem der Angeklagte nicht bereit war, sich für schuldig zu bekennen, verurteilte das Tatgericht – entsprechend dem Vorschlag des Staatsanwalts – den Angeklagten im ersten Rechtszug als rückfällig zu lebenslanger Freiheitsstrafe. Das Berufungsgericht nahm im Gegensatz dazu an, dass die Vorgehensweise der Staatsanwaltschaft rachsüchtig (vindictive) gewesen sei, weil die Eröffnung des Hauptverfahrens wegen einer schwereren Tat von dem Begehren der Behörden, das guilty plea zu erzwingen, getragen worden sei. Der Supreme Court hat mit knapper Mehrheit (5:4) entschieden, dass die Sanktionsschere zwischen fünfjähriger und lebenslanger Freiheitsstrafe den due process-Grundsatz keineswegs verletze im Hinblick darauf, dass das plea bargaining von einer Austauschbeziehung („give and take“) zwischen dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft geprägt sei, die auf eine beiderseitig vorteilhafte Vereinbarung hinauslaufe. Die starke Mindermeinung verweist dagegen darauf, dass der Staatsanwalt unter Berufung auf die Rückfälligkeitsvorschriften eine unange-

messene lebenslange Freiheitsstrafe in Aussicht gestellt habe, um die Ausübung des Rechts des Angeklagten auf ein Jury Trial abzuwenden.<sup>25</sup>

## 2. Deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung

Der Regelung der Verständigung durch das „Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren“ vom 29.7.2009 gingen in Deutschland seit den 70er Jahren Urteilsabsprachen ohne Rechtsgrundlage voraus. Es war mithin Aufgabe der Rechtsprechung, die Mindeststandards aufzustellen, welche die Absprachepaxis erfüllen müsse, um als rechtstaatlich zulässig anerkannt zu werden. Bezüglich der hier zu behandelnden Problematik der Freiwilligkeit bei der Geständnisabgabe sind die folgenden höchstrichterliche Entscheidungen erwähnenswert:

Der Kammerbeschluss des BVerfG vom 27.1.1987 weist darauf hin, dass die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung des Angeklagten nicht entgegen der Bestimmung des § 136a StPO beeinträchtigt werden darf; soweit im konkretem Fall die Initiative zur Verständigung vom Angeklagten und nicht von der Justizbehörde ausging, liegt kein Verstoß gegen §136a StPO vor, weil der Angeklagte „uneingeschränkter Herr seiner Entschlüsse gewesen sei“.<sup>26</sup> Ausführlichere Leitlinien enthält die nachfolgende Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195, die unter Bezug auf § 136a StPO besagt, dass der Angeklagte nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechung eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zur Abgabe eines Geständnisses gedrängt werden soll.<sup>27</sup> Auch die nächste Entscheidung des *Großen Senats* in BGHSt 50, 40 sieht in der Androhung einer überhöhten Strafe eine unzulässige Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit und stellt ferner klar, dass die Differenz zwischen der absprachegemäßen und der beim normalen Verfahren zu erwartenden Strafe (Sanktionsschere) den Angeklagten inakzeptablem Druck aussetze; dies gelte nicht nur, wenn die in Aussicht gestellte Sanktion beim Ausbleiben der Absprache das vertretbare Maß überschreite, sondern auch, wenn der Strafnachlass unterhalb der Grenze der schuldangemessenen Bestrafung liege.<sup>28</sup> Abschließend ist von besonderer Bedeutung die Entscheidung des BVerfG vom 19.3.2013<sup>29</sup>, die nunmehr die gesetzliche Regelung des § 257c StPO auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen hatte. Das BVerfG stellt fest, dass der Angeklagte sich wegen der Aussicht eines Strafabatts in einer besonderen Anreiz- und Verlockungssituation befinde, die die Selbstbelastungsfreiheit gefährde (Rn. 112). Vor diesem Hintergrund gewährleiste die in § 136a Abs. 5 StPO vorgesehene Belehrung über die Bindungswirkung und die Folgen des Scheiterns der Verständigung, dass der Angeklagte autonom entscheide, sich auf eine Verständigung einzulassen (Rn. 112, 126). Zudem sei die Selbstbelastungsfreiheit auch dann be-

<sup>22</sup> Dazu *Trüg*, ZStW 120 (2008), 331 (359); *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (764).

<sup>23</sup> U.S. Supreme Court, *North Carolina v. Alford*, 400 U.S., 25, 31 (1970)

<sup>24</sup> U.S. Supreme Court, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S., 357 (1978).

<sup>25</sup> U.S. Supreme Court, *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S., 357, 364 (1978).

<sup>26</sup> BVerfG NJW 1987, 2662 (2663).

<sup>27</sup> BGHSt 43, 195 (204).

<sup>28</sup> BGHSt 50, 40 (50).

<sup>29</sup> BVerfG NJW 2013, 1058.

troffen, wenn dem Angeklagten eine geständnisbedingte Strafmilderung in Aussicht gestellt werde, die den Boden schuldangemessenen Strafers verlasse, denn in diesem Fall gehe es um ein gesetzlich nicht vorgesehenes Vorteilsversprechen i.S.v. § 136a StPO (Rn. 113).

### 3. Kritische Stellungnahmen im Schrifttum

Wie soeben dargestellt, begnügt sich der U.S. Supreme Court für die Freiwilligkeit des guilty plea bzw. des Geständnisses damit, dass der Angeklagte die Wahl zwischen Eingeständnis und Bestreiten des Tatvorwurfs behält und über die Umstände und die Folgen der Verständigung in Kenntnis gesetzt wird. Ähnlich verfährt die deutsche höchstrichterliche Judikatur.

Der überwiegende Teil des Schrifttums meldet gravierende Bedenken gegen diesen Ansatzpunkt an und überprüft die Absprachepraxis sorgfältiger auf ihre Vereinbarkeit mit dem nemo tenetur-Grundsatz, wobei besonders danach gefragt wird, ob der Angeklagte durch die verlockende Aussicht auf eine günstige Strafbehandlung dazu gedrängt wird, seine Schuld einzugestehen. In den Vereinigten Staaten unterliegt die plea bargaining-Praxis einer darüber hinausgehenden Verfassungsmäßigkeitsprüfung im Hinblick auf die „Lehre von den verfassungswidrigen Bedingungen“, aus der der Schluss gezogen wird, dass die Gewährung von Vorteilen (Strafrabatt) den Angeklagten unverhältnismäßig zur Preisgabe seiner mit dem Jury Trial einhergehenden strafprozessualen Rechte verleite.<sup>30</sup>

Kaum zu bezweifeln ist, dass die Umstände, die das Absprachenterrain prägen (zu nennen sind das Ungleichgewicht der Verhandlungsteilnehmer wie auch die Angst des Angeklagten vor dem Ausgang des Verfahrens), erhebliches Druckpotenzial schaffen, was umso mehr gilt, wenn die Justizorgane die Verhandlungsinitiative ergreifen.<sup>31</sup> Aber der stärkste Einfluss auf die Aussagefreiheit des Angeklagten resultiert aus der sog. „Sanktionsschere“, die als Triebkraft der Urteilsabsprachen fungiert. Darunter versteht man den Strafmaßunterschied zwischen der für den Fall der Geständnisabgabe zugesagten mildereren Strafe und der für den Fall des Beharrens auf der Durchführung des regulären Verfahrens in Kauf genommenen höheren Bestrafung; je weiter die „Sanktionsschere“ geöffnet wird, desto verlockender erscheint der Verständigungsweg. Vor diesem Hintergrund verweist ein erheblicher Teil der Literatur eindringlich darauf, dass der Angeklagte durch den Einsatz der Sanktionsschere veranlasst wird, den Tatvorwurf einzugestehen, sei es, um sich den vorgeschlagenen Strafrabatt nicht entgehen zu lassen, sei es um die in Betracht kommende härtere Bestra-

<sup>30</sup> McCoy/Mirra, Stanford Law Review 32 (1980), 887 (905). Vgl. auch H. Jung, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 1997, 112 (120). In Anlehnung an diese Lehre hat der U.S. Supreme Court vereinzelt in der schon dargelegten Entscheidung United States vs. Jackson, 390 U.S., 570 (1968), die Freiwilligkeit des abgegebenen guilty plea verneint.

<sup>31</sup> Jahnke, Verständigung und Absprachen im Strafverfahren, 1995, 158; Rönnau (Fn. 1), S. 185.

fung zu vermeiden.<sup>32</sup> Auf der Basis dieser Erwägungen wird der Schluss gezogen, dass der abgesprochenen Verfahrenserledigung eine systemimmanente Zwangswirkung zur Geständnisablegung und zum Verzicht auf das weitere Bestreiten des Tatvorwurfs innewohnt (Geständnisdruck).<sup>33</sup> Von dieser Grundeinstellung leitet sich der eher extreme Standpunkt von Langbein ab, wonach die plea bargaining-Praxis hinsichtlich ihrer Zwangswirkung mit der Folter vergleichbar sei.<sup>34</sup>

Erwähnenswert in diesem Zusammenhang ist der Ansatz von Kipnis, der versucht hat, die im Zuge des plea bargaining vorgeschlagene Strafmilderung den klassischen Zwangsmitteln (z.B. Gewalt, Drohung) gleichzusetzen.<sup>35</sup> Lehrreich ist dabei der Vergleich des Staatsanwaltes mit dem bewaffneten Räuber (Gunman), der das Opfer durch den Satz „your money or your life“ zur Herausgabe einer Geldsumme zwingt. Kipnis meint, dass der Staatsanwalt und der Räuber sich insofern ähnlich verhalten, als beide gleichermaßen ihren Adressaten vor die „schwierige Wahl“ stellen, entweder einen ganz sicheren geringeren Verlust hinzunehmen oder einen unsicheren größeren Nachteil zu erleiden. Je niedriger, so Kipnis, der sichere Nachteil ausfalle und je wahrscheinlicher der Eintritt des größeren Übels erscheine, desto vernünftiger erscheine es, die Entscheidung für die erste Alternative zu treffen.<sup>36</sup> Kipnis gesteht jedoch ein, dass nicht alle Angebote, die eine „schwierige Wahl“ aufstellen in dem Sinne, dass sie verständlicherweise nicht abgelehnt werden können, unbedingt eine Zwangswirkung entfalten; dies zeige sich am Beispiel des Arztes, der zur Übergabe lebensrettender Medikamente an den Kranken nur gegen Bezahlung einer übertriebenen Geldsumme bereit ist. Kipnis nimmt an, dass die Vorschläge des Staatsanwaltes beim plea bargaining mit der Drohung des Räubers und nicht mit dem Verhalten des Arztes vergleichbar seien; begründet wird dieser Schluss damit, dass der Arzt nicht auf den Willen des Patienten einwirke, indem er keine Verantwortlichkeit für die Krankheit trage, während der Staatsanwalt – genauso wie der Räuber – beide Alternativen (niedrige und härtere Strafe), die das Dilemma des Angeklagten ausmachen, angelegt habe.<sup>37</sup>

<sup>32</sup> Langbein, University of Chicago Law Review 46 (1978), 3 (12); Wright, University of Pennsylvania Law Review 2005, 79 (93); Wertheimer, Philosophy & Public Affairs 1979, 203 (207); Weigend, JZ 1990, 774 (778); Malek, StraFo 2005, 441; Kotsoglou, ZIS 2015, 179.

<sup>33</sup> In diesem Sinne Dencker, JZ 1973, 149; Rönnau (Fn. 1), S. 184; Ransiek, ZIS 2008, 116 (119); Schünemann, ZRP 2009, 104 (106).

<sup>34</sup> Langbein, University of Chicago Law Review 46 (1978), 3.

<sup>35</sup> Kipnis, Ethics 86 (1976), 93.

<sup>36</sup> Kipnis, Ethics 86 (1976), 93 (98 f.).

<sup>37</sup> Kipnis, Ethics 86 (1976), 93 (100). Um mögliche Einwände vorwegzunehmen, stellt der Verf. klar, dass es verfehlt wäre anzunehmen, das Dilemma des Angeklagten auf sein Fehlverhalten (und nicht auf den Vorschlag des Staatsanwaltes) zurückzuführen, denn eine solche Überlegung würde gegen die Unschuldsummutung verstoßen.

4. Bisherige Erkenntnisse

Die bisherige Darstellung lässt erkennen, dass die Art und Weise, wie die Rechtsprechung mit der Problematik des freiwilligen guilty plea umgeht, auf dem Ansatzpunkt beruht, dass dem plea bargaining-Verfahren keine systemimmanente Zwangswirkung zukommt. Sowohl der U.S. Supreme Court als auch die deutsche höchstrichterliche Judikatur gehen nämlich davon aus, dass der Selbstbelastungsfreiheit genüge getan werde, wenn der Angeklagte, der sich auf einen Deal einlasse, sich der Umstände und der wahrscheinlichen Konsequenzen des plea bargaining bewusst sei und das guilty plea nicht aus Gewalt, Drohung oder unlauteren Versprechungen (andere als die mit dem Deal zusammenhängenden) resultiere.<sup>38</sup> Nach diesem Maßstab hängt die Freiwilligkeit praktisch lediglich davon ab, ob dem Angeklagten ein gewisser Spielraum zugestanden wird, zwischen der herkömmlichen Verfahrensweise und der geständnisbedingten konsensualen Verfahrenserledigung zu wählen und die Vor- und Nachteile einer geständigen Einlassung vernünftig gegeneinander abzuwägen. Im Gegensatz dazu weist die überwiegende Meinung im Schrifttum darauf hin, dass das Verständigungsverfahren derart durchgeführt werde, dass der Angeklagte einem nicht unerheblichen Druck ausgesetzt sei, der ihn zum Geständnis dränge. Es gilt im Folgenden zu untersuchen, welcher Seite Recht zu geben sei.

**IV. Die vielfältigen Einflüsse von Verständigungsvorschlägen auf die Aussagefreiheit**

1. Die grundlegende Unterscheidung zwischen Drohung und Angebot

a) Die „Grundlinie“

Der von Kipnis vorgenommene Vergleich des plea bargaining-Verfahrens mit zwei entgegengesetzten anderen Fallkonstellationen (Räuber – Arzt) bringt die Problematik der Freiwilligkeit des guilty plea auf den Punkt und wirft die Frage auf, ob die im Rahmen des plea bargaining geäußerten Vorschläge der Justizorgane dem Verhalten des Räubers oder der Vorgehensweise des Arztes ähneln.

Der Räuber-Fall stellt eine klare nötige Drohungssituation dar, die sich auf den ersten Blick vom Arzt-Fall dahingehend unterscheiden lässt, dass der Räuber rechtswidrig mit einem Übel droht, während der Arzt dem Adressaten ein Angebot macht. Die Gegenüberstellung beider Fälle deutet auf die in der Moralphilosophie wohl gefestigte Annahme hin, dass nur von Drohungen, nie aber von Angeboten eine Zwangswirkung ausgehen kann.<sup>39</sup> Dies wird damit begründet, dass im Gegensatz zu Drohungen Angebote Vorteile mit sich bringen und somit den Freiheitsraum des Adressaten erweitern.<sup>40</sup>

Die Trennung zwischen Drohung und Angebot erweist sich indes schwieriger, als es auf den ersten Blick erscheint.

Am Beispiel des Arztes wird ersichtlich, dass dasselbe Verhalten je nach Blickwinkel von Drohung zu Angebot (und umgekehrt) umschwenken könnte. Geht man nämlich davon aus, dass der Arzt schlicht eine Therapiemöglichkeit vorschlägt, deren Annahme oder Verweigerung ins freie Ermessen des Patienten gestellt wird, scheidet eine Zwangssituation aus. Unterstellt man hingegen, dass der Arzt die Zurückweisung seines Vorschlags mit einem Übel (Lebensverlust) verbindet, kann man in dieser Vorgehensweise ein Drohungsmoment erblicken. Da es aber unzutraglich wäre, die Unterscheidung zwischen „Angebot“ und „Drohung“ der zufälligen Leseart eines Verhaltens zu überlassen, ist es erforderlich, handfeste Kriterien für die trennscharfe Abgrenzung der genannten Fallgruppen aufzustellen.

Es kann als allgemein gesicherte Erkenntnis angesehen werden, dass eine sachgerechte und zuverlässige Unterscheidung zwischen „Drohung“ und „Angebot“ anhand der sog. „Grundlinie“ („baseline“) getroffen werden soll. *Nozick* bestimmt die „Grundlinie“ in seiner bahnbrechenden Analyse als „den zu erwartenden Geschehensablauf“; demgemäß lassen sich Vorschläge, die den zu erwartenden Geschehensablauf verbessern, als Angebote erfassen, die den Adressaten niemals in eine Zwangslage versetzen können; kommt hingegen eine Verschlechterung des zu erwartenden Geschehensablaufs in Betracht, wird in die Entschließungsfreiheit eingegriffen.<sup>41</sup> Grundlinien können entweder prädiaktiv oder normativ bestimmt werden.<sup>42</sup> Die prädiaktive Leseart nimmt den normalerweise zu erwartenden Gang der Ereignisse vorweg, während der normativen Grundlinie die rechtmäßigen Erwartungen des Adressaten zugrunde gelegt werden.<sup>43</sup>

Prädiaktive und normative Grundlinien können zwar zusammenfallen, sind aber keineswegs immer identisch. Im Räuber-Fall laufen alle denkbaren Grundlinien (prädiaktiv, normativ) gleichermaßen darauf hinaus, dass die Geldherausgabe zwangsweise durchgesetzt wird. Denn zum einen soll das Opfer erfahrungsgemäß nicht mit einer abgenötigten Vermögensverfügung rechnen (prädiaktive Grundlinie) und zum anderen hat es einen rechtlichen Anspruch darauf, sowohl sein Leben als auch sein Vermögen zugleich unversehrt beizubehalten (normative Grundlinie).<sup>44</sup> Die zwei Arten von Grundlinien führen jedoch zu abweichenden Ergebnissen in Fallkonstellationen, in denen die normativen Erwartungen über die faktischen hinausgehen.<sup>45</sup> Dies genau kann bei Ur-

<sup>41</sup> *Nozick* (Fn. 39), S. 23 ff.

<sup>42</sup> *Berman*, *Georgetown Law Journal* 90 (2000), 13 (16).

<sup>43</sup> *Feinberg*, *Harm to Self* (1986), 219; *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (217).

<sup>44</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (235).

<sup>45</sup> Dies lässt sich mithilfe folgenden Beispiels (entlehnt von *Nozick* [Fn. 39], 27) veranschaulichen: Der Vorschlag des Herren, der alltäglich seinen Sklaven schlägt, auf weitere Schläge unter der Voraussetzung zu verzichten, dass der Sklave am Ruhetag arbeitet, stellt an der Prognosegrundlinie gemessen ein Angebot dar, soweit der Sklave auch ohne den Vorschlag geschlagen würde. Aufgrund der normativen Grundlinie dagegen kommt eine Drohung zustande, denn der Sklave hat ein Recht darauf, nicht geprügelt zu werden.

<sup>38</sup> *Trüg*, *ZStW* 120 (2008), 331 (358).

<sup>39</sup> Siehe insbesondere *Nozick*, in: *Morgenbesser/Suppes/White* (Hrsg.), *Philosophy, Science and Method, Essays in Honor of Ernest Nagel*, 1969, 447.

<sup>40</sup> *Wertheimer*, *Princeton University Press* (1987), 136, 204.

teilsabsprachen der Fall sein, wie im Folgenden gezeigt werden wird.

Der normativen Grundlinie ist der Vorzug einzuräumen, insbesondere in Fällen (wie der hier zu besprechenden Freiwilligkeit der Geständnisablegung), in denen die Annahme einer Zwangslage mit rechtlichen Konsequenzen verbunden ist. Mit der normativen Grundlinie bieten sich als Maßstab nur diejenigen zu erwartenden Situationen an, auf welche der Adressat einen rechtlichen Anspruch hat.<sup>46</sup> Aufgrund der normativen Sichtweise kommt man zum Schluss, dass die Bereitschaft des Arztes, nur gegen Entgelt seine Dienste zu erbringen, ein Angebot (und keine Drohung) darstellt, weil der Patient keinen rechtlichen Anspruch darauf hat, kostenlos behandelt zu werden.

### b) Zwangswirkende Angebote

Es gilt als nächstes zu untersuchen, inwieweit von Angeboten ausnahmsweise eine der Androhung entsprechende willensbeeinträchtigende Wirkung ausgehen kann. Dem Ansatz von *Nozick*, wonach Angebote nie in die Willensfreiheit eingreifen, ist nicht vorbehaltlos zuzustimmen.

Die Unterscheidung zwischen „Angebot“ und „Drohung“ klingt – trotz ihrer inhaltlichen Richtigkeit – schematisch und vermag den vielgestaltigen Einflüssen von Angeboten auf den Willen des Empfängers nicht genügend Rechnung tragen. Es würde zu kurz greifen, definitorisch Angeboten bzw. Anreizen jede Zwangswirkung abzusprechen, und zwar im Hinblick darauf, dass bestimmte Angebote geeignet sind, auf den Willensentschluss einzuwirken, insbesondere wenn sie derart verlockend sind, dass sie schwerlich abgelehnt werden könnten. Je verlockender das Angebot, desto umfangreicher ist die Beeinflussung der Willensrichtung.<sup>47</sup> An dieser Stelle sei an die Rechtsprechung des U.S. Supreme Court erinnert, die bei der Behandlung der Freiwilligkeit des guilty plea Androhungen und Versprechungen gleichermaßen für geeignet hält, das Aussageverhalten des Angeklagten zu beeinflussen.<sup>48</sup> § 136a StPO misst ebenfalls nicht nur den Androhungen, sondern auch den Versprechungen eine potentiell freiwilligkeitsausschließende Wirkung bei.

Die Zwangstauglichkeit von Angeboten lässt sich auf den Begriff der sog. sozialen Freiheit stützen. Im Gegensatz zur psychologischen Freiheit, die lediglich auf die psychischen Auswirkungen einer Zwangslage abstellt,<sup>49</sup> hängt die soziale Freiheit mit Eingriffen in die Umstände, die eine Wahlsituation bestimmen, zusammen.<sup>50</sup> Die soziale Freiheit lässt sich als eine Beziehung mit drei Parametern beschreiben: X ist frei von Y (Einschränkung), Z (Zweck) zu tun.<sup>51</sup> Zweck und Einschränkung müssen in einem sachgerechten und angemessenen Verhältnis stehen, das jedoch in sozialer Hinsicht dann gestört wird, wenn durch geschickte Eingriffe in die Wahlsi-

tuation der Verhaltensspielraum erheblich eingeschränkt wird.

Inwieweit ein Angebot die Wahl zwischen mehreren Alternativen erleichtert oder erschwert, lässt sich erneut mit Bezug auf die normative Grundlinie, die der normalerweise zu erwartenden Wahlsituation entspricht, zuverlässig beurteilen.<sup>52</sup> Werden nämlich durch den Einsatz eines verlockenden Angebotes die äußeren Umstände, welche die normale Wahlsituation ausmachen, dahingehend modifiziert, dass der Adressat davon abgehalten wird, etwas zu tun, was unter normalen Umständen (d.h. ohne den Anreiz) vorzugswürdig wäre oder umgekehrt zur Vornahme einer Handlung veranlasst wird, die weniger erwünscht erscheint als eine andere, die normalerweise denselben Zweck erreichen würde, wird auf die Entscheidungsfreiheit eingewirkt.<sup>53</sup> Die auf die zu erwartende Wahlsituation angelegte Grundlinie bedarf einer Normativierung dahingehend, dass sich als Maßstab nur diejenigen Wahlsituationen anbieten, auf deren Beibehaltung der Adressat einen rechtlichen Anspruch hat.<sup>54</sup>

### 2. Die maßgebliche Bezugspunkte der „Grundlinie“ bei der Urteilsabsprache

Das Kernstück eines jeden abgesprochenen Strafverfahrens liegt darin, dass als Gegenzug für das Geständnis eine Strafe zugesichert wird, die niedriger ausfällt als diejenige, die beim regulären streitigen Strafverfahren zu verhängen wäre. Es ist nun zu überprüfen, ob durch diesen Strafmaßunterschied dem Geständigen eine Strafmilderung angeboten wird oder ob dem Nicht-Geständigen mit einer überhöhten Strafe gedroht wird. Die Antwort auf diese Frage hängt entscheidend davon ab, wie die anzuwendende Grundlinie bei den Urteilsabsprachen erfasst werden soll. Grundsätzlich leuchtet es ein, die maßgeblichen Bezugspunkte der Grundlinie zeitlich vor und nach dem Verständigungsvorschlag anzulegen. Rechnet beispielsweise der Angeklagte noch vor der Verständigung mit der Möglichkeit einer erheblich höheren Strafe bei Durchführung des normalen Strafverfahrens, verbessert die seitens der Justizorgane in Aussicht gestellte Strafmilderung die vorherige Lage und somit liegt ein Angebot und keine Drohung vor.

Zu einem entgegengesetzten Ergebnis gelangt dennoch *Kipnis*, der den Bezugspunkt der Grundlinie auf die Lage des Angeklagten nicht vor der Verständigung, sondern vor der Anklageerhebung zurückversetzt und daraus den Schluss zieht, dass der vorgeschlagene Strafabatt sich zu einer Drohung wandelt, solange die Inaussichtstellung der (wenn auch verringerten) Strafe die vor Beginn des Strafverfahrens liegende Situation, in der keine Strafverhängung in Betracht

<sup>46</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (540).

<sup>47</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (530).

<sup>48</sup> U.S. Supreme Court, *Machibroda v. U.S.*, 368 US, 493, 497 (1962).

<sup>49</sup> *Wertheimer*, Philosophy & Public Affairs 1979, 203 (209).

<sup>50</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (531, 537).

<sup>51</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (531).

<sup>52</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (534), der eine Differenzierung zwischen reinen bzw. einfachen und zwanghaften Angeboten vornimmt. Während Erstere die Wahlmöglichkeiten ausweiten und infolgedessen die Wahlsituation verbessern, sind Letztere dadurch gekennzeichnet, dass aufgrund der durchgesetzten Einschränkung die Reichweite der Optionen eingengt wird.

<sup>53</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (538).

<sup>54</sup> *Brunk*, Law & Society Review 13 (1979), 527 (540).

kam, verschlechtert. *Kipnis* zieht für die Verlagerung der Grundlinie in das Vorfeld des Strafverfahrens unterstützend die Unschuldsvermutung heran.<sup>55</sup> Gegen diese Annahme spricht jedoch der Gesichtspunkt, dass die Unschuldsvermutung erst nach Einleitung des Strafverfahrens eingreift und den Einzelnen davor bewahrt, als schuldig behandelt zu werden, bevor das Gericht von der Tatbegehung überzeugt ist. Würde die Unschuldsvermutung so weit gehen, wie *Kipnis* meint, könnte man kaum die Eröffnung der Hauptverhandlung rechtfertigen.<sup>56</sup> Die besseren Gründe sprechen daher für die Festlegung der maßgeblichen Bezugspunkte der Grundlinie innerhalb des Strafverfahrens, nämlich auf die vor und nach den Verhandlungen liegenden Situationen.

### 3. Die Verständigungsvorschläge als „Angebote“ bzw. „Drohungen“

Die Bewertung der im Rahmen einer Verständigung seitens der Justizorgane angegebenen Vorschläge als „Drohungen“ bzw. als „Angebote“ hängt entscheidend davon ab, inwieweit dadurch die vor der Verständigung liegende Lage unter gleichzeitiger Berücksichtigung der rechtmäßigen Erwartungen des Angeklagten verbessert oder verschlechtert wird. Legt man diesen normativen Maßstab zugrunde, ergibt sich Folgendes:

#### a) „Angebotene“ Strafsenkung?

Die geständnisbedingt mitgeteilte Strafabstufung stellt im Ansatz ein Angebot und keine Drohung dar, soweit dadurch dem Angeklagten eine günstigere Behandlung im Vergleich zu der erwartungsgemäß härteren Bestrafung beim Bestreiten des Tatvorwurfs in Aussicht gestellt wird.<sup>57</sup> Es versteht sich aber von selbst, dass eine Verbesserung der zu erwartenden Lage nur dann in Betracht kommt, wenn eine Verurteilung naheliegt. Die Inaussichtstellung einer verminderten Strafe wandelt sich ganz im Gegenteil zu einer unzulässigen Androhung in Fällen, bei denen der Angeklagte hätte freigesprochen werden müssen, entweder weil er tatsächlich unschuldig ist, oder weil angesichts der unzureichenden Beweislage die Aussicht auf eine Verurteilung nicht naheliegt. Denn in solchen Fällen läuft der vorgeschlagene Strafabatt der rechtlich gesicherten Erwartung des Angeklagten, im Zuge des streitigen Strafverfahrens seinen Freispruch anzustreben, zuwider.

Ein möglicher Einwand gegen diesen Lösungsansatz geht dahin, dass ein Vergleich mit einer rein hypothetischen höheren Sanktion insoweit vorgenommen wird, als es keine bestimmte Normalstrafe gibt, an der sich die Grundlinie ausrichten ließe.<sup>58</sup> Dabei ist zwar richtig, dass aufgrund der gel-

tenden „Spielraumtheorie“ die schuldangemessene Strafe keine feste Strafgröße (Punktstrafe) darstellt, sondern innerhalb eines engeren Strafrahmens auf der Grundlage der individuellen Schuld und der Strafzwecke zuzumessen ist.<sup>59</sup> Dies ändert aber nichts daran, dass den Urteilsabsprachen strukturell eine Absenkung des zu erwartenden Strafmaßes zugrunde liegt. Entscheidend für die vorliegende Problematik ist vielmehr, dass der zu erwartende Geschehensablauf unvermeidlich hypothetische und auf die Zukunft gerichtete Züge trägt, welche aber die grundlegende Differenzierung zwischen „Angebot“ und „Androhung“ nicht zu erschüttern vermögen.

#### b) „Angedrohte“ Straferhöhung?

Die Sanktionsschere erschöpft sich nicht in der Gewährung einer mildereren Strafe. Sie hat auch eine entgegengesetzte härtere Seite, die darin zu sehen ist, dass eine höhere Strafe in Aussicht gestellt wird, falls der Angeklagte nicht bereit ist, sich auf eine Verständigung einzulassen. Es stellt sich somit die Frage, ob die Aussicht auf eine strengere Bestrafung als Drohung qualifiziert werden kann mit der Folge, dass dadurch in die Willensentschlussfreiheit des Angeklagten eingegriffen wird.

Es wird teilweise vertreten, dass die Inaussichtstellung eines Strafnachlasses notwendigerweise die gleichzeitige implizite Androhung einer härteren Strafe gegen den Nicht-Geständigen enthält.<sup>60</sup> Dem steht entgegen, dass Angebote und Drohungen nicht immer die Kehrseiten derselben Medaille sind. Gemessen an der Grundlinie kann von einer „Drohung“ nur dann ausgegangen werden, wenn der normalerweise zu erwartende Geschehensablauf verschlechtert wird. Dass eine niedrigere Strafe für den Fall der Verständigung vorgeschlagen wird, bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Strafzuschlag, der gleichzeitig für den Fall der Nichtmitwirkung an der Verständigung in Betracht kommt, als nötige Drohung erfasst werden kann. Nur wenn die ins Auge gefasste höhere Strafe das beim normalen Strafverfahren zu erwartende Strafmaß übersteigt, läuft dieser Vorschlag auf eine „Androhung“ hinaus.<sup>61</sup> Darauf wird noch zurückzukommen sein.<sup>62</sup>

## V. Auf dem Weg zur Normativierung des Freiwilligkeitsbegriffs

### 1. Kritik an der psychologischen Betrachtungsweise

Eingangs wurde bereits die überwiegende Ansicht dargestellt, wonach der Strafmaßdifferenz (insbesondere wenn sie zu hoch ausfällt) eine innewohnende Zwangswirkung beigegeben werden soll. Nicht zu beanstanden ist, dass durch die

<sup>55</sup> *Kipnis*, *Ethics* 86 (1976), 93 (100).

<sup>56</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (223).

<sup>57</sup> Dies gilt nicht nur für den Strafabatt, sondern auch für andere Vorschläge, die die zu erwartende Situation verbessern. Ein Angebot stellt etwa die Zusage der Justizorgane dar, die Untersuchungshaft im Falle des Geständnisses aufzuheben.

<sup>58</sup> *Weigend*, *JZ* 1990, 774 (778), Fn. 57; *Tschwernika*, *Ab-sprachen im Strafprozess*, 1995, S. 134 f.

<sup>59</sup> Statt vieler *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 46 Rn. 20 m.w.N.

<sup>60</sup> *Weigend*, *JZ* 1990, 774 (778); *Rönnau* (Fn. 1), S. 196; *Jahnke* (Fn. 31), S. 169; *Weichbrod*, *Das Konsensprinzip strafprozessualer Absprachen*, 2006, S. 159.

<sup>61</sup> Dies gilt selbstverständlich umso mehr, wenn die Verhängung einer erhöhten Strafe gegen einen Unschuldigen in Aussicht gestellt wird.

<sup>62</sup> Unter V. 3. b).



Inaussichtstellung einer niedrigeren in Verbindung mit einer härteren Strafe (Sanktionsschere) auf den Angeklagten psychischer Druck ausgeübt wird, der geeignet ist, auf seine Einlassungsfreiheit einzuwirken. Aber selbst wenn man bei diesem rein psychologischen Verständnis des Freiwilligkeitspostulats bleibt, kann man schwerlich zum Schluss gelangen, dass die unter Druck getroffene Entscheidung des Angeklagten, sich selbst zu belasten, unfrei sei. Allein die Drucksituation, der der Angeklagte sich unterworfen fühlt, wenn ihm etwas angeboten wird, was schwerlich abgelehnt werden kann, ist allerdings kein hinreichender Grund für die Annahme, dass die Wahlmöglichkeiten verringert sind.<sup>63</sup> Es ist für die Bejahung einer unzulässigen Beeinträchtigung der Willensfreiheit nicht einmal ausreichend, dass der Angeklagte bei den Urteilsabsprachen vor die schwierige Wahl zwischen zwei unangenehmen Alternativen (zum einen der Verurteilung zu einer wenn auch verminderten Strafe und zum anderen der Durchführung des normalen Strafverfahrens mit unsicherem Ausgang) gestellt wird.<sup>64</sup> Vom psychologischen Standpunkt aus ist eine Entscheidung nur dann von jedem Einfluss frei, wenn aus ihr kein Nachteil zu erwarten ist.<sup>65</sup> Auf die psychologische Freiheit des Willensentschlusses soll es im Strafverfahren nicht entscheidend ankommen, was damit begründet wird, dass der Angeklagte sich vielfältigen Belastungen (hauptsächlich der drohenden Verurteilung) gegenübergestellt sieht, die sein Prozessverhalten unvermeidlich beeinflussen.<sup>66</sup> Bei genauerem Hinsehen lässt sich behaupten, dass der Druck, der die Wahl zwischen mehreren Übeln erzeugt, als Ausfluss der Autonomie des Angeklagten hingenommen werden soll.<sup>67</sup> Ansonsten dürfte man zahlreiche Vereinbarungen, die alltäglich unter finanzieller oder sonstiger Not oder durch den Einsatz von Druckmitteln getroffen werden, für unfreiwillig halten.<sup>68</sup> Derart weitgehend kann die Willensfreiheit nicht aufgefasst werden, da sonst ein uferloser Raum erzwungener Entscheidungen entstünde.

Die rein psychologische Sichtweise versäumt darüber hinaus, die Intensität des auf den Angeklagten ausgeübten psychischen Drucks näher zu bestimmen. Dies wäre aber deswegen geboten, weil die psychische Einwirkung, die mit einem Verständigungsvorschlag ausgelöst wird, erst dann die von § 136a StPO geschützte Selbstbelastungsfreiheit tangiert, wenn sie die Grenze zum Zwang erreicht. Man könnte in dieser Richtung allenfalls erwägen, dass bei den Urteilsabsprachen der Angeklagte nicht den üblichen Einflüssen unterliegt, die stets im Zuge des laufenden Strafverfahrens entstehen, sondern vielmehr einem gesteigerten Druck ausgesetzt wird insofern, als er zu einer selbstbelastenden Einlassung

motiviert wird. Aber selbst wenn dies zuträfe, wäre es übertrieben anzunehmen, dass mit der Herausbildung von Anreizen, die auf die Geständnisablegung abzielen, ohne Weiteres gegen das *nemo tenetur*-Prinzip verstoßen wird. Denn die Willensfreiheit bleibt im Ansatz bestehen, solange dem Angeklagten eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei Alternativen (Geständnis gegen Strafabatt einerseits und Bestreiten des Tatvorwurfs andererseits) eröffnet wird.<sup>69</sup> Es läge wesentlich näher, von einer Zwangswirkung nur dann auszugehen, wenn die im Zuge der Urteilsabsprachen sich abzeichnenden Vor- und Nachteile des Geständnisses den Angeklagten in eine derart aussichtslose Lage versetzen, dass ihm keine andere vernünftige Wahl mehr übrig bleibt, als den Tatvorwurf einzugestehen.<sup>70</sup> Anders gewendet: Nur solche Verständigungsvorschläge, die das weitere Bestreiten des Tatvorwurfs sinnlos machen, sind geeignet, die Aussagefreiheit zu beeinflussen.

Die Frage, wann eine solche Aussichtslosigkeit vorliegt, lässt sich nur einzelfallbezogen beantworten und setzt eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände voraus. Zu beachten ist dabei, dass die in Aussicht gestellte Sanktionsschere nicht das einzige Druckmittel darstellt, das die getroffene Entscheidung, den Tatvorwurf einzugestehen, bestimmt. Bei den Urteilsabsprachen gibt es eine Vielzahl von anderen Faktoren, welche eine geständige Einlassung wenigstens mitbestimmen. Diese Faktoren sollten wir in der Diskussion weder außer Acht lassen noch geringschätzen. Stellt sich etwa heraus, dass es dem Angeklagten hauptsächlich darauf ankommt, den Unannehmlichkeiten und den psychischen oder finanziellen Belastungen eines sich in die Länge ziehenden Strafprozesses auszuweichen oder das Risiko einer sonst höheren Bestrafung zu vermeiden, dann ist die Entscheidung, die Tat einzugestehen, in psychologischer Hinsicht primär auf diese Vorstellungen und nicht auf den Verständigungsvorschlag zurückzuführen. In derartigen Fallkonstellationen kann ein erzwungenes Geständnis ebenso wenig angenommen werden wie bei einem nicht abgesprochenen Falschgeständnis, das etwa deswegen abgelegt wird, weil der Geständige den Tatverdacht von einem anderen abzulenken beabsichtigt.

Aber selbst wenn der Verständigungsvorschlag der einzige Faktor ist, auf den die ausweglose Lage des Angeklagten zurückzuführen ist, kann eine unzulässige Willensbeeinträchtigung – ungeachtet der Intensität des hervorgerufenen Drucks – nicht lediglich aufgrund des psychischen Zustandes des Angeklagten ohne Rückgriff auf die normative Dimension der Problematik beurteilt werden. Im Zuge der vorstehenden Ausführungen wurde bereits deutlich, dass die normative Grundlinie, anhand derer die Verständigungsvorschläge als „Angebote“ bzw. „Androhungen“ einzustufen sind, dazu verpflichtet, die rechtmäßigen Erwartungen des Angeklagten

<sup>63</sup> Weßlau, *Das Konsensprinzip im Strafverfahren, Leitidee für eine Gesamtreform?*, 2002, S. 232 f.

<sup>64</sup> So aber Kipnis, *Ethics* 86 (1976), 93 (100).

<sup>65</sup> Weßlau (Fn. 63), S. 232.

<sup>66</sup> Rönnau (Fn. 1), S. 183.

<sup>67</sup> Zutreffend Weßlau (Fn. 63), S. 233.

<sup>68</sup> Philips, *Law & Society Review* Vol. 16 (1981-1982), 207 (209 f.), beruft sich auf den Fall des Verkaufs eines Unternehmens, das kurz vor dem Zusammenbruch steht, zum halben Preis.

<sup>69</sup> Für ein ähnliches relativierendes Verständnis der Freiwilligkeit beim Täter-Opfer-Ausgleich siehe Saliger, *GA* 2005, 155 (168); Tzannetis, *ZIS* 2012, 132 (144).

<sup>70</sup> Jahnke (Fn. 31), S. 159; Rönnau (Fn. 1), S. 186; Siolek, *DRiZ* 1989, 327.

in die Bewertung einzubeziehen.<sup>71</sup> Der Angeklagte hat nämlich einen rechtlichen Anspruch darauf, dass der Absprachevorgang sich nicht nachteilig auf seine prozessrechtliche Stellung auswirkt. Dieser Anspruch wird aber erst dann vereitelt, wenn sich die Vorgehensweise der Justizorgane über die Grenze des prozessual Zulässigen hinwegsetzt.<sup>72</sup> Die Regelung des § 136a StPO weist unmissverständlich auf die Gesetzmäßigkeit der Vorgehensweise der Justizorgane hin, denn all die dort erwähnten Vernehmungsmethoden sind rechtswidrig.<sup>73</sup> Aufgrund des normativen Ansatzpunkts ist es geboten, bei der Beurteilung der Freiwilligkeit des abgesprochenen Geständnisses zu berücksichtigen, inwieweit die Verständigungsvorschläge an sich gesetzmäßig sind.<sup>74</sup> Es ist somit der jüngsten Rechtsprechung des U.S. Supreme Court im Ansatz beizupflichten, wenn sie nunmehr die Freiwilligkeit des guilty plea losgelöst von jedweder psychischen Einwirkung (selbst von solchen, die unüberwindbar scheinen, wie z.B. die Angst vor der Todesstrafe) bewertet.<sup>75</sup>

Nach alledem ergibt sich ein zweistufiges Prüfungsmodell, anhand dessen sich die Freiwilligkeit des abgesprochenen Geständnisses aus dem Zusammenspiel von psychologischen und normativen Gesichtspunkten bestimmen lässt: In psychologischer Hinsicht ist die Entscheidung des Angeklagten, sich selbst zu bezichtigen, nur dann unfrei, wenn das Bestreiten des Tatvorwurfs als sinnlos erscheint; in normativer Hinsicht dürfen die Verständigungsvorschläge kein prozessual unzulässiges Verhalten darstellen. Nach alledem ergibt sich, dass rechtmäßige Verständigungsvorschläge nicht als Zwangsauslöser zu bewerten sind, selbst wenn sie vernünftigerweise nicht abgelehnt werden dürfen oder einen erheblichen Druck erzeugen.

## 2. Normative Rahmenbedingungen bei Urteilsabsprachen

### a) Die generelle Zulässigkeit der Belohnung der Kooperation im Strafverfahren

Vor dem soeben skizzierten normativen Hintergrund taucht die allgemeinere Problematik auf, ob es dem Gesetzgeber überhaupt gestattet ist, durch Vorteile in Form der Sanktionsmilderung den Angeklagten zu einer Aussageerklärung bestimmten Inhalts zu veranlassen. Die h.M. spricht sich uneingeschränkt gegen die Gewährung von Vorteilen im

Gegenzug für eigenständige Aussagen aus.<sup>76</sup> Dagegen wird teilweise eingewandt, dass die Belohnung eines kooperativen Prozessverhaltens ausnahmsweise nur in bestimmten Kriminalitätsbereichen, die Beweisschwierigkeiten aufweisen, erlaubt ist, wie etwa bei den Kronzeugenregelungen im Rahmen von Betäubungsmitteldelikten.<sup>77</sup> Derartigen Regelungen lässt sich freilich entnehmen, dass es rechtsstaatlich statthaft ist, Vergünstigungen als Gegenleistung für Aussagen zu gewähren, die dem Interesse der Strafjustiz an der Sachverhaltsaufklärung dienlich sind.<sup>78</sup> Die Überwindung von Beweisschwierigkeiten stellt indes nicht den einzigen legitimen Grund für die Belohnung der Kooperation im Strafverfahren dar.<sup>79</sup> Die Überforderung der Strafjustiz und die Aufrechterhaltung der „Funktionstüchtigkeit“ der Strafrechtspflege rechtfertigen, ja gebieten sogar ebenso gut die Besserstellung des kooperierenden Angeklagten durch die Einführung abgekürzter konsensualer Strafverfahrensformen. Bricht das überforderte Strafsystem zusammen, wird die Strafrechtspflege insgesamt und nicht nur in bestimmten „beweisschwierigen“ Kriminalitätsbereichen versagen. Eine konsensorientierte Vereinfachung des Strafprozesses kann jedoch nur unter der unabdingbaren Bedingung unternommen werden, dass die tragenden Strukturelemente des Strafverfahrens unversehrt bleiben. Zum empfindlichen Kern des Strafverfahrens gehört unstreitig das Verbot der Selbstbezichtigung, auf welches bei der Überprüfung der Rechtsstaatlichkeit der Urteilsabsprachen besonderes Gewicht gelegt werden muss.

### b) Hinreichender Tatverdacht insbesondere als Schutzgewähr für Unschuldige

Zu den normativen Rahmenbedingungen, die die Verständigungspraxis einhegen, gehört vorrangig die selbstverständliche Verpflichtung der Justizbehörden, nur dann mit Verständigungsvorschlägen an den Angeklagten heranzutreten, wenn die Beweislage einen hinreichenden Tatverdacht begründet. Von dieser Grundvoraussetzung geht auch der U.S. Supreme Court aus, wenn er ausdrücklich das plea bargaining in Fällen untersagt, bei denen „der Staatsanwalt die Strafverfolgung bei unbegründeten Vorwürfen angedroht hat“.<sup>80</sup> Durch diese normative Einschränkung soll in besonderem Maße sichergestellt werden, dass Unschuldige sich nicht zu Unrecht belasten, um in den Genuss einer extremen Strafmilderung zu kommen und dem Risiko einer Fehlverurteilung zu einer erheblich höheren Strafe zu entgehen.<sup>81</sup> Die Erfahrungen aus der Praxis lehren, dass es nicht selten vorkommt, dass die großzügigsten guilty plea-Angebote Unschuldigen unterbrei-

<sup>71</sup> Ähnliche Bedenken lassen sich gegen die ältere (der Brady-Entscheidung vorausgehende) Rechtsprechung des U.S. Supreme Court vorbringen, welche die Freiwilligkeit des Geständigen unter rein psychologischen Gesichtspunkten beurteilte. Siehe dazu *Becker*, *Loyola of Los Angeles Law Review* 1988, 757 (781).

<sup>72</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (216).

<sup>73</sup> *Rogall*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung, GVG und EMRK*, Bd. 2, 4. Aufl. 2010, § 136a Rn. 67.

<sup>74</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (216); *Brunk*, *Law & Society Review* 13 (1979), 527 (552); *Philips*, *Law & Society Review* Vol. 16 (1981-1982), 207 (222); *Jahnke* (Fn. 31), S. 163.

<sup>75</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (220).

<sup>76</sup> *Diemer*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. 2013, § 136a Rn. 32; *Müller*, in: v. *Heintschel-Heinegg/Stöckel* (Hrsg.), *KMR, Kommentar zur Strafprozessordnung*, 78. Lfg., Stand: Dezember 2015, § 136a Rn. 15; *BVerfG* *NStZ* 1984, 82.

<sup>77</sup> *Weßlau* (Fn. 63), S. 246 f.

<sup>78</sup> *Jahnke* (Fn. 31), S. 172.

<sup>79</sup> So aber *Weßlau* (Fn. 63), S. 246.

<sup>80</sup> U.S. Supreme Court, *Brady vs. United States*, 397 U.S., 751 (1970).

<sup>81</sup> *Weigend* (Fn. 2), S. 69.

tet werden, was sich mit der geringeren Verurteilungswahrscheinlichkeit erklären lässt.<sup>82</sup>

Dem Risiko, dass ein Unschuldiger sich wahrheitswidrig für schuldig bekennt, lässt sich erfolgreich entgegenwirken, wenn für die Gültigkeit des guilty plea vorausgesetzt wird, dass aufgrund der Beweisaufnahme ein hinreichender Tatverdacht besteht. Stützt sich dagegen die Anklage auf unzureichende Beweise, ist der vorgeschlagene Strafrabatt in Wirklichkeit eine rechtswidrige Androhung im Gewande einer Vergünstigung, die auf die Geständniserzwingung ausgerichtet ist.<sup>83</sup> Dies gilt insbesondere für die in den USA weit verbreitete Praxis des „Overcharging“, wonach in die Anklageschrift Vorwürfe miteinbezogen werden, die weit über die tatsächlich begangenen Straftaten hinausgehen.<sup>84</sup> Schlägt der Staatsanwalt dem „overcharged“ Angeklagten vor, von einem Teil der erhobenen Anklagen abzusehen, so ist dies nur zum Schein eine Besserstellung;<sup>85</sup> in Wirklichkeit wird dem Angeklagten dabei eine künstlich hoch angesetzte Strafe angedroht, deren Nachlass keine Begünstigung, sondern eine Herabstufung auf das Normalmaß wäre.<sup>86</sup>

### c) Zuständigkeit und sachlicher Zusammenhang

Nur diejenigen Verständigungsvorschläge halten einer normativen Prüfung stand, welche sich in den Grenzen zulässiger Verfahrensweise bewegen. Um der Rechtssicherheit willen kommt es auf die objektive Rechtmäßigkeit des staatlichen Vorgehens an. Der entgegengesetzten Auffassung von *Seier*,<sup>87</sup> wonach es für die Unfreiwilligkeit des Geständnisses genüge, dass dem Angeklagten durch das Verhalten der Justizorgane der Eindruck des Rechtswidrigen vermittelt werde, ist entgegenzuhalten, dass durch diese Subjektivierung das normative Kriterium ausgehöhlt wird und die Beurteilung ungerechtfertigt von dem jeweiligen Empfängerhorizont abhängig wird.

In erster Linie rechtlich zu beanstanden sind solche Vorschläge, die deswegen nicht eingehalten werden können, weil sie nicht in den Entscheidungsbereich der an der Verständigung beteiligten Justizorgane fallen. Dies gilt etwa, wenn das Gericht Vergünstigungen im Bereich der Strafvollstreckung, für welche es keinerlei Zuständigkeit besitzt, verspricht.<sup>88</sup> In diesem Zusammenhang wird die Rechtmäßigkeit der Anordnung bzw. der Verlängerung der Untersuchungshaft erör-

tert.<sup>89</sup> Fehlen die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, drohen die Justizorgane dem Angeklagten mit einer rechtswidrigen Maßnahme, die normativ als Zwangsmittel zu betrachten ist. Bei Aufhebung der Untersuchungshaft gegen Geständnis sollte allerdings nach den Haftgründen differenziert werden; die Rechtmäßigkeit der in Aussicht gestellten Aufhebung des Haftbefehls ist etwa zu bejahen, wenn die Untersuchungshaft wegen Verdunkelungsgefahr angeordnet wurde, nicht aber, wenn sie auf der Fluchtgefahr beruht, denn das Schuldankerkennntnis kann im letzteren Fall nicht den Haftgrund ausräumen.<sup>90</sup>

Für die rechtliche Zulässigkeit des Verständigungsverfahrens wird darüber hinaus zu Recht gefordert, dass der Verständigungsvorschlag in einer Konnexität mit der abzulegenden Aussage steht (sog. „Koppelungsgebot“).<sup>91</sup> Das „Koppelungsgebot“ lässt sich dahingehend präzisieren, dass zwischen den Verständigungsvorschlägen und dem geforderten Prozessverhalten des Angeklagten ein innerer Zusammenhang bestehen muss.<sup>92</sup> Weisen Vorschlag und Leistung keine gemeinsamen Anknüpfungspunkte auf, dann liegen der Vorgehensweise der Justizorgane sachwidrige Erwägungen zugrunde mit der Folge, dass die in Aussicht gestellte Begünstigung als rechtswidrig bewertet werden sollte.<sup>93</sup>

Der notwendige funktionale Zusammenhang zwischen den Verständigungsvorschlägen und dem Geständnis liegt auch der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zugrunde, wenn für die Unfreiwilligkeit des guilty plea ein weiteres Bedrängnis (außer dem von der Sanktionsschere ausgehenden Druck) gefordert wird.<sup>94</sup> Erwähnenswert ist dabei die Entscheidung des U.S. Supreme Court *Garrity v. New Jersey*,<sup>95</sup> die eine unzulässige Einwirkung in der Inaussichtstellung der Entlassung aus dem Dienst bei Bestreiten des Tatvorwurfs erblickt hat. In ähnlicher Richtung bewegt sich auch der EGMR. Die Entscheidung *Deweere v. Belgium* vom 27.2.1980<sup>96</sup> nahm eine Verletzung der Unschuldsvermutung in einem Fall an, in dem der Beschwerdeführer nur deshalb zu einem Geständnis gegen Bezahlung eines Geldbetrags motiviert wurde, weil die Justizorgane ein unverhältnismä-

<sup>82</sup> *Weigend* (Fn. 2), S. 69.

<sup>83</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (229).

<sup>84</sup> Dazu *Rönnau* (Fn. 1), S. 274.

<sup>85</sup> Derartigen Zwangswirkungen wirken die „ABA Standards relating to the administration of criminal justice“ durch die Empfehlung (§ 14-3.1) entgegen, dass die Staatsanwaltschaft nur beim Vorhandensein hinreichender Beweise die Rücknahme einer schon erhobenen Anklage verweigern kann.

<sup>86</sup> *Heller*, *Das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, No big deal?*, 2012, S. 118; *Brunk*, *Law & Society Review* 13 (1979), 527 (547).

<sup>87</sup> *Seier*, *JZ* 1988, 683 (688); ihm folgend *Rönnau* (Fn. 1), S. 193; *Jahnke* (Fn. 31), S. 166.

<sup>88</sup> *Jahnke* (Fn. 31), S. 173; *Rönnau* (Fn. 1), S. 195; *Tschwer-nika* (Fn. 58), S. 133, 138; *Dahs*, *NStZ* 1988, 153 (157).

<sup>89</sup> *Heller* (Fn. 86), S. 117; *BGH StV* 2004, 636, mit Anm. *Eidam*, *StV* 2005, 201.

<sup>90</sup> *Seier*, *JZ* 1988, 683 (687).

<sup>91</sup> *Schünemann* (Fn. 5), S. 103 f.

<sup>92</sup> Von einer solchen Konnexität geht auch der BGH aus, wenn er verlangt, dass die Verständigung geeignet sein soll, anerkannten strafprozessualen Zwecken zu dienen, wie der Vermeidung einer langwierigen Beweisaufnahme oder der Beschleunigung des Strafverfahrens. Zu diesen Zwecken gehört jedoch nicht die Begleichung des aus der Tat herrührenden Schadens, siehe *BGH NStZ* 2004, 339 mit Anm. *Wieder*, *NStZ* 2004, 339.

<sup>93</sup> *Jahnke* (Fn. 31), S. 165; *Rönnau* (Fn. 1), S. 191.

<sup>94</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (220); *Philips*, *Law & Society Review* Vol. 16 (1981-1982), 207 (221).

<sup>95</sup> U.S. Supreme Court, *Garrity vs. New Jersey* 385, U.S. 493, 497 (1967).

<sup>96</sup> *EuGRZ* 81, 15.

ges Gewerbeausübungsverbot bis zur Aburteilung des Tatvorwurfs einbezogen hatten.<sup>97</sup>

### 3. Die Verständigungspraxis auf dem Prüfstein des § 136a StPO

#### a) Der Strafabschlag als „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“

Steht nach den vorliegenden Erkenntnissen fest, dass der Strafnachlass nur dann als Angebot anzusehen ist, wenn der Angeklagte keine Aussicht auf einen Freispruch hat, so schließt sich die Frage an, inwieweit dieser Verständigungsvorschlag am Maßstab des § 136a StPO als „Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils“ zu behandeln ist.

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Strafreduzierung, die als Belohnung für das Geständnis gewährt wird, könnten auf dem Boden der ursprünglich herrschenden „Indiztheorie“ entstehen, wonach das Geständnis nur dann strafmildernd berücksichtigt werden darf, wenn es von Reue und Schuld-einsicht getragen ist.<sup>98</sup> Das abgesprochene Geständnis genügt auf den ersten Blick diesen Voraussetzungen regelmäßig nicht, soweit es allein von prozesstaktischen und kalkulierten Erwägungen geprägt wird und keine Schlüsse auf die Schuld-einsicht des Geständigen zulässt.<sup>99</sup>

Die neuere Rechtsprechung hat jedoch in völliger Abkehr von der Indiztheorie angenommen, dass selbst ein nicht von Reue getragenes ausgehandeltes Geständnis als Beitrag zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und zur Genugtuung sowohl des Opfers als auch der Allgemeinheit angesehen werden kann.<sup>100</sup> Die strafmildernde Wirkung des abgesprochenen Geständnisses ließe sich auch damit begründen, dass nicht auszuschließen wäre, dass neben den prozesstaktischen Überlegungen eben auch Reue und Einsicht für die Geständnisablegung mitbestimmend waren. Im Hinblick darauf, dass die Geständnisbeweggründe nicht mit hinreichender Sicherheit bestimmt werden können, sollte man unter Anwendung des Zweifelsatzes davon ausgehen, dass alle Geständnisse (einschließlich der abgesprochenen) auf Reue und Einsicht beruhen können und somit eine Strafmilderung verdienen.<sup>101</sup> Ein sachlicher Zusammenhang zwischen Geständnis und Strafrabatt ist mithin im Ansatz zu bejahen.

Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Gewährung einer Strafmilderung unbedingt ein „gesetzlich vorgesehener Vorteil“ i.S.d. § 136a StPO ist. Die angebotene Strafmilderung dürfte rückhaltlos als rechtmäßig betrachtet werden, wenn sie sich innerhalb der gesetz-

lich in § 49 StGB normierten niedrigeren Strafrahmen hält. Die Absprachepraxis verdankt jedoch ihren Reiz vorwiegend dem Umstand, dass dem geständnisbereiten Angeklagten ein zusätzlicher Strafnachlass zubilligt wird, der weit über die übliche Strafmilderung, die aufgrund des normalen (nicht abgesprochenen) Geständnisses eingetreten wäre, hinausgeht.<sup>102</sup> Im Hinblick darauf, dass dem Richter ein Freiraum eingeräumt wird, die zu verhängende Strafe uneingeschränkt nach unten herabzusetzen, kommt der angebotene Strafrabatt unter Anwendung der „Schuldrahmentheorie“ einem „gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil“ nur dann gleich, wenn die in Aussicht gestellte verminderte Strafe die Untergrenze des schuldangemessenen Strafrahmens unterschreitet.<sup>103</sup> Demgegenüber stellt die schuldangemessene Strafminderung keinen rechtswidrigen Vorteil dar, so dass durch sie keine unzulässige Willensbeeinträchtigung in normativer Hinsicht ausgelöst werden kann.

Doch allein der Umstand, dass die Strafabschläge, die unter Verletzung des Untermaßverbots angeboten werden, als rechtswidrig anzusehen sind, schließt nicht verbindlich die Freiwilligkeit des Geständnisses aus. Wie soeben dargelegt, wirken sich Angebote nur dann auf die Willensfreiheit aus, wenn sie die normativ zu erwartende Wahlsituation derart einschränken, dass der Adressat von einer Handlung abgehalten wird, die für ihn ansonsten vorzugswürdig wäre. Vor diesem Hintergrund kann von einer Zwangssituation nur dann ausgegangen werden, wenn der Angeklagte durch den rechtswidrig gewährten Strafrabatt zu einem Geständnis bewegt wird, welches er ansonsten (d.h. ohne das Angebot) nicht abgelegt hätte. Ob dies der Fall ist, lässt sich anhand der vor dem Angebot des Strafnachlasses bestehenden Verteidigungsaussichten zuverlässig beurteilen. Hat nämlich der Angeklagte, noch bevor ihm der Strafrabatt bekannt war, entschieden, nicht weiter gegen den Tatvorwurf anzukämpfen – etwa weil die Beweislage so erdrückend ist, dass die bestreitende Einlassung zum Anklagevorwurf erfolglos erscheint –, ruft die vorgeschlagene Strafminderung keine Verschlechterung der Wahlmöglichkeiten hervor, ganz im Gegenteil dehnt sie die Reichweite der dem Angeklagten verfügbaren Optionen aus.

Anders verhält es sich aber, wenn trotz des Bestehens eines hinreichenden Verdachts die Aussicht auf Freispruch nicht ganz ausscheidet oder das Bestreiten des Tatvorwurfs erfolgsversprechend erscheint. Bei derartigen Konstellationen läge es näher anzunehmen, dass übermäßige (d.h. widerrechtlich gewährte) Strafreduzierungen die Wahlsituation dahingehend einschränken, dass der Angeklagte, der ansonsten den Tatvorwurf bestreiten würde, den verlockenden Vorschlag auf Strafrabatt annimmt und sich auf eine Verständigung einlässt, um die Chance für eine äußerst milde Bestrafung nicht zu verpassen und von den Unsicherheiten eines streitigen Strafverfahrens verschont zu werden. Ausgerechnet in solchen Fällen beeinträchtigt das Angebot eines rechtswidrigen (schuldunangemessenen) Strafrabatts unzulässig die Einlassungsfreiheit, soweit dadurch das weitere Abstreiten

<sup>97</sup> Dazu Ashworth, in: Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 19 (24).

<sup>98</sup> Grundlegend BGHSt 1, 105 (106).

<sup>99</sup> Schönemann (Fn. 5), S. 111; Rönnau (Fn. 1), S. 195.

<sup>100</sup> BGHSt 43, 195 (209); BGH NStZ 2000, 366; Niemöller, StV 1990, 34 (36).

<sup>101</sup> Schmidt-Hieber, NJW 1982, 1017 (1020); Tschwernika (Fn. 58), S. 161; Jahnke (Fn. 31), S. 186, 187; a.A. Schönemann (Fn. 5), 112.

<sup>102</sup> Tschwernika (Fn. 58), S. 135; Heller (Fn. 86), S. 113.

<sup>103</sup> Heller (Fn. 86), S. 123.

des Tatvorwurfs sinnlos wird und der Angeklagte unnötig davon abschreckt wird, seine prozessual gewährleisteten Verteidigungsrechte in Anspruch zu nehmen.

b) *Der Strafaufschlag als „Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme“*

Genauso wie die unangemessen milde Strafe einen „gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil“ darstellt, kommt umgekehrt eine „Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme“ i.S.d. § 136a StPO in Betracht, wenn für die Annahme des Verständigungsvorschlags eine überhöhte Strafe eingesetzt wird. Der Angeklagte hat ein Recht darauf, dass er bei Durchführung des normalen streitigen Strafverfahrens nicht zu einer Strafe verurteilt wird, die schuldunangemessen hoch angesetzt wird. Es steht den Justizorganen nicht zu, eine über die angemessene Obergrenze hinausgehende Strafe zu prognostizieren, um ein Geständnis zu erzwingen. Ein solches Vorgehen ist aus normativer Hinsicht zu beanstanden, denn die Strafmaßerhöhung wird nicht an strafzumessungsrelevante Aspekte angeknüpft, sondern dient ausschließlich dazu, den Angeklagten von der Wahrnehmung seiner Prozessrechte abzuschrecken.<sup>104</sup>

Als passender Bezugspunkt bietet sich der angemessene Strafrahmen an, wie er sich anhand der Schuldrahmentheorie bestimmen lässt. Hält sich die ins Auge gefasste höhere Strafe daran, ist es den Justizorganen gestattet, den wahrscheinlichen<sup>105</sup> Ausgang des streitigen Normalstrafverfahrens anzukündigen, selbst wenn mit diesem Hinweis Druck auf den Adressaten ausgeübt wird,<sup>106</sup> es sei denn, in die Wahlsituation sind neue Abwägungselemente einbezogen, die in keinem sachlichen Zusammenhang mit dem Inhalt der Aussage stehen. Der Staat ist zwar befugt, seine gesetzmäßigen Strafvorstellungen (einschließlich der Todesstrafe) bekannt zu geben, nicht aber durch sachwidrige Androhungen (wie etwa durch die Arbeitsentlassung)<sup>107</sup> auf die Geständnisablegung hinzuwirken. Mithilfe dieser normativen Überlegungen lässt sich der Räuber-Fall von den Verständigungsvorschlägen klar abgrenzen. Der Räuber hat das Wahlproblem seines Adressaten selbst durch die rechtswidrige Drohung herbeigeführt, während die zu verhängende Strafe, auf welche der Vorschlag des Staatsanwalt sich bezieht, schon Bestandteil der Wahlsituation ist, noch bevor der Weg der Verständigung beschritten wird; darüber hinaus ist der Staatsanwalt unzwei-

felhaft dazu berechtigt, die auf das streitige Strafverfahren bezogene vermutliche Strafe vorwegzunehmen.<sup>108</sup>

Überschreitet dagegen die bekanntgegebene höhere Strafe den schuldangemessenen Rahmen, dann wird der rechtliche Anspruch des Angeklagten auf eine gerechte Bestrafung missachtet. In solchen Fällen liefe die Inaussichtstellung einer übermäßigen Freiheitsstrafe, falls es zu einer streitigen Verhandlung käme, darauf hinaus, dass der Angeklagte für sein Beharren auf der Ausübung der ihm zustehenden prozessualen Rechte geahndet wird (Trial Penalty). Wiederum kann nach der „Lehre von den verfassungsrechtlichen Bedingungen“ auf die Unfreiwilligkeit des Geständnisses geschlossen werden im Hinblick darauf, dass die unangemessene Straferhöhung die Inanspruchnahme des Rechts, sich gegen den Tatvorwurf zu wehren, unnötig verhindert bzw. erschwert.<sup>109</sup>

Zuzugeben ist zwar, dass es praktisch schwerfällt, die normale Strafe, deren Überschreitung als Androhung anzusehen ist, punktgenau festzustellen. Hilfreich könnte dabei der Rückgriff auf die Strafmaßspanne sein. Fällt die Divergenz zwischen Ober- und Untergrenze der Sanktionsschere so hoch aus, dass sie mit der strafmildernden Wirkung des Geständnisses nicht zu erklären ist, kann auf eine unzulässige Willensbeeinflussung geschlossen werden.<sup>110</sup> Ob dabei der angebotene Strafnachlass zu niedrig oder der androhte Strafaufschlag zu hoch ist, ist letztendlich unerheblich.<sup>111</sup> Dem schließt sich die deutsche Rechtsprechung an, indem sie auf die nicht vertretbare Divergenz zwischen der in Aussicht gestellten milderen und härteren Strafalternativen abstellt. So hat der BGH angenommen, dass rechtlich zum einen die Differenz zwischen dem Strafmaßangebot einer zweijährigen Bewährungsstrafe und der verhängten siebenjährigen Freiheitsstrafe<sup>112</sup> und zum anderen die Zusicherung einer Strafe von dreieinhalb Jahren für den Fall eines Geständnisses im Vergleich zu einer Strafe von sieben bis acht Jahren im Falle einer Verurteilung zu beanstanden sei.<sup>113</sup> Auf der anderen Seite hat der BGH keinen benachteiligenden Verfahrensverstöß in einem Fall angenommen, in dem der Vorsitzende erklärt hatte, dass der Angeklagte im Falle eines Geständnisses mit der Hälfte der sonst zu verhängenden Strafe zu rechnen habe (vier gegenüber acht Jahren Freiheitsstrafe).<sup>114</sup>

Die Entscheidung, die so deutlich wie kaum eine andere die Unzulässigkeit einer zu weitgehenden Straferhöhung belegt, ist die schon erwähnte Entscheidung des U.S. Supreme Court *Bordenkircher vs. Hayes*. Obgleich der Staatsan-

<sup>104</sup> *Brunk*, *Law & Society Review* 13 (1979), 527 (548); *Rönnau* (Fn. 1), S. 185; *Wagner*, in: Dölling (Hrsg.), *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002*, 2002, S. 585 (596); *Heller* (Fn. 86), 116.

<sup>105</sup> Dem Gericht ist es dagegen verwehrt, seine feste und endgültige Überzeugung von der Schuld bekannt zu geben, siehe *Schmidt-Hieber*, *StV* 1986, 355 (356).

<sup>106</sup> *Brunk*, *Law & Society Review* 13 (1979), 527 (545). Bedenken gegen die prozessuale Zulässigkeit der Antizipation des Verfahrensergebnisses bringt *Schünemann* vor, siehe *ders.*, *NJW* 1989, 1895 (1897 f.).

<sup>107</sup> Hingewiesen sei auf die schon erwähnte Entscheidung des U.S. Supreme Court *Garrity vs. New Jersey*.

<sup>108</sup> *Philips*, *Law & Society Review* Vol. 16 (1981-1982), 207 (209).

<sup>109</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (225); *Philips*, *Law & Society Review* Vol. 16 (1981-1982), 207 (223).

<sup>110</sup> BGH *NStZ* 2008, 170.

<sup>111</sup> *Streng*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 46 Rn. 85.

<sup>112</sup> BGH *StV* 2000, 556.

<sup>113</sup> BGH *NStZ* 2008, 170.

<sup>114</sup> BGH *NStZ* 1997, 561.

walt dazu berechtigt war, die begangene Urkundenfälschung als dritte Übertretung unter das „three strikes“-Gesetz<sup>115</sup> zu subsumieren, damit eine lebenslange Freiheitsstrafe in Betracht kam, war es äußerst unverhältnismäßig, diesen Verstoß mit einer so harten Strafe zu ahnden, insbesondere im Hinblick auf den geringfügigen Wert des gefälschten Schecks (\$ 88,-).<sup>116</sup> Im vorliegenden Fall ließ sich die Unfreiwilligkeit des guilty plea nicht schlechterdings damit erklären, dass der Staatsanwalt sich rachsüchtig verhielt, da solche inneren Einstellungen kaum nachweisbar sind.<sup>117</sup> Es genügte vielmehr, dass eine unangemessen harte Strafe allein deswegen eingesetzt wurde, weil Hayes dem Verständigungsvorschlag nicht nachkam und am Bestreiten des Tatvorwurfs festhalten wollte.

### VI. Fazit

Das Ergebnis der vorausgegangenen Überlegungen können wir so zusammenfassen: Entgegen einem weitverbreiteten Verständnis wohnt dem Strafmaßunterschied, der unabdingbarer Bestandteil jeder Urteilsabsprache ist, keine systemimmanente Zwangswirkung inne. Zu diesem Schluss kommt man über die gebotene Normativierung des Freiwilligkeitsbegriffs. Inwieweit die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten unzulässig beeinträchtigt wird, lässt sich nicht lediglich mit Bezug auf die psychischen Auswirkungen, die von den Verständigungsvorschlägen ausgehen, beurteilen. Vor diesem normativen Hintergrund ist vor allem zu berücksichtigen, ob die Justizorgane sich beim Umgang mit der Inaus-sichtstellung von Strafbzschlägen bzw. Nachlässen im Rahmen der Verständigung an die prozessrechtlichen Vorgaben halten. Schlussendlich erscheint die Einschätzung gerechtfertigt, dass die generelle Ablehnung der Urteilsabsprachen auf der Basis der Unfreiwilligkeit des Geständnisses ebenso verfehlt ist wie die allzu große Bereitschaft, das Verständigungsverfahren uneingeschränkt hinzunehmen.

---

<sup>115</sup> Dazu *Brodowski*, ZStW 124 (2012), 733 (747).

<sup>116</sup> *Wertheimer*, *Philosophy & Public Affairs* 1979, 203 (228).

<sup>117</sup> *Brunk*, *Law & Society Review* 13 (1979), 527 (548).

---