

Aussagefreiheit und Geständnisbonus

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der
Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf

vorgelegt von
Dirk Stalinski, Richter am Amtsgericht Kleve

Juli 2000

Aussagefreiheit und Geständnisbonus

	Seite

Erster Teil: Die Grundlagen der Aussagefreiheit	1
<u>Erster Abschnitt</u> : Das Problem	1
<u>Zweiter Abschnitt</u> : Die historischen Wurzeln der Aussagefreiheit - nemo tenetur se ipsum accusare	3
I. Das germanische Recht	3
II. Der Talmud	4
III. Das Recht Altgriechenlands	5
IV. Das römische Recht	5
V. Der Inquisitionsprozeß	6
VI. Die Aufklärung	9
VII. Der reformierte deutsche Strafprozeß	11
VIII. Die Entwicklung in den dreißiger Jahren	12
<u>Dritter Abschnitt</u> : Die rechtliche Herleitung der Aussagefreiheit	17
I. Normierung	17
II. Rechtliche Verankerung	18
III. Einschränkung durch Abwägung	24
<u>Vierter Abschnitt</u> : Die konkrete Ausgestaltung der Aussagefreiheit in der deutschen Rechtsprechung	28
I. Das Schweigerecht	28
II. Die fehlerhafte Belehrung	37
III. Das Recht auf einen Anwalt	43
IV. Gemeinschuldner und Co.	45
V. Umgehung der Aussagefreiheit	48

Zweiter Teil: Die Aussagefreiheit in der Strafzumessung des BGH (und anderer Gerichte)	58
<u>Erster Abschnitt: Schweigen und Leugnen des Angeklagten</u>	59
I. Leugnen als Indiz für Gefährlichkeit und fehlende Reue	61
II. Fehlende Reue und Wiedergutmachung	65
III. Leugnen unter Einbeziehung Anderer	66
IV. Die Belastung der Zeugen	67
<u>Zweiter Abschnitt: Das Geständnis des Angeklagten</u>	68
I. Die Indizwirkung des Geständnisses	69
II. Geständnis nach Absprache	70
<u>Dritter Abschnitt: Die qualifizierte Unschulds- bekundung des Angeklagten, unterstützt durch Einsetzen eines Lügendetektors</u>	79
Dritter Teil: Die Rechtfertigung des Geständnisbonus	85
<u>Erster Abschnitt: Strafzumessungsinterne Gründe</u>	85
I. Die Tragfähigkeit der doppelspurigen Indizkonstruktion	85
1. Der tiefenpsychologische Ansatz	85
2. Das Geständnis als Indiz für innere Umkehr	86
3. Die Entbehrlichkeit der Indizkonstruktion	87
4. Die Untauglichkeit der Indizkonstruktion	88
5. Die Fragwürdigkeit der Indizkonstruktion	88
II. Das Geständnis als Anerkennung der Rechtsordnung	91

<u>Zweiter Abschnitt: Strafzumessungsexterne Gründe</u>	94
I. Die Effektivität der Strafrechtspflege	94
1. Die Unfähigkeit zu Schweigen	95
2. Die Unberechenbarkeit richterlichen Urteilens	96
3. Die bisherigen Erfahrungen	99
II. Die Verfahrensökonomie	100
Vierter Teil: Die Bedenken gegen den Geständnisbonus	110
<u>Erster Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit</u>	110
I. „...aber es bedeutet denn nun doch eine ganz unglaubliche Verirrung, wenn sich ein Richter mit unbefangener Offenheit zur bewußten Übung einer solchen Praxis bekennt, ..“	110
II. Zur natürlichen Grenze der Aussagefreiheit	115
III. Zur Auflösung des unauflöslchen Widerspruchs	119
1. Die Verhüllung des Widerspruchs	119
2. Das Wesen der Aussagefreiheit	120
a) Freiheit von rechtlichem Zwang	120
b) Freiheit von körperlichem Zwang	120
c) Freiheit von psychischem Zwang	120
aa) Formelle Aussagefreiheit	121
bb) Materielle Aussagefreiheit	122
cc) Die Lehren aus dem Lügendetektor	124
d) Freiheit von Täuschung	128
<u>Zweiter Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung</u>	130
I. Pathologisches	130
II. Der ruinierte Beweiswert	131
<u>Dritter Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Würde des Angeklagten</u>	134

Fünfter Teil: Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse	138
<u>Erster Abschnitt</u> : Der Ansatz Weißlaus	138
<u>Zweiter Abschnitt</u> : Abwägung	140
<u>Dritter Abschnitt</u> : Die Gleichstellung von Reden, Schweigen, Leugnen	141
I. Grundsatz	142
II. Grenzen	144
III. Ergebnis	145
Sechster Teil: Rechtsvergleich USA	147
<u>Erster Abschnitt</u> : Die Aussagefreiheit	147
<u>Zweiter Abschnitt</u> : Der Parteienprozeß	150
<u>Dritter Abschnitt</u> : Der Vergleich	154
<u>Vierter Abschnitt</u> : Die Rechtsprechung	158
<u>Fünfter Abschnitt</u> : Die Freiwilligkeit	161
<u>Sechster Abschnitt</u> : Schlußfolgerungen	163
Siebenter Teil: Schlußbetrachtung	166

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AKB	Allgemeine Bedingungen für die Kraftfahrtversicherung
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
AsylVfG	Asylverfahrensgesetz
AuslG	Ausländergesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BTMG	Betäubungsmittelgesetz
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Bundesverfassungsgericht, amtliche Entscheidungssammlung
DAR	Deutsches Autorecht
Diss	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DR	Deutsches Recht
DRiZ	Deutsche Richter-Zeitung
DStR	Deutsches Strafrecht
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
f	folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
ggf	gegebenenfalls
GS	Gedächtnisschrift
GVBl	Gesetzes- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Habil	Habilitationsschrift
HansOLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
Hrsg	Herausgeber
iVm	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift

JZ	Juristen-Zeitung
KastrationsG	Kastrationsgesetz
KJ	Kritische Justiz
KK	Karlsruher Kommentar
KO	Konkursordnung
KrimJ	Kriminologisches Journal
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LR	Löwe-Rosenberg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRK	Menschenrechtskonvention
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.C.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport
OGH	Deutscher Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt	Deutscher Oberster Gerichtshof für die Britische Zone, amtliche Entscheidungssammlung in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
PrJMBL	Preußisches Justizministerialblatt
PrMStGB	Preußisches Militärstrafgesetzbuch
PrMStPO	Preußische Militärstrafprozeßordnung
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGSt	Reichsgericht, amtliche Entscheidungssammlung in Strafsachen
RMG	Reichsmilitärgericht
RMGE	Reichsmilitärgericht, amtliche Entscheidungssammlung
Rn	Randnummer
R & P	Recht & Psychiatrie
RPräsVO	Reichspräsidentialverordnung
RStPO	Reichsstrafprozeßordnung
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
SK	Systematischer Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. Dezember 1964
StPO	Strafprozeßordnung

StPO-DDR	Strafprozeßordnung der DDR
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StV	Strafverteidiger
ThPQs	Theologisch-Praktische Quartalsschrift
vgl	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
ZakDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechts- wissenschaft

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans Polygraphie pro reo?
NStZ 1984, 350
- Ackemann, Ulrike Rechtmäßigkeit und Verwertbarkeit
heimlicher Stimmvergleiche im Straf-
verfahren
Berlin 1997, zugleich Diss Passau
1996
zitiert: Ackemann (1997)
- Ackermann, Heinrich Zur Psychologie des Angeklagten im
Strafverfahren aus der Sicht des
Verteidigers
MSchrKrim 40 (1957), 129
- derselbe Der Angeklagte und sein Richter
DRiZ 1958, 330
- Alexander, Franz/
Staub, Hugo Der Verbrecher und seine Richter
Berlin 1928
neu aufgelegt von Tilman Moser
(Hrsg.), Frankfurt/ Main 1971
zitiert: Alexander/ Staub (1928)
- Amelung, Knut Anmerkung zum Beschluß des BverfG
vom 18. August 1981 - 2 BvR 166/81 -
NStZ 1981, 446
NStZ 1982, 38
- Amschl, Alfred Besprechung von: Erich Sello, Die
Irrtümer der Justiz und ihre Ursachen
Archiv für Kriminalanthropologie und
Kriminalistik 45 (1925), 81
- Arzt, Gunter Ketzerische Bemerkungen zum Prinzip
in dubio pro reo
Berlin New York 1997
zitiert: Arzt (1997)
- Bader, Karl S. Anmerkung zum Urteil des BGH vom
30.10.1951 - 1 StR 363/51 - JZ 1952,
87 = BGHSt 1, 387 = NJW 1952, 152
JZ 1952, 88
- Bährle, Volker Die Aussagefreiheit de Angeklagten
und die Verwertung von Vorverfah-
rensaussagen in der Hauptverhandlung
Diss Heidelberg 1993
zitiert: Bährle (1993)

Baier, Helmut	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. April 1999 - 5 StR 714/98 - NJW 1999, 2449, 2452 = StV 1999, 412
Bartsch, Hans-Jürgen	Einstellung gegen Bußzahlung - Unzulässiger Freikauf von der Strafsanktion ZRP 1969, 128
Bauer, Gerhard	Die Aussage des über das Schweigerecht nicht belehrten Beschuldigten Diss Göttingen 1972 zitiert: Bauer (1972)
Behrendt, Hans-Joachim	Überlegungen zur Figur des Kronzeugen im Umweltstrafrecht GA 1991, 337
Beneke, Bernhard	Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten Frankfurt/ Main Bern New York Paris 1990 zugleich Diss Freiburg/Brsg. 1990 zitiert: Beneke (1990)
Berning, Birgit R.	„Lügendetektion“: eine interdisziplinäre Beurteilung MSchrKrim 76 (1993), 242
Bernsmann, Klaus	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 13.5.1996 - GSSt 1/96 (StV 1996, 465) StV 1997, 116
Berthold, Volker	Der Zwang zur Selbstbezeichnung aus § 370 Abs.1 AO und der Grundsatz des nemo tenetur Frankfurt/Main Berlin Bern New York Paris Wien 1993 zugleich Diss Kiel 1992 zitiert: Berthold (1993)
Beulke, Werner	Die Vernehmung des Beschuldigten - Einige Anmerkungen aus der Sicht der Prozeßrechtswissenschaft StV 1990, 180
derselbe	Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „Erste Hilfe“ bei

- der Verteidigerkonsultation leisten?
NStZ 1996, 257
- Beulke, Werner/
Satzger, Helmut Der fehlgeschlagene Deal und seine
prozessualen Folgen - BGHSt 42, 191
JuS 1997, 1072
- Blumberg, Abraham S. Anwälte mit Überzeugungen
StV 1988, 79
- Blumenwitz, Dieter Einführung in das anglo-
amerikanische Recht
5. Auflage München 1994
- Böttcher, R. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom
04.07.1990 - 3 StR 121/89 - BGHSt
37, 99
JR 1991, 118
- Böttcher, Reinhard/
Widmaier, Gunter Absprachen im Strafprozeß? Bespre-
chung des Urteils des BGH vom
23.1.1991 - 3 StR 365/90 -
JR 1991, 353
- Bohlander, Michael Anmerkung zu BGH Beschluß
vom 27.02.1992 - 5 StR 190/91
NStZ 1992, 504
- Bohne, G. Psychoanalyse und Strafrecht
ZStW 47 (1927), 439
- Bohnert, Joachim Die Reichweite der staatsanwaltli-
chen Einstellung im Jugendstrafrecht
NJW 1980, 1927
- Bosch, Nikolaus Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips
aus verfassungsrechtlicher und
strafprozessualer Sicht
Berlin 1998
zugleich Diss Augsburg 1997
zitiert: Bosch (1998)
- Bottke, Wilfried Anfertigung und Verwertung heimli-
cher Wort- und Stimmzeichnungen
auf Tonträger außerhalb des Fernmel-
deverkehrs - BGH v. 9.4.86 - 3 StR
551/85
Jura 1987, 356
- derselbe Strafprozedurale Fairneß und Bindung
an eine für den Fall des Geständnis-
ses genannte Strafobergrenze

- in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, herausgegeben von Karl Heinz Gössel und Otto Triffterer
Heidelberg 1999
zitiert: Bottke GS Zipf (1999)
- Boujong, Karlheinz in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, herausgegeben von Gerd Pfeiffer
1. Auflage München 1999
zitiert: KK-Boujong (1999)
- Boy, Peter/
Lautmann, Rüdiger Die forensische Kommunikationssituation - soziologische Probleme
in: Menschen vor Gericht, herausgegeben von Rudolf Wassermann
Neuwied Darmstadt 1979
zitiert: Boy/ Lautmann (1979)
- Bradley, Gerard V. Plea Bargaining and the Criminal Defendant's Obligation to Plead Guilty
South Texas Law Review 40(1999), 65
- Brandt, Arthur Mängel der Strafzumessung
JW 1925, 2719
- Braß Das Lügerecht des Angeklagten
DR 1939, 849
- Braun, Stefan Die Absprache im deutschen Strafverfahren
Aachen 1998
zugleich Diss Tübingen 1997
zitiert: Braun (1998)
- Brückmann, Arthur Miscelle. Eine vergessene Vorschrift?
GA 52 (1905), 145
- Bruns, Hans-Jürgen Der „Verdächtige“ als schweigeberechtigter Auskunftsperson und als selbständiger Prozeßbeteiligter neben dem Beschuldigten und Zeugen?
in: Festschrift für Erich Schmidt-Leichner zum 65. Geburtstag
München 1977
zitiert: Bruns FS Schmidt-Leichner (1977)
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom

- 28.05.1980 - 3 StR 176/80 (LG Düsseldorf)
NStZ 1981, 60
- derselbe Das Recht der Strafzumessung
2. Auflage Köln Berlin Bonn München
1985
zitiert: Bruns (1985)
- Busam, Gerhard Das Geständnis im Strafverfahren
Lübeck 1983
zitiert: Busam (1983)
- Busmann, Kai-D. Das Entstehen eines neuen Rechtsbegriffs: Verständigungen im Strafverfahren
KritV 1989, 376
- Castringius, Arnold Schweigen und Leugnen des Beschuldigten im Strafprozess
Diss Hamburg 1965
zitiert: Castringius (1965)
- Cramer, Peter Absprachen im Strafprozeß
in: Festschrift für Kurt Rebmann zum
65. Geburtstag,
herausgegeben von Heinz Eyrich, Walter
Odersky, Franz Jürgen Säcker
München 1989
zitiert: Cramer FS Rebmann (1989)
- Dahlin, Eric L. Will Plea Bargaining survive United
States v. Mezzanatto?
Oregon Law Review 74 (1995), 1365
- Dahs, Hans Absprachen in Strafverfahren - Chancen
und Risiken
NStZ 1988, 153
- derselbe Handbuch des Strafverteidigers
2. Auflage Köln 1999
zitiert: Dahs (1999)
- Dahs, Hans/
Langkeit, Jochen Das Schweigerecht des Beschuldigten
und seine Auskunftsverweigerung als
„verdächtiger Zeuge“ - zugleich An-
merkung zu BGH, Urteil vom 26.5.1992
- 5 StR 122/92, NStZ 1992, 448 -
NStZ 1993, 213
- Damaska, Mirjan Der Austausch von Vorteilen im Straf-
verfahren: Plea-Bargaining und Ab-

- sprachen
StV 1988, 398
- Dauner, Iris
Falsche Selbstbezeichnungen Jugendlicher aus der Sicht des Kinder- und Jugendpsychiaters
in: Jugendpsychiatrie und Recht, Festschrift für Hermann Stutte zum 70. Geburtstag am 1. August 1979, herausgegeben von Helmut Renschmidt und Horst Schüler-Springmann
Köln Berlin Bonn München 1979
zitiert: Dauner FS Stutte (1979)
- Dauster, Manfred
Die zivilprozessuale Erklärungslast zur Wahrhaftigkeit und Vollständigkeit nach § 138 Abs. 1, 2 ZPO im Spannungsfeld mit dem Recht des Beschuldigten nach §§ 136 Abs. 1 Satz 2; 243 Abs. 4 Satz 1 StPO
- Deal, Detlef
Der strafprozessuale Vergleich
StV 1982, 545
- Degener, Wilhelm
§ 136a StPO und die Aussagefreiheit des Beschuldigten
GA 1992, 443
- Delvo, Matthias
Der Lügendetektor im Strafprozeß der U.S.A.
Königstein/ Taunus 1981
zitiert: Delvo (1981)
- Dencker, Friedrich
Die Bagatelldelikte im Entwurf eines EGStGB
JZ 1973, 144
- derselbe
Anmerkung zu LG Frankfurt Beschluß vom 20.02.1985 - 5/9 Qs Owi 207/85
StV 1985, 498
- derselbe
Zum Geständnis im Straf- und Strafprozeßrecht
ZStW 102 (1990), 51
- derselbe
Über Heimlichkeit, Offenheit und Täuschung bei der Beweisgewinnung im Strafverfahren - Anmerkung aus Anlaß zweier Entscheidungen des BGH
StV 1994, 667
- Dencker, Friedrich/
Der Vergleich im Strafprozeß

Hamm, Rainer	Frankfurt/ Main 1988 zitiert: Dencker/ Hamm (1988)
Derksen, Roland	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 - BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 = StV 1996, 465 = JR 1997, 167 JR 1997, 167
Dielmann, Heinz J.	„Guilty Plea“ und „Plea Bargaining“ im amerikanischen Strafverfahren - Möglichkeiten für den deutschen Strafprozeß? GA 1981, 558
Dingeldey, Thomas	Der Schutz der strafprozessualen Aussagefreiheit durch Verwertungs- verbote bei außerstrafrechtlichen Aussage- und Mitwirkungspflichten NStZ 1984, 529
derselbe	Das Prinzip der Aussagefreiheit im Strafprozeßrecht JA 1984, 407
Dölp, Michael	Abschied von der Hauptverhandlung NStZ 1998, 235
Dörr, Dieter	Faires Verfahren: Gewährleistung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Kehl am Rhein Straßburg 1984 zitiert: Dörr (1984)
Graf zu Dohna, Alexander	Strafprozeßrecht 3. Auflage Berlin 1929 zitiert: Dohna (1929)
Dreher, Eduard	Zur Spielraumtheorie als der Grund- lage der Strafzumessungslehre des Bundesgerichtshofes JZ 1967, 41
derselbe	Gedanken zur Strafzumessung JZ 1968, 209
derselbe	Das schlechte Gewissen des Strafrichters in: Festschrift für Bockelmann München 1979 zitiert: Dreher FS Bockelmann (1979)

Dürkop, Marlis	Der Angeklagte München 1977 zitiert: Dürkop (1977)
Eisenberg, Ulrich	Beweisrecht der StPO 3. Auflage München 1999 zitiert: Eisenberg (1999)
Engelhard, Herbert	Die Vernehmung des Angeklagten und die damit zusammenhängenden Probleme ZStW 58 (1939), 335
Engels, Dieter/ Frister, Helmut	Nichtöffentliches Verfahren vor dem Strafrichter? ZRP 1981, 111
Erbs, Georg	Unzulässige Vernehmungsmethoden Probleme des § 136a StPO NJW 1951, 386
Erdmann, Willi	Der Selbstbegünstigungsgedanke im Strafrecht Diss Göttingen 1969 zitiert: Erdmann (1969)
Eser, Albin	Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren ZStW 1979 (1967), 565
derselbe	Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht in: Deutsche Strafrechtliche Landes- referate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung herausgegeben von Hans-Heinrich Je- schek Berlin 1974 zitiert: Eser (1974)
Fabricius, Dirk	Selbst-Gerechtigkeit Bonn Baden-Baden 1996 zitiert: Fabricius (1996)
Feuerbach, Paul Johann Anselm	Betrachtungen über das Geschworenen- Gericht Landshut 1813 zitiert: Feuerbach (1813)
Fezer, Gerhard	Grundfälle zum Verlesungs- und Ver- wertungsverbot im Strafprozeß JuS 1978, 104
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.

- April 1987 - 5 StR 666/86 - BGHSt
34, 362 = JZ 87, 936 = JR 88, 426 =
StV 87, 282
JZ 1987, 937
- derselbe Anmerkung zu BGH Beschluß vom
27.02.1992 - 5 StR 190/91
JR 1992, 385
- derselbe Anmerkung zu BGH Urteil vom
12.10.1993 - 1 StR 475/93
JZ 1994, 686
- derselbe Reduktion von Beweiserfordernissen -
Systemverändernde Tendenzen in der
tatrichterlichen Praxis und der Ge-
setzgebung
StV 1995, 263
- derselbe Anmerkung zum Vorlagebeschluß des
BGH vom 20.12.1995 - 5 StR 680/94
(NStZ 1996, 200)
NStZ 1996, 289
- Fincke, Martin Verwertbarkeit von Aussagen des
nicht belehrten Beschuldigten
NJW 1969, 1014
- Fischer, Bianca Divergierende Selbstbelastungs-
pflichten nach geltendem Recht
Berlin 1979
zitiert: Fischer (1979)
- Freisler, Roland Grundzüge des kommenden Strafverfah-
rensrechts
Sondedruck Deutsches Strafrecht
1935, Heft 8/9
zitiert: Freisler (1935)
- derselbe Grundzüge des kommenden Strafverfah-
rensrechts
DStR 1939, 228
- Frisch, Wolfgang Gegenwärtiger Stand und Zukunftspers-
pektiven der Strafzumessungsdogma-
tik
Das Recht der Strafzumessung im
Lichte der systematischen Darstel-
lungen von Hans-Jürgen Bruns und
Franz Pallin, Teil I und II
ZStW 99 (1987), 349 und 751

Frister, Helmut	Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts Berlin 1988 zugleich Diss Bonn 1986 zitiert: Frister (1988)
derselbe	Der Lügendetektor - Zulässiger Sachbeweis oder unzulässige Vernehmungsmethode? ZStW 106 (1994), 303
derselbe	Besprechung von: Jürgen Wolter (Hrsg.), Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts GA 1999, 85
Fuchs, Herbert	Anmerkung zu OLG Jena, 2. StrS, Urteil vom 02.10.1925 - S 133/25 JW 1926, 2234
Fuhrmann, Hans	Das Schweigen des Angeklagten in der Hauptverhandlung JR 1965, 417
Geerds, Friedrich	Auskunftsverweigerungsrecht oder Schweigebefugnis? in: Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Geburtstag am 08. Mai 1966, herausgegeben von Günter Spindel Würzburg 1966 zitiert: Geerds FS Stock (1966)
Gegenfurtner, August	Zum Recht des Angeklagten auf Schweigen in Verkehrsstrafsachen DAR 1966, 98
Gerland, Heinrich	Der deutsche Strafprozess Mannheim 1927, Neudruck Aalen 1977 zitiert: Gerland (1927/1977)
Gerland, Heinrich/ Heilbron, Brigitte	Strafprozeß und Gerichtsverfassung ZStW 55 (1936), 712
Gössel, Karl Heinz	Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der Bundesrepublik Deutschland GA 1991, 483
Götting, Bert	Gesetzliche Strafraumen und Strafzumessungspraxis

- Frankfurt/M. Berlin Bern New York
Paris Wien 1997
zugleich Diss Göttingen 1997
zitiert: Götting (1997)
- Goldschmidt, James Der Prozess als Rechtslage
Berlin 1925 Neudruck Aalen 1962
zitiert: Goldschmidt (1925/ 1962)
- Goldschmidt, Lazarus Der Babylonische Talmud, Achter Band
Berlin 1933
zitiert: Goldschmidt (1933)
- Gropp, Walter Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgel-
halt der Unschuldsvermutung
JZ 1991, 804
- Grünwald, Gerald Zur Ankündigung von Strafmilderung
für den Fall des Geständnisses
NJW 1960, 1941
- derselbe Beweisverbote und Verwertungsverbote
im Strafverfahren
JZ 1966, 489
- derselbe Anmerkung zu den Entscheidungen des
BGH vom 31.05.1968 - 4 StR 19/68 -
JZ 1968, 749 und vom 30.04.1968 - 1
StR 625/67 - JZ 1968, 750
JZ 1968, 752
- derselbe Anmerkung zum Beschluß des BGH vom
22.10.1975 - 1 StE 1/74 - JZ 1976,
763 sowie zum Beschluß des BVerfG
vom 21.01.1976 - 2 BvR 941/75 - JZ
1976, 766
JZ 1976, 767
- derselbe Menschenwürde im Strafprozeß
StV 1987, 453
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.
April 1987 - 5 StR 666/86 (BGHSt 34,
362 = StV 1987, 282 = JZ 1988, 426)
StV 1987, 470
- derselbe Das Beweisrecht der Strafprozeßord-
nung
Baden-Baden 1993
zitiert: Grünwald (1993)
- Günther, Hans-Ludwig Die Schweigebefugnis des Tatverdäch-

	tigen im Straf- und Bußgeldverfahren aus verfassungsrechtlicher Sicht GA 1978, 193
Haas, Günter	Columbo - Lösegeld für eine Leiche oder: Columbo und das nemo-tenetur- Prinzip NJW 1996, 1120
derselbe	Der Beschuldigte als Augenscheinsob- jekt GA 1997, 368
Haberstroh, Dieter	Unschuldsvermutung und Rechtsfol- genausspruch NSTZ 1984, 289
Haffke, Bernhard	Tiefenpsychologie und Generalpräven- tion Aarau und Frankfurt am Main 1976
Hamm, Rainer	Staatliche Hilfe bei der Suche nach Verteidigern - Verteidigerhilfe zur Begründung von Verwertungsverboten NJW 1996, 2185
derselbe	Monokeltests und Menschenwürde NJW 1999, 922
Hanack, Ernst-Walter	Die Rechtsprechung des Bundesge- richtshofs zum Strafverfahrensrecht (Band 11 - 22 der Amtlichen Samm- lung) JZ 1971, 168
derselbe	Vereinbarungen im Strafprozeß, ein besseres Mittel zur Bewältigung von Großverfahren? StV 1987, 500
Hassemer, Winfried	Pacta sunt servanda - auch im Straf- prozeß? - BGH, NJW 1989, 2270 JuS 1989, 890
Hassemer	Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 08.03.1990 - 2 StR 367/89 - NJW 1990, 1921 = StV 1990, 305 und vom 18.04.1990 - 3 StR 252/88 - NJW 1990, 1924 = NSTZ 1990, 399 = StV 1990, 295 JuS 1990, 939

Hassemer, Raimund/ Hippler, Gabriele	Informelle Absprachen in der Praxis des deutschen Strafverfahrens StV 1986, 360
Hauck	Das Leugnen des Angeklagten als Strafschärfungsgrund ZStW 27 (1907), 926
Haussner	Das Geständnis des Verbrechers Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 13-14 (1903), 267
derselbe	Kriminalfälle und anderes aus der Litteratur Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 26 (1906), 221
Haymann, Hermann	Selbstanzeigen Geisteskranker Halle/ Saale 1911 zitiert: Haymann (1911)
Hegler, August	Zur Strafprozeßerneuerung Stuttgart 1936 zitiert: Hegler (1936)
Heiland, Hans-Günther/ Lüdemann, Christian	Machtdifferentiale in Figurationen einfacher und höherer Komplexität Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1992, 35
Heinitz, Ernst	Strafzumessung und Persönlichkeit ZStW 63 (1951), 57
Hellwig, Albert	Geständnis und Leugnen des Angeklag- ten als Strafzumessungsgründe de le- ge ferenda MSchrKrim 8 (1911-12), 616
derselbe	Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen Stuttgart 1951 zitiert: Hellwig (1951)
Henkel	Die Gestalt des künftigen Strafver- fahrens DJZ 1935, Sp. 530
Henkel, Heinrich	Strafverfahrensrecht 2.Auflage Stuttgart Berlin Köln Mainz 1968 zitiert: Henkel (1968)

Henschel, Arthur	Die Vernehmung des Beschuldigten, Der Gerichtssaal, Beilageheft zu Band LXXIV Stuttgart 1909 zitiert: Henschel (1909)
derselbe	Der Geständniszwang und das falsche Geständnis Das Geständnis des Verbrechers Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10
Herrmann, Joachim	Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Ver- teidiger zu befragen - Der BGH spricht mit gespaltener Zunge NStZ 1997, 209
Hientzsch, Ulf	Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich und ihre historische Vorbereitung Diss Marburg 1970 zitiert: Hientzsch (1970)
Hilger, Hans	Anmerkung zum Beschluß des LG Stutt- gart vom 13.06.1985 - 14 Qs 48/85 - NStZ 1985, 568 NStZ 1985, 569
von Hippel, Robert	Der deutsche Strafprozeß Marburg 1941 zitiert: von Hippel (1941)
Hirsch, Günter	in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kom- mentar, Zweiter Band §§ 32 bis 60, herausgegeben von Hans Heinrich Je- schek, Wolfgang Rieß, Günther Willms 10. Auflage Berlin New York 1995 zitiert: LK-Hirsch (1995)
Hirschberg, Max	Das Fehlurteil im Strafprozeß Stuttgart 1960 zitiert: Hirschberg (1960)
Höra, Knut	Wahrheitspflicht und Schweigebefug- nis des Beschuldigten Diss Frankfurt/ Main 1970 zitiert: Höra (1970)
Hülle, Werner	Anleitung zur Bemessung zeitiger Freiheitsstrafen DRiZ 1951, 4

Jahn, Matthias	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.11.1997 - 5 StR 504/97 - StV 1998, 652 StV 1998, 653
derselbe	Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersu- chungshaft - BGHSt 44, 129
Janke, Alexander	Verständigung und Absprachen im Strafprozeß Aachen 1997 zitiert: Janke (1997)
Jaworski, Ryszard	Der Lügendetektor auf dem Prüfstand Kriminalistik 1990, 123
Jerouschek, Günter	Jenseits von Gut und Böse: Das Ge- ständnis und seine Bedeutung im Strafrecht ZStW 102 (1990), 793
Jerusalem, Andreas	Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 25. Januar 1966 - 2a Ss 57/65 (2) NJW 1966, 1278
Joerden, Jan C.	Verbotene Vernehmungsmethoden - Grundfragen des § 136a StPO JuS 1993, 927
Jonas	Verteidigung und Geständnis JW 1927, 365
Jung, Richard	Unwahre Geständnisse Das Geständnis des Verbrechers Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 28 (1908), 313
Kadelbach, Stefan	Anmerkung zum Beschluß des OLG Düs- seldorf vom 15.11.1991 - VI 14/89 (StV 1992, 503 = NStZ 1992, 349) StV 1992, 504
Kallmann, A.	Leugnende Angeklagte GA 54 (1907), 230
von Karman, Elemer	Kriminalistische Beiträge Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 51 (1931), 326
Kaufmann, Michael	Anmerkung zum Urteil des BGH vom

- 20.06.1997 - 2 StR 130/97 (NStZ
1997, 609)
NStZ 1998, 474
- Kiehl, Walter H. Verwertungsverbot für Beschuldigten-
vernehmung ohne vorherige Belehrung:
Der BGH korrigiert sich - überzeu-
gend?
NJW 1993, 501
- derselbe Neues Verwertungsverbot bei unver-
standener Beschuldigtenbelehrung -
und neue Tücken für die Verteidigung
NJW 1994, 1267
- Kindhäuser, Urs Rügepräklusion durch Schweigen im
Strafverfahren
NStZ 1987, 529
- Kintzi, Heinrich Verständigung im Strafverfahren
DRiZ 1992, 245
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom
20.02.1996 - 5 StR 679/95 (BGHSt 42,
46 = JR 1997, 77 = NJW 1996, 1763)
JR 1997, 78
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom
28.08.1997 - 4 StR 240/97 - JR 1998,
245 = BGHSt 43, 195
JR 1998, 249
- Kirsch, Stefan Freiheit von Selbstbezüglichungs-
zwang?
in: Vom unmöglichen Zustand des
Strafrechts,
herausgegeben vom Institut für Kri-
minalwissenschaften Frankfurt/M.
Frankfurt/ Main Berlin Bern New York
Paris Wien 1995
zitiert: Kirsch (1995)
- Kleinknecht, Theodor Gesetz zur Änderung der Strafprozeß-
ordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG)
Entstehung und Hauptinhalt
JZ 1965, 153
- derselbe Anmerkung zu BGH Urteil vom
26.10.1965 - 5 StR 415/65
JR 1966, 270

Klimke, Olaf	Der Polygraphentest im Strafverfahren NSTZ 1981, 433
Klug, Oliver K.-F.	Zum Strafverfahren als Parteiprozeß ZRP 1999, 288
Knapp	Literaturbericht; Besprechung von J. Kohler, Rechte der deutschen Schutzgebiete. IV. Das Banturecht in Ostafrika ZStW 23 (1903), 837
Köhler, Michael	Prozeßrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe ZStW 107 (1995), 10
Kohler, Josef	Über die Amtsvergehungen GA 54 (1907), 16
Kohlhaas, Max	Der von außen in die Sitzung eingreifende Behördenleiter der Staatsanwaltschaft DRiZ 1965, 294
Krekeler, Wilhelm	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 19.10.1993 - 1 StR 662/93 (NSTZ 1994, 196) NSTZ 1994, 196
Kroch, V.	Ein unwahres Geständnis Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 27 (1907), 176
Kruse, Michael	Urteilsabsprachen in der neuesten Rechtsprechung des BGH StraFo 2000, 146
Kudlich, Hans	Reden ist Silber, Schweigen ist Gold - Zur „Mit-Hör-Fallen“-Entscheidung des Großen Strafsenats - BGH (GS), NSTZ 1996, 502 JuS 1997, 696
Kühl, Kristian	Freie Beweiswürdigung des Schweigens des Angeklagten und der Untersuchungsverweigerung eines angehörig Zeugen - BGHSt 32, 140 JuS 1986, 115
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09. Mai 1985 - 1 StR 63/85 - BGHSt 33,

- 217
StV 1986, 187
- Kühne, Hans-Heiner Rechtsmißbrauch des Strafverteidigers
NJW 1998, 3027
- Kunert, Karl Heinz Wie weit schützt die Strafprozeßordnung die Grundrechte des Beschuldigten? Zu den Belehrungspflichten nach § 115 Abs.3, § 136 Abs. 1, § 163a Abs. 3, 4 StPO i.d.F. des StPÄG
MDR 1967, 539
- Kurnicki Das Leugnen als Strafschärfungsgrund
DJZ 1906, 538
- Lackner, Karl/ Kühl, Kristian Strafgesetzbuch
22. Auflage München 1997
- Lagodny, Otto Verdeckte Ermittler und V-Leute im Spiegel von § 136a StPO als „angewandtem Verfassungsrecht“ - zugleich eine Analyse neuerer BGH-Entscheidungen
StV 1996, 167
- Laier, Frank Mitwirkungspflichten des Angeklagten zur Vermeidung einer Verfahrenssetzung?
NJW 1977, 1139
- Leodolter, Ruth Das Sprachverhalten von Angeklagten bei Gericht
Kronberg/ Taunus 1975
zitiert: Leodolter (1975)
- Liepmann, Moritz Die Psychologie der Vernehmung des Angeklagten im deutschen Strafprozeß
ZStW 44 (1924), 647
- derselbe „Geständnis“, in:
Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, herausgegeben von Fritz Stier-Somlo und Alexander Elster, Zweiter Band Berlin Leipzig 1927
zitiert: Liepmann (1927)
- von Liszt, Franz Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Erster Band 1875 bis 1891
Kriminalpolitische Aufgaben
Berlin 1905

- zitiert: von Liszt (1905)
- Lorenz, Frank Lucien „Operative Informationserhebung“ im Strafverfahren, „Unverfügbares“ und Grundrechtsschutz durch „institutionelle Kontrolle“
JZ 1992, 1000
- Lüdemann, Christian/
Bußmann, Kai-D. Diversionschancen der Mächtigen? Eine empirische Studie über Absprachen im Strafprozeß
KrimJ 21 (1989), 54
- Margulies, Alexander Ueber Selbstanklagen bei Paranoia
Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 20 (1900), 91
- Marx Falsche Selbstbezeichnung und Massensuggestion
MSchrKrim 1913, 540
- Massaro, Toni M. Das amerikanische Plea-Bargaining System: Staatsanwaltschaftliches Ermessen bei der Strafverfolgung
StV 1989, 454
- Mayer, Max Ernst Das Leugnen als Strafschärfungsgrund
ZStW 27 (1907), 921
- Meile, Jos. Die Beweislehre des kanonischen Prozesses
Paderborn 1925
zitiert: Meile (1925)
- Meyer, Dieter Die Entscheidung über die Kosten (§ 464a I StPO) und die notwendigen Auslagen (§ 464a II StPO) – Gedanken zur Auslegung des § 465 II StPO
MDR 1971, 357
- Meyer, J. Anmerkung zu BGH Urteil vom 02.04.1987 – 4 StR 46/87
JR 1988, 79
- Meyer, Karlheinz Anmerkung zum Urteil des BGH vom 09. April 1986 – 3 StR 551/85 (BGHSt 34, 39 = JR 1987, 212
JR 1987, 215
- Meyer-Goßner, Lutz Erwiderng zu den Ausführungen von Michael Bohlander
NStZ 1992, 579

derselbe	Strafprozeßordnung 42. Auflage München 1995 zitiert: Meyer-Goßner (1995)
Meyer-Mews, Hans	Die „in dubio contra reo“- Rechtsprechungspraxis bei Aussage- gegen-Aussage-Delikten NJW 2000, 916
Mezger, Edmund	Die Beschuldigtenvernehmung auf psy- chologischer Grundlage ZStW 40 (1919), 152
Miebach, Klaus	Der teilschweigende Angeklagte NSTZ 2000, 234
Mitteis, Heinrich/ Lieberich, Heinz	Deutsche Rechtsgeschichte 19. Auflage München 1992 zitiert: Mitteis/ Lieberich (1992)
Mittermaier, Carl Joseph Anton	Deutsches Strafverfahren, Teil 1 und 2 4. Auflage 1845 Nachdruck Goldbach 1996 zitiert: Mittermaier (1845/1996)
derselbe	Das englische, schottische und nord- amerikanische Strafverfahren Erlangen 1851 Neudruck Goldbach 1997 zitiert: Mittermaier (1851/1997)
Mösl, Albert	Tendenzen der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts- hofs DRiZ 1979, 165
Moos, Ruth	Das Geständnis im Strafverfahren und in der Strafzumessung Diss Göttingen 1983 zitiert: Moos (1983)
Müller, Egon	Strafverteidigung NJW 1981, 1801
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12. Januar 1996 - 5 StR 756/94 - BGHSt 42, 15 StV 1996, 358
Müller-Dietz, Heinz	Die Stellung des Beschuldigten im

- Strafprozeß
ZStW 93 (1981), 1177
- Näcke, P. Erpressung von wahren und falschen Geständnissen
Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 25 (1905), 377
- Naucke, Wolfgang Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht
KritV 76 (1993), 135
- Nestler-Tremel, Cornelius Der Handel um die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege
DRiZ 1988, 288
- derselbe Der „deal“ aus der Perspektive des Beschuldigten
KJ 22 (1989), 448
- Neuhaus, Ralf Zur Notwendigkeit der qualifizierten Beschuldigtenbelehrung - Zugleich Anmerkung zu LG Dortmund NStZ 1997, 356
NStZ 1997, 312
- Nickl, Rolf Das Schweigen des Beschuldigten und seine Bedeutung für die Beweiswürdigung
Diss München 1978
zitiert: Nickl (1978)
- Niederreuther Die Wahrheitspflicht der Prozeßbeteiligten im Lichte der Strafrechtsreform
GS 109 (1937), 64
- Niemöller, Martin Absprachen im Strafprozeß
StV 1990, 34
- Niethammer, Emil Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren
in: Festschrift für Wilhelm Sauer zu seinem 70. Geburtstag am 24. Juni 1949
Berlin 1949
zitiert: Niethammer FS Sauer (1949)
- Nothacker, Gerhard Das Absehen von der Verfolgung im Jugendstrafverfahren (§ 45 JGG)
JZ 1982, 57

Nothhelfer, Martin	Die Freiheit von Selbstbezeichnungszwang Heidelberg 1989 zitiert: Nothhelfer (1989)
NS-Rechtswahrerbund	Neuordnung des Strafverfahrensrechts Berlin 1937 zitiert: NS-Rechtswahrerbund (1937)
Oetker, F.	Gedanken zur Reform des deutschen Strafrechts und Strafprozeßrechts GS 104 (1937), 1
Ostermeyer, Helmut	Die Regelstrafe. Ein Versuch zur Linderung des Unbehagens bei der Strafzumessung NJW 1966, 2301
derselbe	Der schweigende Beschuldigte NJW 1967, 915
derselbe	Anmerkung zu dem Urteil des OLG Oldenburg vom 28.01.1969 (NJW 1969, 806) NJW 1969, 1187
Paeffgen, Hans Ulrich	Strafprozeß im Umbruch oder: Vom unmöglichen Zustand des Strafprozeßrechts StV 1999, 625
Paulsen, Monrad G.	Grundzüge des amerikanischen Strafprozesses ZStW 77 (1965), 635
Pawlik, Michael	Verdeckte Ermittlungen und das Schweigerecht des Beschuldigten GA 1998, 378
Peters, Karl	Die kriminalpolitische Stellung des Strafrichters bei der Bestimmung der Strafrechtsfolgen Berlin 1932 zitiert: Peters (1932)
derselbe	Fehlerquellen im Strafprozeß 1. Band Karlsruhe 1970 2. Band Karlsruhe 1972 3. Band Karlsruhe 1974
derselbe	Eine Antwort auf Undeutsch: Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Aus-

- druckerserscheinungen bei der Aussagenwürdigung
ZStW 87 (1975), 663
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom
05.12.1986 - 2 StR 301/86 (StV 1987,
374)
StV 1987, 375
- Pfeiffer, Gerd in: Strafprozeßordnung, Pfeiffer/
Thomas, München 1995
zitiert: Pfeiffer (1995)
- Pfenninger, Hans F. Die Wahrheitspflicht des Beschuldigten
im Strafverfahren
in: Festschrift für Theodor Rittler
zu seinem achtzigsten Geburtstag
Innsbruck 1957
zitiert: Pfenninger (1957)
- Plöger, Rainer Die Mitwirkungspflichten des Be-
schuldigten im deutschen Strafver-
fahren von den Anfängen im germani-
schen Rechtsgang bis zum Ende des
gemeinen Inquisitionsprozesses
Diss Bochum 1982
zitiert: Plöger (1982)
- Prittwitz, Cornelius Der Lügendetektor im Strafprozeß
MDR 1982, 886
- Prüfer, Hans Das fragwürdige Geständnis
StV 1998, 232
- Radbruch, Gustav Gesamtausgabe, Band 8, Strafrecht
bearbeitet von Arthur Kaufmann
Heidelberg 1998
zitiert: Radbruch (1998)
- Ransiek, Andreas Belehrung über Aussagefreiheit und
Recht der Verteidigerkonsultation:
Folgerungen für die Beschuldigten-
vernehmung
StV 1994, 343
- Ratz, Paul Grundsätze eines neuen Zivilprozes-
ses
AcP 21 (1935), 1
- Reik, Theodor Geständniszwang und Strafbedürfnis
Leipzig Wien Zürich 1925
neu aufgelegt von Tilman Moser

(Hrsg.) Frankfurt/ Main 1971
zitiert: Reik (1925)

- Reiß, Wolfram Gesetzliche Auskunftsverweigerungsrechte bei Gefahr der Strafverfolgung im öffentlich-rechtlichen Verfahren
NJW 1982, 2540
- derselbe Besteuerungsverfahren und Strafverfahren
Köln 1987
zugleich Habil Bonn
zitiert Reiß (1987)
- Rejewski, Erwin Unterbliebener Hinweis auf die „Aus-sagefreiheit“ des Beschuldigten als Revisionsgrund?
NJW 1967, 1999
- Renzikowski, Joachim Die förmliche Vernehmung des Beschuldigten und ihre Umgehung
JZ 1997, 710
- Rex, Erhard Verständigung im Strafverfahren
DRiZ 1991, 31
- Riesch Prozeßbetrug und Wahrheitspflicht
DStR 1934, 9
- derselbe Die Vernehmung des Beschuldigten im Strafprozeß
JA 1980, 293
- derselbe Besprechung von: Matthias Delvo, Der Lügendetektor im Strafprozeß der U.S.A.
GA 1984, 140
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29. Oktober 1992 - 4 StR 126/92 - BGHSt 38, 372
JR 1993, 334
- derselbe Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 (NStZ 1996, 502)
NStZ 1996, 505
- derselbe Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 19. Oktober 1999 - 4 StR 86/99 - NStZ 2000, 96

NStZ 2000, 98

Rill, Hans-Georg/
Vossel, Gerhard

Psychophysiologische Täterschaftsbeurteilung („Lügendetektion“, „Polygraphie“): Eine kritische Analyse aus psychophysiologischer und psychodiagnostischer Sicht
NStZ 1998, 481

Ritter, Joachim Friedrich

Friedrich von Spee Cautio Criminalis oder Rechtliches Bedenken wegen der Hexenprozesse
Neuaufgabe der 2. Auflage Frankfurt/Main 1632
Weimar 1939
zitiert: Ritter (1939)

Rönnau, Thomas

Die Absprache im Strafprozeß
Baden-Baden 1990
zugleich Diss Kiel 1989
zitiert: Rönnau (1990)

derselbe

Die neue Verbindlichkeit bei den strafprozessualen Absprachen
wistra 1998, 49

Rogall, Klaus

Die Mißachtung des Verbots der Selbstbelastung im geltenden und kommenden Abgabenrecht
ZRP 1975, 278

derselbe

Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst
Berlin 1977
zitiert: Rogall (1977)

derselbe

Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten
ZStW 91 (1979), 1

derselbe

Anmerkung zum Beschluß des OLG Karlsruhe vom 06.09.1988 - (NStZ 1989, 287)
NStZ 1989, 288

derselbe

Beweisverbote im System des deutschen und des amerikanischen Strafverfahrensrechts
in: Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, herausgegeben von Jürgen Wolter

- Neuwied Kriftel Berlin 1995
zitiert: Rogall (1995)
- derselbe in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz
17. Aufbaulieferung Dezember 1997
Frankfurt/ Main
zitiert:SK-Rogall (1997)
- Roschmann, Christian Das Schweigerecht des Beschuldigten im Strafprozeß; seine rechtlichen und faktischen Grenzen
Diss Bremen 1983
zitiert: Roschmann (1983)
- Rosenblatt, Josef Skizzen aus der Mappe eines Vertheidigers. Geständnis ohne Schuld.
GA 31 (1883), 446
- Rosenfeld, Ernst Heinrich Der Reichs-Strafprozess
Berlin 1901
zitiert: Rosenfeld (1901)
- Roxin, Claus Anmerkung zu BGH Beschluß vom 27.02.1992 - 5 StR 190/91 (BGHSt 38, 214)
JZ 1992, 923
- derselbe Strafverfahrensrecht
23. Auflage München 1993
zitiert: Roxin (1993)
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.10.1992 - 4 StR 126/92 (BGHSt 38, 372)
JZ 1993, 426
- derselbe Nemo tenetur: Die Rechtsprechung am Scheideweg
NStZ 1995, 465
- derselbe Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen
NStZ 1997, 18
- derselbe Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung
JZ 1997, 343
- derselbe Zur Rechtsstellung der Staatsanwalt-

- schaft damals und heute
DRiZ 1997, 109
- derselbe
Anmerkung zu den Urteilen des BGH
vom 24. Juli 1998 - 3 StR 78/98 -
NStZ 1999, 145 und vom 21. Juli 1998
- 5 StR 302/97 - NStZ 1999, 147
NStZ 1999, 149
- Rückel, Christoph
Verteidigertaktik bei Verständigun-
gen und Vereinbarungen im Strafver-
fahren
NStZ 1987, 297
- Rüping, Hinrich
Zur Mitwirkungspflicht des Beschul-
digten und Angeklagten
JR 1974, 135
- Salditt, Franz
25 Jahre Miranda
GA 1992, 51
- derselbe
Anmerkung zum Urteil des BGH vom
19.01.1999 - 1 StR 171/98 (NStZ
1999, 420)
NStZ 1999, 420
- Salger, Carsten A.
Das Schweigerecht des Beschuldigten
Köln Berlin Bonn München 1998
zugleich Diss Freiburg/Brsg. 1994/95
zitiert: Salger (1998)
- Schäfer, Gerhard
Die Praxis des Strafverfahrens
3. Auflage Stuttgart Berlin Köln
1992
zitiert: Schäfer (1992)
- Schäfer, Herbert
Rechtsgespräch und Verständigung im
Strafprozeß
DRiZ 1989, 294
- Schäfer, Karl
Einige Bemerkungen zu dem Satz „nemo
tenetur se ipsum accusare“
in: Festschrift für Hanns Dünnebier
zum 75. Geburtstag am 12. Juni 1982
Berlin New York 1982
zitiert: Schäfer FS Dünnebier (1982)
- Scheffler, Friedrich
Prozeßgesinnung und Prozeßbetrug
DStR 1939, 204
- Scherer, Thomas K.
Anmerkung zum Beschluß des BverfG
vom 15.10.1997 - 2 BvR 1211/97

- StraFo 1998, 16
- Schlehofer, Horst Die Menschenwürdegarantie des Grundgesetzes - absolute oder relative Begrenzung staatlicher Strafgewalt? GA 146 (1999), 357
- Schlothauer, Reinhold Das falsche Geständnis - ein Prozeßbericht StV 1981, 39
- Schlüchter, Ellen Zur Relativierung der gerichtlichen Aufklärungspflicht durch Verständigung im Strafverfahren
in: Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, herausgegeben von Manfred Seebode Berlin New York 1992
zitiert: Schlüchter FS Spindel (1992)
- dieselbe Wert der Form im Strafprozeß
in: Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts, herausgegeben von Jürgen Wolter Neuwied Kriftel Berlin 1995
zitiert: Schlüchter (1995)
- Schlüchter, Ellen/
Radbruch, Jochen Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.07.1994 - 1 StR 83/94 (BGHSt 40, 211)
NStZ 1995, 354
- Schmidhäuser, Eberhard Freikaufverfahren mit Strafcharakter im Strafprozeß? JZ 1973, 529
- Schmidt Leugnen ein Strafschärfungsgrund? DJZ 1906, 876
- Schmidt, Eberhard Inquisitionsprozeß und Rezeption
in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940, herausgegeben von der Leipziger Juristenfakultät Leipzig 1941
zitiert: Eberhard Schmidt FS Siber (1941)
- derselbe Strafrechtspflege und Rezeption ZStW 62 (1944), 232

derselbe	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz Nachtragsband I (StPO) Göttingen 1967 zitiert: Eberhard Schmidt (1967)
derselbe	Sinn und Tragweite des Hinweises auf die Aussagefreiheit des Beschuldig- ten NJW 1968, 1209
derselbe	Der Strafprozeß Aktuelles und Zeitloses NJW 1969, 1137
Schmidt, Hans Wolfgang	Zur Strafzumessung bei Verstößen ge- gen das BTMG MDR 1979, 884
Schmidt-Hieber, Werner	Vereinbarungen im Strafverfahren NJW 1982, 1017
derselbe	Hinweis auf die strafmildernden Wir- kungen eines Geständnisses? in: Festschrift für Rudolf Wasser- mann zum sechzigsten Geburtstag Darmstadt Neuwied 1985 zitiert: Schmidt-Hieber FS Wasser- mann (1985)
derselbe	Verständigung im Strafverfahren München 1986 zitiert: Schmidt-Hieber (1986)
derselbe	Der strafprozessuale „Vergleich“ - illegale Kungelei? StV 1986, 355
derselbe	Absprachen im Strafprozeß - Privileg de Wohlstandskriminellen? NJW 1990, 1884
derselbe	Absprachen im Strafprozeß - Rechts- beugung und Klassenjustiz? DRiZ 1990, 321
Schmidt-Leichner, Erich	Ist und bleibt Schweigen des Be- schuldigten zweischneidig? NJW 1966, 189
derselbe	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 5.4.1966 - 1 StR 26/66 - und BGH,

- Urteil vom 22.6.1966 - 2 StR 160/66
NJW 1966, 1718
- Schneider, Hans
Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März
1933
2. Auflage Erscheinungsort und -jahr
unbekannt, herausgegeben in der
Schriftenreihe der Bundeszentrale
für Heimatdienst, Heft 10
- Schneider, Hartmut
Überlegungen zur Zulässigkeit des
Aushorchens von Inhaftierten durch
V-Leute unter Einsatz technischer
Hilfsmittel
JR 1996, 401
- derselbe
Überlegungen zur strafprozessualen
Zulässigkeit heimlich durchgeführter
Stimmenvergleiche
GA 1997, 371
- Schneider, Lothar
Nonverbale Zeugnisse gegen sich
selbst
Tübingen 1991
zugleich Diss Tübingen 1990
zitiert: Schneider (1991)
- Schön, P. Anton
Pastoralfälle: Ist der Angeklagte in
einem Strafprozesse verpflichtet,
vor Gericht seine Schuld zu gestehen?
Theologisch-Praktische Quartals-
schrift 1936, 783
- Schoene, Heiko
Die Regelstrafe. Ein Versuch zur
Linderung des Unbehagens bei der
Strafzumessung
NJW 1967, 1118
- Schoetensack, A./
Loewe, W.
Grundfragen des neuen Strafverfah-
rensrechts
Stuttgart 1937
zitiert: Schoetensack/ Loewe (1937)
- Schorn, Hubert
Die Fürsorgepflicht im Strafverfah-
ren
MDR 1966, 639
- Schreieder, Horst
Die Stellung des Beschuldigten im
Hinblick auf die Aussage nach for-
mellem und materiellem Strafrecht
Zürich 1968

- zitiert: Schreieder (1968)
- Schünemann, Bernd Die Belehrungspflichten der §§ 243 IV, 136 n.F. StPO und der BGH MDR 1969, 101
- derselbe Die Verständigung im Strafprozeß - Wunderwaffe oder Bankrotterklärung der Verteidigung? NJW 1989, 1895
- derselbe Informelle Absprachen und Vertrauensschutz im Strafverfahren JZ 1989, 984
- derselbe Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag München 1990 zitiert: Schünemann Gutachten (1990)
- derselbe Entformalisierung des Ermittlungsverfahrens Kriminalistik 1990, 131
- derselbe Die informellen Absprachen als Überlebenskrise des deutschen Strafverfahrens in: Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag 22. Juni 1992 Bielefeld 1992 zitiert: Schünemann FS Baumann (1992)
- derselbe Wetterzeichen einer untergehenden Strafkultur? Wider die falsche Prophetie des Absprachenelysiums StV 1993, 657
- derselbe Der Richter im Strafverfahren als manipulierter Dritter? - Zur empirischen Bestätigung von Perseveranz- und Schulter-schlußeffekt in: Verfahrensgerechtigkeit, herausgegeben von Bierbrauer/ Gottwald/ Birnbreier-Stahlberger Köln 1995 zitiert: Schünemann (1995)
- Schulhofer, Stephen J. The Unconstitutionality of Plea Bargaining

- Harvard Law Review 83 (1969-1970),
1387
- derselbe Is Plea Bargaining inevitable?
Harvard Law Review 97 (1984), 1037
- Schwabe, Jürgen Rechtsprobleme des „Lügendetektors“
NJW 1979, 576
- derselbe Der „Lügendetektor“ vor dem Bundes-
verfassungsgericht
NJW 1982, 367
- Seebode, Manfred Über die Freiheit, die eigene Straf-
verfolgung zu unterstützen
JA 1980, 493
- derselbe Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.
April 1987 - 5StR 666/86 (BGHSt 34,
362)
JR 1988, 427
- Seibert, Claus Fehler bei der Strafzumessung
MDR 1952, 457
- derselbe Das Schweigen des Angeklagten
NJW 1965, 1706
- Seier, Jürgen Der strafprozessuale Vergleich im
Lichte des § 136a StPO
JZ 1988, 683
- Seitz, Helmut Anmerkung zum Anfragebeschluß des
BGH vom 22.03.2995 - 5 StR 680/94
(NStZ 1995, 410)
NStZ 1995, 419
- Sello, Erich Die Irrtümer der Strafjustiz und ih-
re Ursachen
Erster Band: Todesstrafe und lebens-
längliches Zuchthaus in richterli-
chen Fehlsprüchen neuerer Zeit
Berlin 1911
zitiert: Sello (1911)
- Siegert, Karl Nationalsozialistischer Strafprozeß
ZStW 54 (1935), 14
- derselbe Besprechung von: Vittorio Grevi, ne-
mo tenetur se detegere
GA 1975, 156

Sinner, Stefan	Der Vergleich im neuen italienischen Strafverfahren und die deutsche Diskussion um Absprachen ZRP 1994, 478
derselbe	Der Vertragsgedanke im Strafrecht Frankfurt/ Main Berlin Bern New York Paris Wien 1999 zugleich Diss Frankfurt/ Main 1998 zitiert: Sinner (1999)
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 17. November 1999 - 2 StR 313/99 StV 2000, 289
Siolek, Wolfgang	Verständigung im Strafverfahren - eine verfassungswidrige Praxis! DRiZ 1989, 321
Spendel, Günter	Zur Lehre vom Strafmaß Frankfurt/ Main 1954 zitiert: Spendel (1954)
derselbe	§ 51 Abs. 2 StGB und das Problem der Strafzumessung NJW 1956, 775
derselbe	Die Begründung des richterlichen Strafmaßes NJW 1964, 1758
Stamp, Frauke	Die Wahrheit im Strafverfahren Baden-Baden 1998 zugleich Diss Kiel 1998 zitiert: Stamp (1998)
Steinke, Wolfgang	Lügendetektor zugunsten des Beschul- digten? MDR 1987, 535
Stern, Steffen	Der Geständniswiderruf als forensi- sches Erkenntnisproblem StV 1990, 563
Sternberg-Lieben, Detlev	Die „Hörfalle“ - Eine Falle für die rechtsstaatliche Strafverfolgung? Jura 1995, 299
Stock, Ulrich	Zur Strafprozeßerneuerung Leipzig 1935 zitiert: Stock (1935)

Stratenwerth, Günter	Tatschuld und Strafzumessung Tübingen 1972 zitiert: Stratenwerth (1972)
Streck, Michael	Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zum strafrechtlichen Verwertungsverbot bei Aussagen des Gemeinschuldners und seine Auswirkungen im Steuerstrafrecht StV 1981, 362
Stree, Walter	in: Strafgesetzbuch, Adolf Schönke/ Horst Schröder 25. Auflage München 1997 zitiert: Sch-Sch-Stree (1997)
Streng, Franz	Schuld, Vergeltung, Generalprävention Eine tiefenpsychologische Rekonstruktion strafrechtlicher Zentralbegriffe ZStW 92 (1980), 637
derselbe	Strafrechtliche Sanktionen: Grundlagen und Anwendung Stuttgart Berlin Köln 1991 zitiert: Streng (1991)
Stümpfler, Hermann	Das Schweigen im Strafverfahren oder Bußgeldverfahren DAR 1973, 1
Stürner, Rolf	Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung NJW 1981, 1757
Tröndle, Herbert	Über den Umgang des Richters mit den anderen Verfahrensbeteiligten DRiZ 1970, 213
Tröndle, Herbert/ Fischer, Thomas	Strafgesetzbuch und Nebengesetze 49. Auflage München 1999
Tzschach, Werner	Schweigen verboten? DAR 1973, 286
Undeutsch, Udo	Die Verwertbarkeit unwillkürlicher Ausdruckerscheinungen bei der Aussagenwürdigung Eine Anfrage von psychologischer Seite

- ZStW 87 (1975), 650
- derselbe Die Untersuchung mit dem Polygraphen („Lügendetektor“)
Kriminalistik 1977, 193
- derselbe Die Leistungsfähigkeit der heutigen
Methoden der psychophysiologischen
Täterschaftsermittlung
MSchKrim 1979, 228
- derselbe Untersuchung mit dem Polygraphen
(„Lügendetektor“) – eine wissen-
schaftliche Methode zum Nachweis der
Unschuld
FamRZ 1996, 329
- Unger Anmerkung zu RG, 2. Senat v. 30. Mai
1929; 2 D 1072/28
JW 1930, 713
- Uphoff, Roland Die deutsche Strafzumessung unter
dem Blickwinkel amerikanischer
Strafzumessungsrichtlinien
Aachen 1998
zugleich Diss Bielefeld 1997
zitiert: Uphoff (1998)
- Ventzke, Klaus-Ulrich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.
Mai 1996 – 1 StR 154/96 (BGHSt 42,
170)
StV 1996, 524
- Volckart, Bernd Das Verwertungsverbot für Lügende-
tektortests
R & P 1998, 138
- Weigend, Thomas Strafzumessung durch die Parteien –
Das Verfahren des Plea Bargaining im
amerikanischen Recht
ZStW 94 (1982), 200
- derselbe Absprachen in ausländischen Straf-
verfahren
Freiburg 1990
zitiert: Weigend (1990)
- derselbe Abgesprochene Gerechtigkeit
Effizienz durch Kooperation im
Strafverfahren?
JZ 1990, 774

derselbe	Eine Prozeßordnung für abgesprochene Urteile? NStZ 1999, 57
derselbe	Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 19.10.1999 - 4 StR 86/99 - StV 2000, 4 StV 2000, 63
Wessels, Johannes	Schweigen und Leugnen im Strafverfahren JuS 1966, 169
Weßlau, Edda	Opferschonendes Prozeßverhalten als Strafmilderungsgrund? KJ 26 (1993), 461
dieselbe	Zwang, Täuschung und Heimlichkeit im Strafverfahren ZStW 110 (1998), 1
Widmaier, Gunter	Der strafprozessuale Vergleich StV 1986, 357
Wimmer, August	Gestehen und Leugnen im Strafprozeß ZStW 50 (1930), 538
derselbe	Die Strafzumessungstatsachen im Prozeß NJW 1947/48, 126 und 176
Wolf, Erik	Zur Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren ZAkDR 1937, 177
Wolfe, Tom	The Bonfire of the Vanities Toronto New York London Sydney Auckland 1987 zitiert: Wolfe (1987)
Wolff, Heinrich Amadeus	Selbstbelastung und Verfahrenstrennung Das Verbot des Zwangs zur aktiven Mitwirkung am eigenen Strafverfahren und seine Ausstrahlungswirkung auf die gesetzlichen Mitwirkungspflichten des Verwaltungsrechts Berlin 1997 zugleich Diss Speyer 1996 zitiert: Wolff (1997)
Wolfslast, Gabriele	Beweisführung durch heimliche Ton-

	bandaufzeichnung NStZ 1987, 103
Wollweber, Harald	Anmerkung zu BGH, Urteil vom 07.01.1997 - 1 StR 666/96, NStZ 1997, 251 NStZ 1998, 311
Wright, Douglass B.	Plea Bargaining - A Necessary Tool Connecticut Law Review 16 (1983-84), 1015
Würtenberger, Thomas	Ist die Anwendung des Lügendetektors im deutschen Strafverfahren zuläs- sig? JZ 1951, 772
Wulffen, Erich	Kriminalpsychologie Berlin 1926 zitiert: Wulffen (1926)
Zacharias, Fred C.	Justice in Plea Bargaining William and Mary Law Review 39 (1998), 1121
Zierl, Gerhard	Der Vergleich im Strafverfahren - oder „Tausche Geständnis gegen Be- währung“ AnwBl 1985, 505
Zschockelt, Alfons	Die Urteilsabsprache in der Recht- sprechung des BVerfG und des BGH NStZ 1991, 305
derselbe	Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.2.1996 - 5 StR 679/95 - BGHSt 42, 46 NStZ 1996, 449

Aussagefreiheit und Geständnisbonus

Erster Teil: Die Grundlagen der Aussagefreiheit

Erster Abschnitt: Das Problem

„Sie haben die Anklage des Staatsanwalts gehört. Es steht Ihnen frei, sich zu den erhobenen Vorwürfen zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Falls Sie ein Geständnis ablegen, könnte das allerdings strafmildernd berücksichtigt werden“.

So oder ähnlich wird ein Angeklagter von deutschen Strafgerichten über seine Aussagefreiheit gemäß § 243 IV 1 StPO belehrt. Der Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses ist gängige Praxis. Der Angeklagte, der sich regelmäßig in einer psychischen Ausnahmesituation befindet, wird so vor die Wahl gestellt, entweder eine - relativ - mildere Strafe sicher hinzunehmen oder in der Hoffnung auf einen Freispruch zu schweigen. In letzterem Falle schweigt er auf eigenes Risiko. Denn wenn es gleichwohl zu einer Verurteilung kommt, wird er - relativ - höher bestraft, da er nicht in den Genuß der Strafmilderung für ein Geständnis kommt. Jeder Angeklagte - und zwar auch der unschuldig Angeklagte, worauf *Damaska*¹ zu Recht hinweist - wird so einem Geständnisdruck ausgesetzt; er sieht sich gezwungen, sein Recht auf Freiheit zur Aussage ggf als prozeßtaktisches Mittel einsetzen zu müssen. Denn er ist damit konfrontiert, daß das erkennende Gericht bereits das Hauptverfahren eröffnet, mithin aufgrund der Aktenlage einen hinreichenden Tatverdacht im Sinne des § 203 StPO bejaht hat; in Haftsachen ist sogar ein dringender Tatverdacht bejaht worden.

Der Angeklagte weiß also, daß die Richterbank, vor der er steht, zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Verurteilung für (zumindest) überwiegend wahrscheinlich hält. In dieser Situation bieten ihm dieselben Richter eine Strafmilderung für ein Geständnis an.

Es ist Gegenstand der vorliegenden Bearbeitung, die rechtliche Zulässigkeit der skizzierten forensischen Praxis zu untersuchen. Bedenken ergeben sich insbesondere aus der Überlegung, daß die Aussagefreiheit durch die in Aussicht gestellte Strafmilderung im Ergebnis beeinträchtigt werden könnte. Je erdrückender die Beweislage - tatsächlich oder auch nur aus der subjektiven Sicht des Angeklagten - ist, desto mehr kann er sich genötigt fühlen, auf sein Schweigerecht zu verzichten und ein Geständnis abzulegen.

¹ StV 1988, 398

Im ersten Teil sollen zunächst die Grundlagen der Aussagefreiheit erarbeitet werden. Es gilt, die historischen Wurzeln, die rechtlichen Verankerungen sowie die Kautelen zu finden, unter denen die Rechtsprechung Aussagefreiheit zugesteht.

Der zweite Teil befaßt sich mit der Frage, auf welche Weise die Aussagefreiheit in die Strafzumessung ausstrahlt. Egal wie sich der Angeklagte stellt, stets ist zu klären, wie sich sein prozessuales Verhalten - Schweigen, Leugnen, Gestehen - auf die Bemessung der Strafe auswirkt. Da das Einverständnis mit einem Lügendetektortest ebenfalls ein - äußerst sensibles - Prozeßverhalten darstellt, wird dieser Punkt hier auch dargestellt.

Die eigentliche Frage, ob - und wenn ja, wie - ein Geständnisbonus strafzumessungsrechtlich zu rechtfertigen ist, bildet den Gegenstand des dritten Teils. Die hiergegen vorzubringenden Bedenken werden im vierten Teil gegenübergestellt. Der fünfte Teil befaßt sich folgerichtig mit den Konsequenzen aus den gefundenen Ergebnissen.

Abschließend wird - im sechsten Teil - eine Parallele zur rechtlichen Situation in den USA gezogen, wo das plea bargaining ein (scheinbar) unverzichtbarer Teil des juristischen Systems geworden ist.

Der siebente Teil enthält die Schlußbetrachtung.

Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 12. Juli 2000 berücksichtigt.

Zweiter Abschnitt: Die historischen Wurzeln der Aussagefreiheit - nemo tenetur se ipsum accusare

Die Geschichte der Aussagefreiheit ist wechselvoll.

I. Das germanische Recht²

Früher war alles ganz einfach. Bei Vollmond und Neumond, außerdem noch an Dienstagen - Zius-Tag - wurde Gerichtstag gehalten³. Die Versammlung der Volksgenossen im sogenannten Thing fand im Freien statt; auf Hügeln, unter Gerichtseichen oder Gerichtslinden⁴. Die Aufgabe des zuvor gewählten Gerichtsleiters erschöpfte sich darin, die Verhandlung zu leiten; die Entscheidung selbst oblag der Versammlung der Thinggenossen⁵. Diese bestand aus den wehrfähigen Männern, als Gerichtsmannen rachenburgii genannt⁶. Erst später entwickelte sich die Übung, ausgewählten Männern aus der Mitte der Versammlung, den rachenburgii sedentes, die Aufgabe zu übertragen, die Verhandlung zu leiten und der Versammlung einen Urteilsvorschlag zu machen⁷.

Im Verfahren wurde nicht unterschieden zwischen zivilrechtlichen und strafrechtlichen Fragen: da eine staatliche Strafverfolgung nicht existierte, war es Sache des Verletzten oder seiner Sippe, Ansprüche auf Genugtuung im Thing geltend zu machen⁸. Es bedurfte eines feierlichen Formalaktes, um die Klage zu erheben⁹. Die Ansprüche waren gerichtet auf Zahlung eines Wergeldes für einen getöteten Mann, eines an die Gemeinde zu zahlenden Friedensgeldes (sog. Fredus) oder gar auf Friedloserklärung - hierdurch wurde der Täter aus der Stammesgemeinschaft ausgestoßen und zum „Werwolf“¹⁰. Ihn zu töten, waren alle Stammesgenossen aufgerufen.

Eine Aussagepflicht kannte dieses Parteiverfahren nicht; jeder Beklagte war befugt, die Antwort auf die vorgetragene Klage zu verweigern¹¹. Allerdings war dieses Weigerungsrecht nur unvollkommen, wurde doch das Schweigen als Geständnis gewertet¹². Es war daher Sache des Beklagten, den Beweis seiner Unschuld zu

² vgl hierzu grundlegend Plöger (1982)

³ Roxin, Strafverfahrensrecht (1993) S. 455

⁴ Roxin, Strafverfahrensrecht (1993) S. 455

⁵ Henkel (1968) S. 24, 26

⁶ Gerland (1926/1977) S. 14

⁷ Gerland (1926/1977) S. 15

⁸ Plöger (1982) S. 7

⁹ Wessels JuS 1966, 169, 170 Fn. 7

¹⁰ Mitteis/ Lieberich (1992) S. 40f; Roxin, Strafverfahrensrecht (1993) S. 455

¹¹ Goldschmidt (1925/1962) S. 68, unter Hinweis auf die im Layenspiegel überlieferten Protestationsformen: „...deßhalb er (der Beklagte) nit schuldig sei ... auff die clag zu antworten“; siehe auch Höra (1970) S. 43

¹² Wolff (1997) S. 25

führen. Hierzu standen ihm streng formalisierte Beweismittel zur Verfügung, wie etwa der Reinigungseid, bei dem von ihm beigebrachte Eideshelfer ihre Überzeugung von der Reinheit – und damit Wahrheit – seiner Aussage beschworen¹³. Diese Zeugen waren daher keine Entlastungszeugen im eigentlichen Sinne, sondern eher Leumundszeugen. Außerdem wurden – allerdings nur subsidiär¹⁴ – Gottesurteile gesucht: bei der Wasserprobe wurde der Beklagte gefesselt ins Wasser geworfen; ging er unter, war er unschuldig und wurde wieder herausgeholt. Blieb er hingegen an der Oberfläche, stieß also das reine Wasser ihn ab, wurde dies als Beweis seiner Schuld angesehen. Als Bahrrecht bezeichnete man die Aufforderung an den Beklagten, die aufgebahrte Leiche des Getöteten zu küssen; fingen dessen Wunden an zu bluten, war dies ein Beweis der Schuld¹⁵. Weit verbreitet war auch der Einsatz der Feuerprobe zur Erlangung eines Gottesurteils¹⁶.

Diesem Verfahren lag der sakrale Rechtsglaube zugrunde, daß mit dem Ausgang des formalen Beweismittels auch das rechtlich Richtige angezeigt werde¹⁷; die Rechtsfolgen traten automatisch ein, ohne daß es noch einer richterlichen Würdigung bedurfte¹⁸. Dieser Glaube hielt sich jahrhundertlang, bis weit in die Christianisierung hinein¹⁹. Es ist daher nicht überraschend, daß die Folter im älteren deutschen Strafverfahren unbekannt war²⁰ – sie war schlicht nicht nötig²¹. Eine Ausnahme galt nur dann, wenn der Beschuldigte nicht eidesfähig war; an die Stelle des Reinigungseides trat dann die Folter²².

II. Der Talmud

Erstmals im Talmud wird das nemo-tenetur-Prinzip erwähnt²³. In Synhedrin, Fol. 9, heißt es: *„(Bekundet jemand,) jener habe gewaltsam mit ihm Päderastie getrieben, so wird er mit noch einem (Zeugen) vereinigt, jenen hinzurichten; wenn aber mit seiner Einwilligung, so ist er ein Frevler, und die Tora sagt, daß man keinen Frevler als Zeugen zulasse. Raba sagte: Jeder stehe sich selbst nahe und mache sich selbst nicht zum Frev-*

¹³ Mitteis/Lieberich (1992) S. 47; Roxin, Strafverfahrensrecht (1993) S. 455

¹⁴ Mitteis/Lieberich (1992) S. 47

¹⁵ Roxin, Strafverfahrensrecht (1993) S. 455

¹⁶ Mitteis/Lieberich (1992) S. 47

¹⁷ Eb. Schmidt NJW 1969, 1137, 1138

¹⁸ Wessels JuS 1966, 169, 170

¹⁹ Eb. Schmidt NJW 1969, 1137, 1138

²⁰ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 11; Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 358; zweifelnd allerdings von Hippel (1941) S. 16 unten („Folter gibt es, wenn überhaupt, wohl nur bei Unfreien“)

²¹ zur Furcht vor der Rache der Götter als Garant für eine richtige Entscheidung vgl Gerland (1926/1977) S. 16

²² Höra (1970) S. 44 betreffend das Knechtsverfahren

²³ Dingeldey JA 1984, 407; Wolff (1997) S. 21

ler". Goldschmidt²⁴ merkt hierzu ohne nähere Begründung an, daß die Aussage gegen sich selbst - also im Sinne einer Selbstbelastung - ungültig sei, wohl aber gegen den Beschuldigten wirke.

Eine andere Herleitung beruft sich auf die fünf Bücher Moses, und zwar genauer auf Deuteronomium 17,6,7: „Wenn es um Leben oder Tod eines Angeklagten geht, darf er nur auf die Aussage von zwei oder drei Zeugen hin zum Tod verurteilt werden. Auf die Aussage eines einzigen Zeugen hin darf er nicht zum Tod verurteilt werden" sowie 19,5: „Wenn es um ein Verbrechen oder ein Vergehen geht, darf ein einzelner Belastungszeuge nicht Recht bekommen, welches Vergehen auch immer der Angeklagte begangen hat. Erst auf die Aussage von zwei oder drei Zeugen darf eine Sache Recht bekommen". Die Gründe sind durchaus unklar. Eine mögliche Deutung soll, so Rogall²⁵, darin liegen, daß die Zeugen auch verpflichtet waren, den Verurteilten hinzurichten; hierzu könne der Delinquent selbst nicht gehören. Hinzu komme ein weiterer Aspekt, der sich aus Deuteronomium 24, 16 ergebe. Danach sei niemand verpflichtet, gegen seine Angehörigen auszusagen. Erst recht müsse dann aber gelten, daß niemand gegen sich selbst aussagen müsse, denn jeder sei sich selbst der Nächste.

Ab dem vierten Jahrhundert n.C. beriefen sich auch christliche Kirchenlehrer auf das alte Testament. So predigte etwa Johannes Chrysostomos, Patriarch von Konstantinopel, im vierten und fünften Jahrhundert das nemo-tenetur-Prinzip, hatte damit aber keinen nachhaltigen Einfluß²⁶. Erst Gratian griff im 12. Jahrhundert die Thesen des Chrysostomos wieder auf²⁷.

III. Das Recht Altgriechenlands

Im Recht Altgriechenlands haben verschiedene Staaten die Folter gegen Freie und Unfreie angewandt, eine Aussagefreiheit mithin verneint. Das athenische Recht beschränkte die Folter auf Sklaven und Fremde, begründete dies damit, daß Sklaven von Natur aus lügenhaft veranlagt seien²⁸.

IV. Das römische Recht

Das römische Recht differenzierte. Während dem leugnenden Beklagten im Zivilprozeß durchaus ein Vermögensnachteil auferlegt werden konnte (lis in fitando crescit in duplum), war dem

²⁴ Goldschmidt (1933) S. 496 Anm. 238

²⁵ Rogall (1977) S. 69 mwN

²⁶ Rogall (1977) S. 70; Seebode JA 1980, 493, 496; Wolff (1997) S. 22

²⁷ Rogall (1977), S. 70

²⁸ Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 357; Wessels JuS 1966, 169, 170; Stümpfler DAR 1973, 1

Angeklagten im Strafverfahren die Einlassung freigestellt: ihm mußte die Tat nachgewiesen werden²⁹.

Andererseits war dem römischen Recht auch die Folter nicht unbekannt. Sie wurde zunächst – in republikanischer Zeit – nur gegen Unfreie eingesetzt³⁰, was seine Rechtfertigung in der umfassenden Macht des pater familias fand³¹. Dies änderte sich mit dem Aufkommen des Prinzipats. Unter Tiberius wurden bereits freie Bürger gefoltert, vor allem bei Staatsdelikten. Letztendlich waren nur noch hochstehende Personen, wie Senatoren oder höhere Beamte, von der Folter ausgenommen. Diese Regelung ging über in die libri terribilis des Corpus juris civilis und fand über die Strafrechtswissenschaft der oberitalienischen Universitäten Eingang in die Gesetzgebung des Mittelalters³².

V. Der Inquisitionsprozeß

Die im 11./12. Jahrhundert einsetzende Landfriedensbewegung führte zu einer Änderung in der Strafverfolgung. Aus dem Kampf gegen sog. „landschädliche Leute“, die in marodierenden Banden über das Land zogen³³, resultierte das Streben nach staatlicher Strafverfolgung³⁴. Es entwickelte sich das Offizialprinzip, aus dem im 13. Jahrhundert³⁵ der Inquisitionsprozeß erwuchs.

Das einzige Rechtssystem, auf das dabei zurückgegriffen werden konnte, war das kanonische Recht. Die frühen Thesen des Chrysostomos, die von Gratian noch im 12. Jahrhundert aufgegriffen worden waren, konnten sich nicht durchsetzen. Im Gegenteil; das vierte Lateralkonzil führte im Jahre 1215 den Offizialeid „de veritate dicenda“ ein, den der Beschuldigte schwören mußte, ohne zu wissen, welche Beschuldigung gegen ihn erhoben worden war³⁶. Die bis dahin bestehende Möglichkeit des Reinigungseides wurde abgeschafft³⁷. Thomas von Aquin postulierte im 13. Jahrhundert eine Verpflichtung des Angeklagten zur vollständigen und wahrheitsgemäßen Aussage; dies entwickelte sich

²⁹ Kallmann GA 54 (1907), 230; vgl im einzelnen zum römischen Recht von Hipfel (1941), S. 16 ff

³⁰ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10; Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 357; Stümpfler DAR 1973, 1; Moos (1983) S. 14

³¹ Höra (1970) S. 41f

³² Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 357

³³ Eb. Schmidt NJW 1969, 1137, 1138; ausführlich zur Geschichte des Strafverfahrens vom 13. bis 16. Jahrhundert Eb. Schmidt FS Siber (1941)

³⁴ Eb. Schmidt ZStW 62 (1944), 232, 236f

³⁵ Höra (1970) S. 43, Fn. 91, benennt als erste Nachweise das Recht von Wiener Neustadt, etwa 1220/1230, cap. 107, Wiener Judenprivileg von 1238, Schwabenspiegel Art. 375 Abs.3

³⁶ Gerland (1926/1977) S. 18; Rogall (1977) S. 72; dies änderte sich erst im 20. Jahrhundert, vgl Schön Theologisch-praktische Quartalsschrift 1936, 783, 788

³⁷ Rogall (1977) S. 71

zur führenden Doktrin des kanonischen Rechts³⁸. So wurde die Wahrheitspflicht zum beherrschenden Grundsatz des Inquisitionsprozesses; das Recht zur Aussagefreiheit wich dem Interesse an einer möglichst umfassenden Wahrheitsfindung³⁹.

Beinahe zwangsläufig führte dies zu einem bis dahin nicht gekannten Einsatz der Folter. Zuvor war im kanonischen Recht die Folter als unzulässig angesehen worden; eine Ausnahme galt nur bei der Ketzereinquisition⁴⁰. Nunmehr wurde auch in „normalen“ Verfahren die Folter zur Erlangung eines Geständnisses eingesetzt⁴¹. Ein Grund hierfür war die Vorstellung, daß jeder Verbrecher vom Teufel besessen sei und dies nur durch die Folter gebrochen werden könne⁴²; im Prozeß kämpfte der Richter mit dem Teufel⁴³. Ein anderer Grund kann in der gesetzlichen Beweistheorie gesehen werden: für eine Verurteilung reichten weder Indizien noch eine sonstwie geartete freie Überzeugung des Gerichts aus. Vielmehr war erforderlich ein Geständnis oder die Aussage zweier Zeugen, die entweder den Täter bei der Tat selbst gesehen haben oder über jeden Zweifel erhaben sein müssen⁴⁴. Da Tatzeugen nur selten zur Verfügung stehen, entwickelte sich das Geständnis zu dem entscheidenden Beweismittel: *confessio est regina probationum*⁴⁵. Die Einschränkung der Beweismittel, die den Beschuldigten eigentlich vor richterlicher Willkür schützen sollte, wirkte sich daher im Ergebnis gegen ihn aus⁴⁶.

Insgesamt war der Inquisitionsprozeß durch fünf Grundsätze gekennzeichnet⁴⁷:

- Einleitung des Verfahrens von Amts wegen
- Heimlichkeit des Verfahrens⁴⁸
Der Angeklagte wurde über den Gegenstand der Vernehmung im Unklaren gelassen. Auch bei der Vernehmung der Zeugen war er nicht zugegen.
- Schriftlichkeit des Verfahrens
Die Beweisaufnahme erfolgte vor einem Untersuchungsgericht, welches ein Protokoll erstellte und zu den Akten nahm⁴⁹; so-

³⁸ Rogall (1977) S. 70; Dingeldey JA 1984, 407; Wolff (1997) S. 22

³⁹ Dingeldey JA 1984, 407; noch 1925 nannte Meile (1925) S. 49, als Ziel der Spezialinquisition ein Geständnis in Buße und Reue, auf welches der Bischof im persönlichen Verhör hinwirken sollte

⁴⁰ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 11

⁴¹ Wessels JuS 1966, 169, 170; im 13. und 14. Jahrhundert; Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 11: seit Ende des 15. Jahrhunderts

⁴² Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 358

⁴³ Rüping JR 1974, 135, 136

⁴⁴ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 656

⁴⁵ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 656

⁴⁶ Rogall (1977) S. 88

⁴⁷ Rogall (1977) S. 87

⁴⁸ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 660

⁴⁹ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 655

gar ein Gebärdenprotokoll wurde – wenn nötig – gefertigt. Diese Akten wurden sodann dem Strafgericht vorgelegt, welches allein aufgrund der Aktenlage entschied⁵⁰. Hierdurch sollte die Objektivität des Urteilsspruchs gesichert werden.

- Beschränkung der Beweismittel
Ein Urteil konnte nur aufgrund fixierter Beweismittel ergehen
- Verpflichtung des Beschuldigten zu umfassender und wahrheitsgemäßer Aussage
Diese konnte durch Folter und peinliche Befragung erzwungen werden.

Der fränkische Ritter *Johannes Freiherr zu Schwarzenberg und Hohenlandsberg* (1463 oder 1465 – 1528) schuf im Jahre 1507 eine Halsgerichtsordnung für das Bistum Bamberg, die sog. „Constitutio Criminalis Bambergensis“. Diese wiederum war Vorbild für die Peinliche Halsgerichtsordnung Kaiser Karls V., die „Constitutio Criminalis Carolina“ von 1532⁵¹. Zwar hat Schwarzenberg wohl nur beim ersten Entwurf mitgearbeitet, doch sind die Bestimmungen der Bambergensis größtenteils wörtlich in die Carolina übernommen worden⁵².

Beide Gesetzeswerke zeichneten sich dadurch aus, daß versucht wurde, einen kontrollierbaren, an Form und Regeln gebundenen Strafprozeß zu schaffen⁵³; hierin lag der eigentliche Fortschritt. Nach wie vor war die Folter vorgeschrieben, indes nicht unbeschränkt. Ein durch Folter erlangtes Geständnis reichte nur aus, wenn sonstige Umstände vorlagen, die auf die Richtigkeit hindeuteten⁵⁴. Suggestivfragen auf der Folterbank waren verboten; überdies reichte das unmittelbar nach der Folter abgelegte Geständnis nicht aus: vielmehr sollte der Angeklagte einen oder mehrere Tage später erneut befragt werden, und zwar nicht in der Folterkammer, sondern „in die büttelstuben oder ander gemach“ (Art. 56). Das in der Marter abgelegte Geständnis war unwirksam (Art. 58), entscheidend war die Aussage, „so er von der marter gelassen ist“.

Diese offensichtlichen Bemühungen, das durch Folter erwirkte Geständnis auf seine Richtigkeit zu überprüfen, mögen aus heutiger Sicht naiv, vielleicht rührend wirken. Dies würde dem Kontext der Zeit jedoch nicht gerecht. Durch die Vorgabe, erfolterte Geständnisse nicht kritiklos zu übernehmen, stellte die Carolina einen echten Fortschritt dar. Bezeichnend ist, daß die gerichtliche Praxis sich an diese Einschränkungen nicht hielt: den Höhepunkt erreichte die Folter in den Hexen-

⁵⁰ Rogall (1977) S. 87

⁵¹ Stümpfler DAR 1973, 1

⁵² Schreieder (1968) S. 9

⁵³ Eb. Schmidt NJW 1969, 1137, 1138

⁵⁴ Kallmann GA 54(1907), 230

prozessen des 16. und 17. Jahrhunderts⁵⁵. Höra⁵⁶ überliefert eine Äußerung des französischen Parlamentspräsidenten, der gesagt haben soll, er würde zunächst einmal die Flucht ergreifen, sollte man ihn beschuldigen, die Türme von Notre Dame gestohlen zu haben.

VI. Die Aufklärung

Erst mit der Aufklärung setzte ein Umdenken ein.

Zunächst Friedrich von Spee⁵⁷ im Jahre 1632, ein Jahrhundert später auch Montaigne, Montesquieu (1748) sowie Beccaria in seiner Schrift „Dei delitti e delle penne“ von 1764 wandten sich gegen die Folter als Prüfstein der Wahrheit⁵⁸. Auch S.D.C. (Seigneux de Correvons) argumentierte 1768 in der Schrift „Essai sur l'usage, l'abus et les inconvénients de la torture“ gegen die Folter⁵⁹.

Die europäischen Staaten schufen nach und nach die Folter ab: Schottland (1702), Preußen durch die Kabinettsorder Friedrich des Großen von 1740 und 1754, Rußland (1768), Schweden (1772), Österreich (1776), Frankreich (1780) und die Schweiz (1798)⁶⁰. Letztere allerdings blieb nicht lange bei dem Verbot der Folter: nachdem die Schweiz am 19. Februar 1803 von Napoleon Bonaparte die sog. Mediationsakte erhalten hatte, sind fast alle Kantone dazu übergegangen, die Tortur wieder einzuführen. Noch 1869 hat ein junger Verhörsrichter, ein Schüler Mittermaiers aus Heidelberg, in Zug eine regelrechte Folterung mit Daumenschrauben, Aufzug und Stockprügeln durchführen lassen⁶¹.

Es wäre indes ein Trugschluß zu glauben, daß durch die Abschaffung der Folter auch der Aussagezwang beseitigt wurde. Denn an die Stelle der Tortur tragen die sog. Ungehorsams- und Lügenstrafen⁶², bestehend aus körperlicher Züchtigung, verschärftem Arrest und ähnlichen Mitteln, mit denen der Angeklagte für sein Leugnen bestraft wurde⁶³. Die preußische Criminalordnung vom 11. Dezember 1805 etwa hielt an der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage fest und sah notfalls körperliche Züchtigung durch Peitschen- und Rutenhiebe vor⁶⁴. Sogar das

⁵⁵ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 11

⁵⁶ Höra (1970) S. 47 Fn. 105

⁵⁷ Cautio Criminalis S. 134, zitiert nach Ritter (1939)

⁵⁸ Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 358

⁵⁹ Rogall (1977) S. 89

⁶⁰ Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 362; Wessels JuS 1966, 169, 170

⁶¹ Pfenninger FS Rittler (1957), 355, 363

⁶² Wessels JuS 1966, 169, 170

⁶³ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 11

⁶⁴ Wessels JuS 1966, 169, 170; Rogall (1977) S. 90

fortschrittliche, von Paul Anselm Feuerbach geschaffene „Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern“ von 1813 ermöglichte das Verhängen von Lügenstrafen⁶⁵; immerhin war der Beschuldigte zuvor zu belehren, daß er nicht gezüchtigt werde, um ein Geständnis zu erpressen⁶⁶.

Nur langsam setzten sich die Gedanken des politischen Liberalismus auch im Strafverfahren durch. Die französische Revolution hatte in Frankreich den „Code d'instruction criminelle“ von 1808 geprägt, der auf den Grundsätzen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und dem Anklageprinzip beruhte⁶⁷. Auch im Falle eines Geständnisses war hiernach eine Beweisaufnahme notwendig⁶⁸. Hierin kam die Tendenz zum Ausdruck, das Beweisverfahren zu entformalisieren zugunsten eines freieren richterlichen Ermessens. In den preußischen Rheinprovinzen blieb der Code auch nach dem Abzug der französischen Truppen in Kraft.

Dies hatte Einfluß auf die rechtspolitische Entwicklung in den deutschen Staaten, die fast ausschließlich dem französischen Vorbild folgten⁶⁹. Die Paulskirchenverfassung vom 28. März 1849 regelte in Artikel X, § 179 Abs. 1: „In Strafsachen gilt der Anklageprozeß“⁷⁰. Im einzelnen waren die Verfahrensordnungen unterschiedlich; am fortschrittlichsten war die braunschweigische StPO von 1849, die den Untersuchungsrichter verpflichtete, dem Beschuldigten beim ersten Verhör zu eröffnen, daß er zu keiner Antwort oder Erklärung auf die ihm vorgelegten Fragen verpflichtet sei⁷¹.

Es liegt daher nahe, die Einrichtung der ersten preußischen Staatsanwaltschaft in Berlin durch das „Gesetz, betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht in Berlin zu führenden Untersuchungen“ vom 17. Juli 1846⁷² auf das liberale Bestreben zurückzuführen, die Rechtsstellung des Beschuldigten zu verbessern. Tatsächlich aber war Friedrich Wilhelm IV. unzufrieden mit der seiner Meinung nach zu milden Rechtsprechung in Staatsschutzsachen; überdies standen die Strafrichter in dem Ruf, sich durch „Unfleiß, Parteilichkeit und Selbstüberhebung“ auszuzeichnen⁷³. Nachdem von Savigny als Gesetzgebungsminister sowie von Mühler als Justizverwaltungsminister längere Zeit an den Entwürfen gearbeitet hatten, waren Aufstände, die Anfang 1846 in den besetzten polnischen Ge-

⁶⁵ Stümpfler DAR 1973, 1, 2

⁶⁶ Salditt GA 1992, 51

⁶⁷ Rogall (1977) S. 91

⁶⁸ Stümpfler DAR 1973, 1, 2

⁶⁹ Klug ZRP 1999, 288, 289; siehe auch Nickl (1978) S. 13, der auf die württembergische Strafprozeßordnung vom 22. Juni 1843 sowie die badische Strafprozeßordnung vom 06. März 1845 verweist

⁷⁰ Wolff (1997) S. 27

⁷¹ Rüping JR 1974, 135, 136; Dingeldey JA 1984, 407, 408

⁷² Gesetz-Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten, 1846, Nr. 21, 267ff, zitiert nach Roxin DRiZ 1997, 109, 112 Fn. 23

⁷³ Roxin DRiZ 1997, 109, 110

bieten zur Verhaftung mehrerer hundert Revolutionäre führten, der letzte Anstoß: die anstehenden Staatsschutzprozesse bei dem Kammergericht sollten rasch - und öffentlich - abgeurteilt werden, was nach den Regeln des bis dahin geltenden Inquisitionsprozesses nicht möglich war⁷⁴.

Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, daß sich insgesamt, insbesondere in der Folge der Revolution von 1848, die liberalen Tendenzen verstärkten. Die Frage, ob der Angeklagte zur Aussage verpflichtet sei, blieb in der Wissenschaft jedoch umstritten⁷⁵. Die Befürworter eines Parteienverfahrens nach englischem Vorbild lehnten dies ab; die Vernehmung solle Gehör bieten, nicht Verhör sein. Die wohl überwiegende Gegenmeinung berief sich auf eine andere Rechtstradition. So erklärte *Stemann* am 11. Deutschen Juristentag 1873, „daß die deutschen Gesetze alle die Vernehmung des Angeklagten für geboten halten, dagegen die Anwendung aller Zwangsmittel zur Erlangung einer Erklärung für unzulässig erklären, wohl aber die moralische Einwirkung zur Geständniserlangung gestatten und davon ausgehen, daß er dem Richter gegenüber zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichtet sei“⁷⁶.

VII. Der reformierte deutsche Strafprozeß

In die Reichsstrafprozeßordnung vom 01. Februar 1877 (RGBl 346), in Kraft getreten am 01. Oktober 1879, wurde eine Belehrungspflicht nicht aufgenommen. Denn der Gesetzgeber befürchtete, daß eine Belehrung dem Beschuldigten mehr schaden als nützen würde: Richter und Geschworene in Deutschland seien es gewohnt, das Schweigen nachteilig zu deuten und darin ein Geständnis zu sehen⁷⁷. Die Einlassungsfreiheit sei ein „privilegium odiosum“, wovon dem Angeklagten tunlichst abzuraten sei, da er dadurch seine Lage vor Gericht nur verschlechtere⁷⁸. Gleichwohl wollte der Gesetzgeber mit inquisitorischen Grundsätzen brechen: der Richter sollte nicht auf ein Geständnis drängen⁷⁹. Zweck der Vernehmung sollte es sein, dem Beschuldigten Gelegenheit zur Entkräftung der gegen ihn sprechenden Verdachtsmomente zu geben⁸⁰.

Auch die Übernahme englischer Verfahrensgrundsätze aus dem Parteienprozeß war im Vorfeld der RStPO diskutiert worden. Hiervon blieb indes nur die Möglichkeit des Kreuzverhörs übrig (§ 194 des dritten Entwurfs, vorgelegt im Herbst 1874); wei-

⁷⁴ Roxin DRiZ 1997, 109, 111

⁷⁵ Nickl (1978) S. 13f mwN

⁷⁶ zitiert nach Nickl (1978) S. 14f, der auch auf Aussagepflichten in den Prozeßordnungen Thüringens (Art. 121), Badens (§ 188 II iVm 121 I), Sachsens (Art. 168 I), Hamburgs (§§ 72, 73) und Österreichs (§ 199 I) hinweist

⁷⁷ Wessels JuS 1966, 169, 170

⁷⁸ Wessels JuS 1966, 169, 170

⁷⁹ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 13; Mezger ZStW 40 (1919), 152, 153

⁸⁰ Engelhard ZStW 58 (1939), 335, 336

tergehende Reformen wurden zugunsten des vorrangigen Ziels der Rechtsvereinheitlichung zurückgestellt⁸¹.

Derartige Reformbestrebungen gab es erst wieder in den zwanziger Jahren des 20. Jahrhunderts. Auf Ersuchen des Reichsjustizministers wurde im Jahre 1920 ein Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen vorgelegt, welcher eine Änderung der RStPO hin zu einem Parteienprozeß vorsah. Auch dieser Entwurf wurde nicht umgesetzt; es kam nur zu punktuellen Änderungen der RStPO und des GVG⁸².

VIII. Die Entwicklung in den dreißiger Jahren

Bereits vor der nationalsozialistischen Machtergreifung⁸³ kam es zu empfindlichen Beschneidungen der Rechte des Beschuldigten. Das Beweisantragsrecht wurde durch Art. 3 § 1 des Kap. I im Ersten Teil der RPräsVO über Maßnahmen auf dem Gebiet der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. Juni 1932 in das Belieben der genannten Gerichte gestellt: „In der Verhandlung vor dem Amtsrichter, dem Schöffengericht und vor dem Landgericht in der Berufungsinstanz bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen den Umfang der Beweisaufnahme, ohne hierbei durch Anträge, Verzichte oder frühere Beschlüsse gebunden zu sein“⁸⁴.

Das nationalsozialistische Modell des Strafverfahrens überhöhte den Wert der Gemeinschaft⁸⁵ und verpflichtete demzufolge alle Beteiligten zur Wahrheitsfindung. „Rechte“ des Beschuldigten sollten sich in eben diesem Zweck erschöpfen⁸⁶. Rechtsstaatliche Garantien, die bis dahin wirksam waren, sollten nicht mehr gelten. Noch im Jahre 1933 wurde die sog. Gürtner-Kommission, benannt nach dem damaligen Reichsjustizminister Gürtner, eingesetzt, die Vorschläge zur Reform des materiellen Strafrechts machen sollte. In den Beratungen dieser Kommission spielte die Aussagefreiheit keine wesentliche Rolle. Lediglich in der 9. Sitzung vom 19. Dezember 1933 sprach der preußische Justizminister Kerrl dieses Thema an und schlug vor, „das wahrhaftige Verhalten des Angeklagten“ als Beurteilungsmaßstab in eine Vorschrift über die Strafzumessung aufzunehmen. Dies wurde jedoch nicht weiter verfolgt, wohl auch aufgrund des Hinweises Gürtners, daß bereits in der gegenwärtigen Praxis das reumütige Geständnis als Milderungsgrund anerkannt sei.

⁸¹ Klug ZRP 1999, 288, 289

⁸² Klug ZRP 1999, 288, 289

⁸³ zur Rechtswidrigkeit des Ermächtigungsgesetzes vom 24. März 1933 vgl. Hans Schneider S. 45

⁸⁴ zitiert nach Niethammer FS Sauer (1949) S. 29; Hirschberg (1960), S. 116 spricht denn auch davon, daß die Weimarer Republik die demokratischen Grundlagen, auf denen sie beruhte, selbst untergraben habe

⁸⁵ dies erstreckte sich auch auf andere Rechtsgebiete; die nationalsozialistische Überhöhung der Idee der Gemeinschaft etwa auf dem Gebiet des Arbeitsrechts hat bereits Hientzsch (1970) eindrucksvoll nachgewiesen

⁸⁶ Rüping JR 1974, 135, 137

Nachdem durch das Gesetz zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 27. Oktober 1933 (RGBl I 780) im Zivilprozeß ausdrücklich die Verpflichtung der Parteien zur Wahrheit⁸⁷ kodifiziert worden war, diskutierte die juristische Literatur dies auch für das Strafverfahren.

Teilweise wurde eine Verpflichtung zur Wahrheit angenommen, weil „*Ehrlichkeit als eine der ersten Grundpflichten eines jeden Volksgenossen*“ anzusehen sei⁸⁸. Die Volksgesamtheit erwarte das Entstehen für die Tat, und zwar nicht nur als sittliche Pflicht, sondern als rechtliche Erwartung der Gesamtheit⁸⁹. Von jedem Volksgenossen müsse erwartet werden, daß er sich heldisch zu seinen Taten bekenne⁹⁰. Zwar könne nicht erwartet werden, daß alle Beschuldigten eine derartige Verpflichtung beachteten, doch dürfe die Gestaltungskraft der Idee auch nicht unterschätzt werden⁹¹. Im übrigen würde die Einführung einer Wahrheitspflicht nicht mehr bedeuten als die bloße Sanktionierung einer bereits geübten Praxis, die lügenhaftes Verhalten strafscharfend berücksichtige.

Vereinzelt wurde gar vorgeschlagen, den leugnenden Angeklagten mit einer Ordnungsstrafe in Geld zu belegen⁹². *Wolf*⁹³ plädierte im Ergebnis für eine Beweislastumkehr. Bereits die Verdächtigung vermindere den rechtlichen Status des Beschuldigten in der Volksgemeinschaft. Er werde durch die Beschuldigung in seiner Eigenschaft als recht gesinnter Volksgenosse angezweifelt; es sei an ihm, sich von diesem Verdacht zu reinigen. Denn der Strafprozeß, verstanden als Kampf des Volkes mit dem Verbrecher, müsse von dem Normalfall ausgehen, daß der Beschuldigte auch der Täter sei.

Die überwiegende Meinung lehnte eine gesetzliche Verpflichtung auf die Wahrheit ab. Zwar habe der Beschuldigte kein Recht zur Lüge, doch könne er auch nicht auf die Wahrheit verpflichtet werden⁹⁴. Hierfür sei weder eine sittliche Pflicht noch ein praktisches Bedürfnis erkennbar, da erfahrungsgemäß die meisten Beschuldigten redeten; auch sei der Wert einer wider Willen erlangten Einlassung durchaus zweifelhaft⁹⁵. Ausreichend sei der Hinweis auf die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses⁹⁶. Die Forderung nach einer Ordnungsstrafe sei schlech-

⁸⁷ vgl hierzu Ratz AcP 21 (1935), 1 ff, sowie Riesch DStR 1934, 9 ff und Scheffler DStR 1939, 204 ff

⁸⁸ Braß DR 1939, 849

⁸⁹ Henkel DJZ 1935, Sp. 530, 537f

⁹⁰ Stock (1935) S. 13

⁹¹ Henkel DJZ 1935, Sp. 530, 537f; Stock (1935) S. 13

⁹² Siegert ZStW 54 (1935), 14, 24

⁹³ Wolf ZAkDR 1937, 177, 178

⁹⁴ Schoetensack/Loewe (1937) S. 5, weiter: „Der Richter als gerechter und starker Wächter der Sittlichkeit und des Rechts wird durch die Kraft der Wahrheit die Lüge zu besiegen haben“; unklar Hegler (1936), S. 27, 40f

⁹⁵ Engelhard ZStW 58 (1939), 335, 343

⁹⁶ Oetker GS 104 (1934), 1, 43

terdings ´kurios´, da die Frage des Lügens ja gerade im Verfahren zu klären sei⁹⁷. Die Aussage des Angeklagten sei eine freiwillige; ihm sei hierzu Gelegenheit zu geben, doch bestehe keinerlei Zwang. Allein dies entspreche dem Zweck gerechter Wahrheitsermittlung⁹⁸.

Sogar der NS-Rechtswahrerbund⁹⁹ lehnte die Einführung einer Wahrheitspflicht ab, da das Strafverfahrensrecht mit einer derart übersteigerten Ethik den Boden unter den Füßen verlieren würde. Darüber hinaus entspräche es nicht der Würde des neuen Strafverfahrensrechts, den Beschuldigten mit dem Versprechen einer mildereren Bestrafung zu einem Geständnis zu locken. Freisler¹⁰⁰ und, ihm folgend, Niederreuther¹⁰¹ schließlich hielten die Frage nach einer Wahrheitspflicht für müßig, da sie doch nicht beachtet würde und nicht erzwingbar sei.

Um eine grundlegende Reform des als zu liberal empfundenen Strafverfahrens vorzubereiten, wurde eine weitere Kommission eingesetzt. Deutlich wurde der neue Fokus in Leitsätzen, den eine Unterkommission der Strafprozeßkommission, bestehend aus Staatssekretär Dr. Freisler, Reichsgerichtsrat Niethammer und Landgerichtsdirektor Dr. Schafheutle, am 19. Dezember 1936¹⁰² formulierte:

„Das Strafverfahrensrecht ist nach nationalsozialistischer Auffassung kein Staatsgrundrecht oder Volksgrundrecht, da es nicht die Grundzüge des Aufbaues von Staat und Bewegung, das Verhältnis von Staat und Bewegung und die unmittelbare Lebenssicherung des Volkes zu regeln hat. Im Vordergrund seiner Regelung steht auch nicht die Sicherung des Einzelnen gegenüber dem Staat, sondern die Wahrung des Wohles der Volksgemeinschaft. Das Wohl der Gemeinschaft erfordert aber auch die Rücksicht auf das Wohl des Einzelnen. Das Strafverfahrensrecht muß daher von der Blickrichtung der Allgemeinheit aus gestaltet werden“.

Der Entwurf einer Strafverfahrensordnung¹⁰³ sah daher auch einen § 148 in folgender Fassung vor:

⁹⁷ Gerland/Heilbron ZStW 55 (1936), 712, 714

⁹⁸ von Hippel (1941) S. 277

⁹⁹ NS-Rechtswahrerbund (1937) S. 37

¹⁰⁰ Freisler (1935) S. 9; ders. DStR 1939, 228, 233

¹⁰¹ Niederreuther GS 109 (1937), 64, 81f

¹⁰² Umdruck B 1 der Unterkommission der Großen Strafprozess-Kommission des Reichsjustizministeriums

¹⁰³ Entwurf einer Strafverfahrensordnung, einer Friedensrichter- und Schiedsmannsordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes, aufgestellt von der amtlichen Strafprozeßkommission des Reichsjustizministeriums, abgeschlossen am 27. Februar 1936

„Die Vernehmung des Beschuldigten dient der Ermittlung der Wahrheit.

Der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, daß von ihm eine wahrheitsgetreue Aussage erwartet wird und daß Unwahrheiten im Falle der Verurteilung zu einer höheren Strafe führen können.“

Die so postulierte Wahrheitspflicht wurde in der großen Kommission durchaus kontrovers erörtert. In der 20. Sitzung vom 15. März 1937¹⁰⁴ etwa kam es zu folgender Diskussion:

„Landgerichtsdirektor i.R. Töwe:

§ 147 des Vorschlags der Sachbearbeiter (Vernehmung des Beschuldigten) faßt die §§ 148, 149 des gedruckten Vorentwurfs in einer Bestimmung zusammen.

...

Nach § 147 Abs. 2 des Sachbearbeitervorschlags ist der Beschuldigte darauf hinzuweisen, daß von ihm eine wahrheitsgetreue Aussage erwartet werde, und daß Unwahrheiten im Falle der Verurteilung zu einer höheren Strafe führen können. Diese Bestimmung ist entbehrlich. Sie scheint mir ein Rest des Inquisitionsprozesses zu sein. Es ist zwar zulässig und vielfach auch geboten, daß der vernehmende Beamte den Beschuldigten auf seine Wahrheitspflicht hinweist und ihm die möglichen Folgen des Leugnens vor Augen führt. Man braucht aber deshalb den Hinweis auf die Wahrheitspflicht und die etwaigen Folgen ihrer Verletzung nicht prozessual festzulegen. Folgerichtig müßte man dann auch dem geständigen Beschuldigten eine Strafmilderung in Aussicht stellen.

...

Prof. Dr. Kohlrausch:

Im Ergebnis stimme ich Herrn Landgerichtsdirektor Töwe zu. § 147 Abs. 2 hat zwar grundsätzliche Bedeutung, gehört aber nicht ins Gesetz. Ich glaube freilich nicht, daß dieser Absatz 2 noch mit dem Gegensatz von Anklage- und Inquisitionsprozeß zusammenhängt. Denn auch noch nach Abschaffung des Inquisitionsprozesses waren in verschiedenen Rechten für das Leugnen Strafen vorgesehen. Selbstverständlich hat der Beschuldigte kein ausdrückliches Recht zur Lüge, aber auch keine Pflicht zum Geständnis, die schon deshalb widersinnig wäre, weil über sie in einem Verfahrensstadium entschieden werden müßte, in dem Schuld oder Unschuld eben noch nicht feststehen. Die Annahme einer solchen Pflicht hat seinerzeit zwangsläufig zur Folter geführt. Absatz 2 kann insbesondere bei Vernehmungen durch untere Dienststellen gefährlich werden, indem der - vielleicht Unschuldige - Beschuldigte unter unangemessenen

¹⁰⁴ Protokoll der 20. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 15. März 1937, S. 19 ff

Druck gesetzt wird. Ich würde deshalb vorschlagen, Absatz 2 zu streichen.

...

Prof. Dr. Graf Gleispach:

...Ich kann mich nicht der Auffassung anschließen, daß § 147 Abs. 2 entbehrlich sei. Der Hinweis auf die Wahrheitspflicht ist heute notwendiger als früher; der Hinweis auf das geltende Recht beweist nichts, denn das geltende Recht folgt hier offenbar dem Standpunkt des Liberalismus. Ein auf ethischer - Grundlage beruhendes Recht soll an der Wahrheitspflicht nicht vorübergehen. Ein Hinweis auf diese Pflicht wäre natürlich nutzlos, wenn man ihn nicht mit einer Sanktion versehen würde. Ich halte es deshalb für richtig, daß der Beschuldigte darauf hingewiesen wird, daß Unwahrheiten im Falle der Verurteilung zu einer höheren Strafe führen können. Aus dieser Fassung folgt nicht, daß nun das Geständnis in allen Fällen einen Strafmilderungsgrund bilden müsse. Das Geständnis ist nur dann ein Milderungsgrund, wenn sich aus ihm Anzeichen geringerer Schuld ergeben. Ich halte deshalb die Fassung des Absatz 2 für gelungen. Übrigens wird durch § 147 Abs. 2 auch die Stellung des Verteidigers in mancher Beziehung so beeinflusst, wie ich es für richtig halte.

Reichsminister Dr. Gürtner:

Der § 147 ist von verhältnismäßig großer Bedeutung. Ob Absatz 2 beizubehalten oder zu beseitigen ist, hängt von der Frage ab, ob der Angeklagte zur Selbstbezichtigung verpflichtet ist. Daran schließt sich die weitere Frage, welche Folgen sich aus der Verletzung dieser Pflicht ergeben.

...

Staatssekretär Dr. Freisler:

Der Gedanke des § 147 Abs. 2 ist materiell richtig; er gehört aber nicht in die Strafverfahrensordnung, sondern - wenn man ihn überhaupt aufnehmen will - in die Vorschriften des Strafgesetzbuchs über die Strafzumessungsgründe. Ich habe gegen § 147 Abs. 2 insbesondere deshalb Bedenken, weil seine Anwendung bei dem zu Unrecht Beschuldigten wie eine Erpressung wirken kann. Bei dem Schuldigen hat ein Hinweis nach Abs. 2 ohnehin wenig Wirkung. Ich wäre deshalb dafür, den Absatz 2 zu streichen.

Ministerialdirektor Dr. Crohne:

Die Anwendung des § 147 Abs. 2 gegenüber Berufsverbrechern wäre vollkommen wirkungslos. Es besteht die Gefahr, daß die Aufforderung nach Absatz 2 zu einer bloßen Formalität herabsinkt.

Landgerichtspräsident von Bacano:

Wie schon bisher, so wird es auch künftig in vielen Fällen zweckmäßig sein, den Angeklagten darauf hinzuweisen, daß das

Gericht voraussichtlich zu einer milderer Beurteilung des Falles geneigt sein werde, wenn sich der Angeklagte zu dem bekennen, was er getan hat. Ein solcher Hinweis muß aber in allen Fällen mit größter Vorsicht gegeben werden. Bei dem Angeklagten darf nicht die Meinung entstehen, das Gericht sei dadurch in einer bestimmten Richtung gebunden. Bei einem Kollegialgericht wäre eine derartige Bindung auch schlechthin unmöglich, weil der Vorsitz nicht wissen kann, wie die übrigen Mitglieder des Gerichts über die Sache denken. ... Die Entscheidung, ob ein derartiger Hinweis auszusprechen ist und in welcher Art und Weise er erfolgen soll, kann nur nach den besonderen Umständen des Einzelfalls getroffen werden. ... Ich bitte deshalb, § 147 Abs. 2 zu streichen.

Reichsminister Dr. Gürtner:

Das scheint allgemeine Meinung zu sein. Dann wären also die Absätze 1 und 2 gefallen."

Zu einer Umsetzung des Entwurfes kam es nicht.

Dritter Abschnitt: Die rechtliche Herleitung der Aussagefreiheit

Im Gegensatz etwa zu den Vereinigten Staaten von Amerika¹⁰⁵ kam es in Deutschland zu keinem Zeitpunkt zu einer expliziten bundesverfassungsrechtlichen Normierung der Aussagefreiheit. Lediglich auf der einfach-gesetzlichen sowie neuerdings landesverfassungsrechtlichen Ebene finden sich normative Verankerungen.

I. Normierung

Ausdrückliche Erwähnung findet das nemo-tenetur-Prinzip erstmals im III. Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949¹⁰⁶, dessen Art. 99 II folgendes anordnet:

„Auf einen Kriegsgefangenen darf keinerlei körperlicher oder seelischer Zwang ausgeübt werden, um ihn dazu zu bringen, sich der Handlung, deren er angeklagt ist, schuldig zu bekennen“.

Die europäische „Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“ (EMRK) vom 04. November 1950 gewährleistet in Art. 6 ein Recht auf ein rechtsstaatliches Verfahren; Absatz 2

¹⁰⁵ dort im fünften Verfassungszusatz

¹⁰⁶ BGBl 1954 II 838

garantiert die Unschuldsvermutung. Die Bundesrepublik Deutschland hat die EMRK durch Gesetz vom 07. August 1952 (BGBl II 685, 953) ratifiziert; nach der Bekanntmachung vom 15. Dezember 1953 (BGBl 1954 II 14) ist die EMRK am 03. September 1953 in der Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten.

Der Internationale Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte postuliert in Art. 14 Absatz 2 eine Unschuldsvermutung zugunsten des Angeklagten; Absatz 3 g) garantiert, daß er *„nicht gezwungen werden (darf), gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen“*. Die Bundesrepublik Deutschland hat am 09. Oktober 1968 diesen Pakt unterzeichnet. Das Transformationsgesetz vom 15. November 1973 wurde am gleichen Tag verkündet und trat am Tage nach seiner Verkündung in Kraft¹⁰⁷.

Das Genfer Protokoll von 1949 wird ergänzt durch das sogenannte Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer nicht internationaler bewaffneter Konflikte (Protokoll II) vom 08. Juni 1977¹⁰⁸. Dort regelt Artikel 6 die Strafverfolgung wie folgt:

„(2) Gegen eine Person, die für schuldig befunden wurde, eine Straftat begangen zu haben, darf eine Verurteilung nur in einem Urteil ausgesprochen und nur aufgrund eines Urteils eine Strafe vollstreckt werden; dieses Urteil muß von einem Gericht gefällt werden, das die wesentlichen Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufweist. Insbesondere gilt folgendes:

...

(f) niemand darf gezwungen werden, gegen sich selbst als Zeuge auszusagen oder sich schuldig zu bekennen“.

Die jüngste Normierung des nemo-tenetur-Prinzips schließlich findet sich in Artikel 52 V der brandenburgischen Landesverfassung vom 20. August 1992¹⁰⁹. Darin heißt es: *„Niemand darf gezwungen werden, gegen sich selbst oder durch Gesetz bestimmte nahestehende Personen auszusagen“*.

II. Rechtliche Verankerung

Angesichts des Fehlens einer eindeutigen Regelung im Grundgesetz sehen Rechtsprechung wie Literatur es für erforderlich an, die verfassungsrechtliche Verankerung auf verschiedenen Ebenen zu suchen; die Rechtsprechung zieht dazu eine breite Basis heran.

¹⁰⁷BGBl II 1973 S. 1533

¹⁰⁸ BGBl 1990 II 1637

¹⁰⁹ GVBl Brandenburg I 298

In seiner ersten Polygraphen-Entscheidung¹¹⁰ hat der BGH herausgestellt, daß der Schutz der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG uneingeschränkt auch für den einer Straftat Verdächtigen gelte; sinngemäß ergebe sich dies aus Art. 2, 104 I GG, §§ 136a, 69 III, 81c, 161 II, 163 II StPO. Wahrheitsforschung dürfe nur in justizförmiger Weise erfolgen; der Beschuldigte sei Beteiligter, nicht Gegenstand des Strafverfahrens. Stets müsse seine Entschließungsfreiheit unangetastet bleiben; der Angeklagte habe das Recht zu schweigen; „er mag mitunter aner kennenswerte Gründe hierfür haben“¹¹¹.

In die gleiche Richtung argumentierte das BVerfG: Das Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren gründe im Rechtsstaatprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht gemäß Art. 2 I GG¹¹². Der Angeklagte dürfe nicht bloßes Objekt des Strafverfahrens sein; er müsse vielmehr zur Wahrnehmung seiner Rechte die Möglichkeit haben, auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluß zu nehmen¹¹³. Die menschliche Persönlichkeit und Würde sei als höchster Rechtswert anzuerkennen; ein Verdächtiger dürfe nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt werden¹¹⁴.

In der grundlegenden Entscheidung BGHSt 38, 214, welche sich mit den Folgen einer fehlerhaften Belehrung des Beschuldigten auseinandersetzt, hat der BGH¹¹⁵ ebenfalls die Bedeutung der Aussagefreiheit unterstrichen. Das Schweigerecht gehöre zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozesses; es beruhe auf der Menschenwürde, dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie dem fair-trial-Prinzip¹¹⁶. Der Hinweis auf das Schweigerecht sichere ein faires Verfahren; dies gelte für die erste Vernehmung bei der Polizei noch mehr als in der Hauptverhandlung.

In Abgrenzung hierzu urteilte der gleiche Senat nur wenig später, daß die Vernehmung eines Beschuldigten ohne vorherige Belehrung über ein Schweigerecht verwertbar sei, wenn dies nach der seinerzeit geltenden StPO-DDR zulässig gewesen sei¹¹⁷. Zu berücksichtigen sei einerseits, daß das Schweigerecht der Menschenwürde entspreche, das Persönlichkeitsrecht schütze und notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens sei. Andererseits sehe der Einigungsvertrag vor, daß anhängige Verfahren

¹¹⁰BGH, Urteil vom 16. Februar 1954 - 1 StR 578/53 - BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649

¹¹¹aaO S. 334

¹¹²BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 28. März 1984 - 2 BvR 275/83 - BVerGE 66, 313, 318

¹¹³BVerfG aaO

¹¹⁴BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 27. November 1984 - 2 BvR 236/84 - StV 1985, 177

¹¹⁵BGH, Beschluß vom 27. Februar 1992 - 5 StR 190/91 - BGHSt 38, 214, 218f

¹¹⁶BGH aaO S. 220

¹¹⁷BGH, Urteil vom 01. April 1992 - 5 StR 457/91 - BGHSt 38, 263 = NJW 1992, 1637; kritisch hierzu Kiehl, NJW 1993, 501, 503

fortzusetzen seien, um einen geordneten Ablauf des Einigungsprozesses zu gewährleisten¹¹⁸. Allerdings stehe dies unter dem Vorbehalt der Vereinbarkeit mit rechtsstaatlichen Grundsätzen. Auch unter rechtsstaatlichen Bedingungen sei jedoch die Belehrung durchaus unterschiedlich ausgestaltet; in der Bundesrepublik sei dies erst seit 1964, in anderen europäischen Ländern nicht überall vorgeschrieben. Rechtsstaatwidrig wäre daher allein eine Vernehmung unter den Voraussetzungen des § 136a StPO; dies sei im vorliegenden Falle jedoch nicht feststellbar.

Auch das BVerfG hat in den letzten Jahren die Bedeutung des Schweigerechts erneut hervorgehoben¹¹⁹. Es gehöre zu den Grundsätzen des Strafprozesses (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und sei unter anderem durch den Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte gewährleistet. In der Rechtsprechung sei anerkannt, daß das Schweigerecht selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung sei, die auf der Achtung vor der Menschenwürde beruhe. Das Schweigerecht werde verfassungsrechtlich abgesichert und ergänzt durch den Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, welches auf dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht gemäß Art. 2 I GG beruhe. Verweigere der Angeklagte die Einlassung, so dürfe sein Schweigen nicht als belastendes Indiz gegen ihn verwertet werden, da andernfalls das Schweigerecht „illusorisch“ wäre. Mittelbar läge darin ein unzulässiger psychischer Aussagezwang.

In der Literatur wird diese Herleitung ganz überwiegend mitgetragen; lediglich die Schwerpunkte werden unterschiedlich gesetzt, ohne daß hierin eine wirkliche Meinungsverschiedenheit zu finden wäre.

Die weitaus herrschende Meinung¹²⁰ sieht die verfassungsrechtliche Grundlage der Aussagefreiheit ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I, 1 I GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gemäß Art. 20 III GG. Einzelne Autoren rekurrieren allein auf das Persönlichkeitsrecht¹²¹, die Menschenwürde¹²², zum Teil in Verbindung mit dem Fairneß-Gebot¹²³,

¹¹⁸BGH aaO S. 266

¹¹⁹BVerfG, Beschluß der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 07. Juli 1995 - 2 BvR 326/92 - NStZ 1995, 555

¹²⁰Rogall (1977), S. 148, 169, 205; ders. ZRP 1975, 278; FS Schmidt-Leichner (1977) S. 8; Seebode JA 1980, 493, 496; Salger (1998) S. 15f; Renzikowski JZ 1997, 710; Roschmann (1983) S. 17; Berthold (1993) S. 127; Akkemann (1997) S. 41; Nickl (1978) S. 35

¹²¹so Lagodny StV 1996, 167, 171; Haas NJW 1996, 1120; ders. GA 1997, 368, 370; Kühl JuS 1986, 115, 117; Günther GA 1978, 193, 198; Nothhelfer (1989) S. 83; Sinner (1999) S. 101; Bährle (1993) S. 90

¹²²Salditt GA 1992, 51, 66; Kunert MDR 1967, 539

¹²³Roxin JZ 1992, 923; ähnlich auch Bauer (1972), S. 63

oder das Rechtsstaatprinzip¹²⁴; andere wiederum stellen pauschal auf den Gesamtzusammenhang der Verfassung¹²⁵ ab. *Eser*¹²⁶ sieht im nemo-tenetur-Prinzip einen nahezu naturrechtlichen Grundsatz.

Ausführlich hat sich *Wolff*¹²⁷ mit der verfassungsrechtlichen Herleitung befaßt. Nach seiner Auffassung ist der Schuldgrundsatz - der seinerseits in der Menschenwürde und dem Rechtsstaatprinzip wurzelt - die Grundlage des nemo-tenetur-Prinzips. Denn das Schuldprinzip setze ein sozialetisches Unwerturteil voraus, welches nur verhängt werden könne, wenn der Einzelne kraft seiner Autonomie zu gesetzestreuem Verhalten in der Lage gewesen sei. Die hierin liegende Respektierung der Selbständigkeit gebietet es nach *Wolff*¹²⁸, den Angeklagten auch im Strafverfahren von jeglichen Pflichten inhaltlicher Art freizustellen.

Nur vereinzelt wird eine Aussagepflicht des Beschuldigten angenommen.

*Fischer*¹²⁹ etwa leitet aus anderen, in ZPO, KO und AO normierten Selbstbelastungspflichten eine strafprozessuale Pflicht zur wahrheitsgemäßen Einlassung ab; jedenfalls, soweit nur eine Geldstrafe in Betracht komme. Mit der Menschenwürde sei dies durchaus vereinbar, denn gerade im Strafprozeßrecht werde der Beschuldigte oftmals als Objekt behandelt, sei es bei Durchsuchungen, Festnahmen oder Untersuchungen. Wenn bei derartigen passiven Duldungspflichten von verletzender Herabwürdigung keine Rede sei, dann sei es schwer einzusehen, weshalb dies bei aktiver Selbstbelastung anders sein sollte¹³⁰. Die Selbstbelastungspflicht sei keine Verachtung ausdrückende, sondern - im Gegenteil - mit der Würde im Einklang stehende, durch sie sogar begründete Forderung nach Verantwortungsbereitschaft¹³¹. Nicht zuletzt aus dem Menschenbild des Grundgesetzes ergebe sich dies. Die Selbstbelastungspflicht sei Schranke der Handlungsfreiheit des Einzelnen, die der Gesetzgeber im Hinblick auf die Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums aufgestellt habe¹³². Staatsbürgerliche Pflichten aber könnten nicht nach willkürlichem Gutdünken abgestreift werden;

¹²⁴ Reiß (1987) S. 157; Jahn StV 1998, 653

¹²⁵ Lorenz JZ 1992, 1000, 1006, der - durchaus unklar - einen Bezug zum Rechtsstaatprinzip verneint, stattdessen im nemo-tenetur-Satz ein „ungeschriebenes verfassungsrechtliches Rechtsprinzip“ sieht

¹²⁶ Eser (1974) S. 137

¹²⁷ Wolff (1997) S. 58f

¹²⁸ Wolff (1997) S. 56

¹²⁹ Bianca Fischer (1979) S. 93, 124; im Ergebnis ebenso, allerdings beschränkt auf das Bußgeldverfahren, Günther GA 1978, 193, 205, wohl auch Stümpfler DAR 1973, 1, 10

¹³⁰ aaO S. 97

¹³¹ aaO S. 99

¹³² aaO S. 113

da der Beschuldigte als grundsätzlich gleichberechtigtes Glied der Gemeinschaft anzusehen sei, unterliege er damit auch den sozialen Pflichten, deren Erfüllung ihm zumutbar sei.

In jüngster Zeit ist Pawlik¹³³ einer verfassungsrechtlichen Herleitung der Aussagefreiheit entgegengetreten. Der geläufige Hinweis auf den Selbsterhaltungstrieb des Menschen sowie die ethische Überforderung einer Selbstbelastung begründe nicht, weshalb das Strafprozeßrecht dieses „faktisch-kreatürliche Interesse des Beschuldigten“ anerkennen solle. Im Strafverfahren trete der Beschuldigte als Rechtsperson auf, die sich definiere durch Rechte und Pflichten¹³⁴. Das Anerkennen faktischer Interessen als rechtlich relevant sei nur plausibel innerhalb einer Theorie, die den Beschuldigten allein als Individuum wahrnehme. Auf dieser Basis aber wäre es ausgeschlossen, die Beziehung zwischen Staat und Individuum als Rechtsverhältnis zu begreifen¹³⁵.

Die Personalität des Beschuldigten - und damit sein Schweigerecht - seien genuin normativ zu erfassen: jede Rechtsperson, die von einer Rechtsordnung anerkannt werde und mit eigener Handlungszuständigkeit ausgestattet sei, habe korrespondierende Rechtspflichten. Der Status als Rechtsperson sei nur dann existent, wenn der Staat die Anerkennung der damit einhergehenden Rechte in der sozialen Realität durchsetze. Daraus folge aber auch, daß der Staat bei jeglichem Verdacht, daß die von ihm gesetzten Regeln nicht befolgt werden, mit Hilfe eines festgelegten Verfahrens reagieren müsse, um den bisherigen Rechtszustand zu verteidigen¹³⁶.

Indes: um das Verhalten der Bürger im Hinblick auf ihre Rechtskonformität beurteilen zu können, benötige der Staat häufig deren Mitwirkung bei der Tatsachenfeststellung. Durch die Erfüllung dieser Mitwirkung trage der Bürger mittelbar zur Festigung seines Status als Rechtsperson bei. Hieraus folge, daß strafprozessuale Mitwirkungspflichten dem Bürger nicht von außen auferlegt, sondern der Freiheit prinzipiell immanent seien. Ein Recht auf Nichtmitwirkung könne sich daher konstruktiv lediglich als Ausnahme von einer grundsätzlichen Mitwirkungspflicht ergeben.

Die Anerkennung eines Schweigerechts sei (nur) deshalb unverzichtbar, weil sich ansonsten das autoritäre staatliche Strafverfahren gegenüber der Gesellschaft nicht überzeugend legitimieren ließe: der einzelne Beschuldigte könne nicht mehr mit der erforderlichen Verlässlichkeit sozial isoliert werden¹³⁷. Die Frage nach Grund und Umfang eines Schweigerechts sei damit ein genuin gesellschaftliches Problem. In einem Staat nach

¹³³ Pawlik GA 1998, 378

¹³⁴ aaO S. 379

¹³⁵ aaO S. 380

¹³⁶ aaO S. 381

¹³⁷ aaO S. 382

Rousseauschen Muster mit weitreichenden bürgerlichen Pflichten der *citoyens* wäre eine Aussagepflicht existent; Versuche in Deutschland in dieser Richtung seien zuletzt in den dreißiger Jahren unternommen worden. Unter den gegebenen sozialen Umständen sei indes der Gedanke an die Einführung einer Aussagepflicht eine Fiktion, deren praktische Umsetzung nur als Gewalttätigkeit erscheinen könne. Da sich eine Aussagepflicht semantisch nicht legitimieren lasse, müsse die Aussagefreiheit als Recht des Beschuldigten anerkannt werden.

Der Ansatz *Pawliks* und auch *Fischers* verfängt in mehrfacher Hinsicht nicht. Es ist bereits nicht nachvollziehbar, weshalb die Anerkennung eines faktischen Interesses des Einzelnen, sich nicht selbst belasten zu müssen, unvereinbar sei mit einer als Rechtsverhältnis verstandenen Beziehung Staat-Bürger. Im Gegenteil: Jegliche rechtliche Regelung kann nur verstanden werden in Beziehung auf den Lebenssachverhalt, der normiert werden soll. Im Prozeß der Normfindung aber ist es ebenso unerlässlich wie unvermeidlich, auf die tatsächlichen Interessenlagen einzugehen; weshalb dies mit einer Normierung der Beziehung zwischen Staat und Bürger unvereinbar sein soll, bleibt unklar. Weiterhin ist auch die Schlußfolgerung *Pawliks* von einem staatlichen Bedürfnis nach Mitwirkung der Bürger bei der Tatsachenfeststellung auf eine Mitwirkungspflicht des Beschuldigten keineswegs zwingend. Tatsächlich wird hier nur behauptet, was zu beweisen wäre: eine Verpflichtung zur Aussage. Hier ist auch die entscheidende Schwachstelle in *Fischers* Argumentation: ob eine Pflicht zur Selbstbelastung zumutbar ist, ist gerade die zu beantwortende Frage und kann nicht mit der bloßen Behauptung der Existenz derselben begründet werden.

Schließlich ist die Kehrtwendung, mit der *Pawlik* letztlich doch ein Schweigerecht bejaht, nur im Ergebnis, nicht aber in der Begründung akzeptabel. Eine Freiheit vom Zwang zur Selbstbelastung nur deshalb anzuerkennen, weil dieser Zwang in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht legitimierbar, letztlich nur gewaltsam durchsetzbar wäre, bedeutet im Umkehrschluß, daß allein die Furcht des Souveräns vor gewalttätigen Unruhen die Aussagefreiheit gewährleistet. Ein derartiges, vom Gegensatz zwischen Staat und Bürger gekennzeichnetes Staatsverständnis ist mit einem auf demokratische Legitimation zugeschnittenen Gesellschaftsverständnis nicht vereinbar.

Immerhin: Die Auffassung *Pawliks* und *Fischers* macht deutlich, daß der Ausgangspunkt der herrschenden Meinung keineswegs selbstverständlich ist. Eine Unvereinbarkeit von Menschenwürde und Zwang zur Selbstbelastung ist ein Postulat, daß seinerseits der Begründung bedarf, indes nicht begründbar ist. Denn letztlich handelt es sich hierbei um die subjektive Wertung, daß es menschenunwürdig sei, einen Beschuldigten zu zwingen,

sich selbst zu belasten. Aussagen wie die von *Wolff*, daß die Respektierung der Selbständigkeit des Beschuldigten es gebiete, ihn von inhaltlichen Pflichten freizustellen, erhellen dies zusätzlich. Auch hierin liegt allein eine wertende Behauptung, die einer weiteren Begründung nicht zugänglich ist. Wer - wie *Pawlik* und *Fischer* - diese Wertung nicht teilt, eine andere Auffassung von dem hat, was unter der Würde des Menschen zu verstehen ist, der kann in der Tat schlüssig begründen, daß eine Aussagefreiheit nicht zwingend existieren muß.

Hieraus ergibt sich ein weiterer, für das nemo-tenetur-Prinzip bedeutsamer Gesichtspunkt. Wenn schon die prinzipielle Anerkennung der Aussagefreiheit von nicht ohne weiteres als selbstverständlich vorauszusetzenden Grundannahmen abhängt, dann gilt dies erst für die weitere Frage, in welchem Umfang und unter welchen Kautelen eine Aussagefreiheit anzuerkennen ist.

III. Einschränkung durch Abwägung

In der Tat hat die Rechtsprechung seit Anfang der siebziger Jahre die Geltung der Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren unter Hinweis auf den - bis dahin unbekannt - Gesichtspunkt der „Effektivität der Strafrechtspflege“ relativiert. Bezogen sich die Entscheidungen zunächst auch nicht auf die Aussagefreiheit, so sind sie dennoch für die vorliegende Fragestellung von Bedeutung. Denn einerlei, ob Beschlagnahme von Tonbändern und Tagebüchern, Auskunftspflicht des Gemeinschuldners oder DNA-Analyse: steht geht es darum, ob - und inwieweit - der Mensch, der in ein staatliches Strafverfahren gezwungen wird, zum Objekt staatlicher Wahrheitsforschung reduziert oder in seiner subjektiven Integrität respektiert wird.

Der BGH hat noch im Jahre 1960 entschieden, daß die Verwertung heimlicher Tonbandaufzeichnungen das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletze, ihre Verwertung gegen die Menschenwürde verstoße¹³⁸. Die Erforschung der Wahrheit habe nicht um jeden Preis zu erfolgen. Der Angeklagte sei vielmehr als „sittlich verantwortliche selbständige Persönlichkeit“ zu behandeln¹³⁹.

Diesen Ansatz wollte das BVerfG im Jahre 1972 nicht mehr uneingeschränkt teilen. Jedes Beweisverwertungsverbot schränke die Möglichkeiten des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit ein¹⁴⁰. Es bestehe indes ein staatliches Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege, für die es auf eine möglichst um-

¹³⁸BGH, Urteil vom 14. Juni 1960 - 1 StR 683/59 - BGHSt 14 ,358

¹³⁹BGH, Urteil vom 07. Oktober 1960 - 4 StR 342/60 - BGH NJW 1961, 84

¹⁴⁰BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 19. Juli 1972 - 2 BvL 7/71 - BVerfGE 33, 367 mit weiteren Nachweisen

fassende Wahrheitsermittlung ankomme¹⁴¹. Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit enthalte die Idee der Gerechtigkeit; diese verlange die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege¹⁴². Die Verwertung heimlicher Tonbandaufzeichnungen sei daher nicht ohne weiteres unzulässig. Zwar stelle eine derartige Verwertung im Strafprozeß einen Eingriff in das durch Art. 2 I, 1 I GG geschützte Recht am eigenen Wort dar, jedoch sei dieser grundrechtliche Schutz abzuwägen gegen das staatliche Interesse an einer wirksamen Strafrechtspflege¹⁴³. Es sei Tatfrage und nicht einheitlich zu beantworten, wann das staatliche Strafverfolgungsinteresse überwiege mit der Folge, daß ein Eingriff in das Recht am eigenen Wort zulässig sei; stets sei indes das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten¹⁴⁴.

Das BVerfG hat auch in den folgenden Jahren stets an diesem Abwägungserfordernis festgehalten¹⁴⁵. Es bestehe ein unabweisbares Bedürfnis nach einer wirksamen Strafverfolgung sowie ein öffentliches Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozeß; die Aufklärung schwerer Straftaten sei ein wesentlicher Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens.

Wie schwer es ist, die gegenläufigen Aspekte - Individualrechte des Beschuldigten versus Effektivität der Strafrechtspflege - in ein richtiges Verhältnis zueinander zu setzen, wurde indes in der sogenannten „Tagebuch-Entscheidung“ aus dem Jahre 1989 deutlich¹⁴⁶. Während vier Richter die Verwertung von tagebuchähnlichen Aufzeichnungen des Beschuldigten für zulässig erachtete, lehnte die andere Hälfte des Senats dies ab: das Schuldprinzip dürfe die Menschenwürde nicht instrumentalisieren¹⁴⁷.

Die letzte einschlägige Entscheidung des BVerfG datiert aus dem Jahre 1995, als entschieden wurde, daß ein Schuldnachweis

¹⁴¹BVerfG aaO S. 378

¹⁴²BVerfG aaO S. 383

¹⁴³BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71 - BVerfGE 34, 238, 247f

¹⁴⁴BVerfG aaO S. 249f

¹⁴⁵BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 08. Oktober 1974 - 2 BvR 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753/73 - BVerfGE 38, 105 = NJW 1975, 103; BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 24. Mai 1977 - 2 BvR 988/75 - BVerfGE 44, 353, 374; BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 19. Juni 1979 - 2 BvR 1060/78 - BVerfGE 51, 324, 343; BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 13. Januar 1981 - 1 BvR 116/77 - BVerfGE 56, 37 = MDR 1981, 818 = StV 1981, 213; BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 01. Oktober 1987 - 2 BvR 1434/86 - BVerfGE 77, 65, 76

¹⁴⁶BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 14. September 1989 - 2 BvR 1062/87 - BVerfGE 80, 367

¹⁴⁷BVerfG aaO S. 383

mittels einer DNA-Analyse zulässig sei¹⁴⁸. Die Aufklärung schwerer Straftaten sei ein Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens.

Der BGH schloß sich dieser verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung bereits früh an. Ein Verstoß gegen ein Beweiserhebungsverbot begründe grundsätzlich ein Verwertungsverbot; ob ein solches tatsächlich vorliege, sei aufgrund einer umfassenden Abwägung zu entscheiden¹⁴⁹. Abzuwägen seien das Gewicht des Verfahrensverstosses sowie die darin liegende Beeinträchtigung der Rechte des Beschuldigten einerseits sowie die staatlichen Aufgaben zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege andererseits.

Die Gefahren, die eine vermeintlich notwendige Güterabwägung für die Rechtsstellung des Beschuldigten mit sich bringt, sind in der Literatur früh erkannt worden.

So hat *Grünwald*¹⁵⁰ bereits im Jahre 1976 kritisiert, daß mit der Konstruktion eines angeblichen Verfassungsgebotes „Effektivität der Strafrechtspflege“ die strafprozessuale Diskussion um die Rechte des Beschuldigten eine neue Qualität erhalte. Das BVerfG, das sich bis dahin darauf beschränkt habe, den Bürger vor übermäßigen Eingriffen des strafverfolgenden Staates zu schützen, reklamiere nun für sich die Befugnis, Liberalisierungen des Strafprozeßrechts für verfassungswidrig zu erklären¹⁵¹.

Bislang habe das Rechtsstaatprinzip der Grenzsetzung staatlicher Interessen zum Schutze des Bürgers gedient. Durch die - jetzt seitens des BVerfG erfolgte - Aufnahme des Strafverfolgungsinteresses in das Rechtsstaatprinzip würden traditionelle rechtsstaatliche Grundsätze relativiert und der einfachen Abwägung gegenüber den Interessen der Strafverfolger ausgesetzt. Bei - bloßer - Abwägung gegenläufiger Interessen gebe es jedoch keine bestimmbare Grenze mehr, da es an rational überprüfbaren Bemessungskriterien fehle. Es stelle „eine Perversion des Rechtsstaatsbegriffes dar“, diesen gegen den beschuldigten Bürger zu kehren und als Legitimation für staatliche Strafverfolgung zu verwenden¹⁵².

¹⁴⁸BVerfG, Beschluß der Zweiten Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 1995 - 2 BvR 103/92 - NSTZ 1996, 45

¹⁴⁹BGH, Urteil vom 22. Februar 1978 - 2 StR 334/77 - BGHSt 27, 355 = JR 1979, 163; BGH, Urteil vom 30. August 1978 - 3 StR 255/78 - BGHSt 28, 122 = JR 1979, 164; BGH, Beschluß vom 27. Februar 1992 - 5 StR 190/91 - BGHSt 38, 214, 218f

¹⁵⁰ Grünwald JZ 1976, 767

¹⁵¹ aaO S. 772

¹⁵² aaO S. 773

In ähnlicher Weise kritisiert Köhler¹⁵³ das Abwägungserfordernis: dieses tendiere zur Aufhebung des substantiell menschenrechtlichen Gehalts der Grundrechte im Strafverfahren. Fezer¹⁵⁴ hebt die Konturlosigkeit des Begriffs hervor und betont die Gefahr, daß hierdurch zwingende Verfahrensvorschriften relativiert werden; Paeffgen¹⁵⁵ beklagt in diesem Zusammenhang ein „*allgemeines hypertrophes Effizienzstreben*“.

Einen ganz anderen Standpunkt nimmt Lorenz¹⁵⁶ ein. Er verneint eine Antinomie zwischen Individualgrundrechten einerseits und staatlichem Aufklärungsinteresse andererseits unter Hinweis auf den staatlichen Auftrag, Leben, Gesundheit und Freiheit der Bürger zu schützen. Freiheitsschutz und Freiheitseingriff korrespondierten miteinander, seien zwei Seiten einer Medaille. Es existiere lediglich eine Spannungslage, die Gesetzgeber oder Gesetzesanwender auszugleichen hätten.

Abgesehen davon, daß die Differenzierung zwischen Antinomie und Spannungslage reichlich sophistisch anmutet, erscheint die Sichtweise Lorenz` ein wenig zu idealistisch und läßt an Thomas Wolfes Buch „*The Bonfire of the Vanities*“ denken, in dem sich die folgende Definition findet: „*A liberal is a conservative who has been arrested*“¹⁵⁷. Es ist eine Binsenweisheit, daß bürgerliche Freiheiten und Rechte nicht nur durch Angriffe Privater, sondern auch durch Eingriffe des Staates verletzt werden können - man muß nicht erst verhaftet worden sein, um das zu erkennen. Je energischer Strafverfolgung betrieben wird, desto größer ist die Gefahr, daß - und sei es auch nur irrtümlich - individuelle Grundrechte des betroffenen Menschen auf der Strecke bleiben. Diese gegenläufigen Tendenzen hat Liepmann¹⁵⁸ bereits 1924 als Doppelnatur des Strafverfahrens bezeichnet und hierin eine unlösliche Aufgabe gesehen.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH die Aussagefreiheit durchaus verfassungsrechtlich abgesichert zu sein scheint. Sie findet ihre Grundlage in dem Gebot der Achtung der Menschenwürde gemäß Art. 1 I GG, dem allgemeinen Freiheitsrecht gemäß Art. 2 I GG, dem im Rechtsstaatprinzip wurzelnden Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren sowie dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Es bleibt jedoch die Frage zu klären, ob auch die Aussagefreiheit dem Abwägungserfordernis unterworfen und so - möglicherweise entscheidend - relativiert wird.

¹⁵³ Köhler ZStW 107,1 (1995), 10, 16f

¹⁵⁴ Fezer JR 1992, 385, 386

¹⁵⁵ Paeffgen StV 1999, 625

¹⁵⁶ Lorenz JZ 1992, 1000, 1002

¹⁵⁷ Wolfe (1987) S. 525

¹⁵⁸ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 648

Vierter Abschnitt: Die konkrete Ausgestaltung der Aussagefreiheit in der deutschen Rechtsprechung

Dies läßt sich abstrakt nicht beantworten. Vielmehr ist in jeder prozessualen Situation die Frage aufzuwerfen, ob die Aussagefreiheit gewährleistet, sozusagen „strafverfolgungsfest“ ist.

I. Das Schweigerecht

Die Freiheit, sich zur Sache einzulassen, schließt als notwendiges Gegenstück die Freiheit ein, gerade dies zu verweigern, mithin zu schweigen. Es käme einem mittelbaren Zwang zur Aussage gleich, würde das Gericht aus der bloßen Tatsache des Schweigens auf eine Schuld des Angeklagten schließen¹⁵⁹. Im Grundsatz wird dies von der Rechtsprechung auch anerkannt; im Einzelfall indes ist die Abgrenzung schwierig.

Bereits die Frage, wann überhaupt von einem rechtlich geschützten - und damit einer nachteiligen Wertung entzogenen - Schweigen auszugehen ist, kann nicht zweifelsfrei beantwortet werden. Unstreitig ist eigentlich nur, daß derjenige Angeklagte schweigt, welcher keine stimmlichen Äußerungen von sich gibt. Sein Stillschweigen darf ihm nicht zum Nachteil gereichen; Mimik und Gestik dürfen dann ebenfalls nicht zu seinen Ungunsten interpretiert werden¹⁶⁰.

Im Jahre 1970 sah sich der BGH veranlaßt klarzustellen, daß auch die Äußerung, keine Erklärung abzugeben, als Schweigen zu werten sei; nachteilige Schlüsse dürften hieraus nicht gezogen werden¹⁶¹. Auch die schriftliche Äußerung, unschuldig zu sein, stellt nach Ansicht des OLG Hamm¹⁶² und des OLG Celle¹⁶³ kein - verwertbares - Teilschweigen dar, da der Betroffene in keiner Weise an der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt habe. Seine Unschuldsbekundung bedeute nur, daß er keine Angaben machen, sich aber gleichzeitig gegen den erhobenen Vorwurf wehren wolle. Der Betroffene stelle lediglich klar, daß aus seinem Schweigen keine Rückschlüsse auf seine Schuld gezogen werden sollten¹⁶⁴. Gleiches gilt nach Ansicht des HansOLG Ham-

¹⁵⁹ so zutreffend Rieß JA 1980, 293, 295; aA Stümpfler DAR 1973, 1

¹⁶⁰BGH, Beschluß vom 24. Juni 1993 - 5 StR 350/93 - StV 1993, 458

¹⁶¹BGH, Entscheidung vom 15. Oktober 1970 - 4 StR 326/70 - MDR 1971, 15, 18 (bei Dallinger) zur Frage der Zustimmung zu einer erbbiologischen Untersuchung

¹⁶²OLG Hamm, Beschluß vom 05. April 1973 - 2 Ss Owi 401/73 - NJW 1973, 1708

¹⁶³OLG Celle, Beschluß vom 25. Oktober 1973 - 1 Ss (B) 265/73 - NJW 1974,

202

¹⁶⁴OLG Hamm aaO

burg¹⁶⁵ für das Leugnen, das Tatfahrzeug gefahren zu haben. Hierin liege lediglich ein Bestreiten der Schuld; es sei gerade keine Teileinlassung und dürfe folglich nicht nachteilig verwertet werden.

Rechtsausführungen des Betroffenen sind, wie das BayObLG¹⁶⁶ noch 1988 entschied, ebenfalls nicht als Einlassung zur Sache zu werten. Auch die Erklärung des Beschuldigten, sich eine Äußerung zum Tatvorwurf erst überlegen zu müssen, stellt nach der Rechtsprechung des BGH¹⁶⁷ keine pauschale Einlassung oder gar ein Geständnis dar, sondern ist dem Schweigen gleichzustellen. Überraschend ist hieran nicht der Inhalt der Entscheidung, sondern die Tatsache, daß der BGH Anlaß hatte, diese Selbstverständlichkeit klarzustellen.

Auf der anderen Seite vertritt der BGH¹⁶⁸ die Auffassung, der Widerruf einer früheren umfangreichen Einlassung sei durchaus als Angabe zur Sache zu werten, wodurch der Angeklagte sich selbst zum Beweismittel mache. Dieses sei gerade nicht als pauschales Bestreiten anzusehen, welches einem Schweigen gleichkäme.

Wenn ein Beschuldigter berechtigt ist zu schweigen, so darf ihm hieraus kein Nachteil erwachsen. Diese auf den ersten Blick evidente Einsicht war in der Rechtsprechung nicht immer vorhanden. So hat etwa das HansOLG Hamburg¹⁶⁹ Ende der zwanziger Jahre entschieden, daß der Tatrichter nicht gehindert sei, die Aussageverweigerung im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch nachteilig zu werten. Der historische Gesetzgeber der StPO habe mit dieser Möglichkeit ausdrücklich gerechnet und sie nicht ausgeschlossen.

Indes ist diese Rechtsprechung vereinzelt geblieben. Der BGH hat in den frühen Jahren eine nachteilige Verwertung des Schweigens ausgeschlossen.

Verweigert etwa der Angeklagte Angaben zum Verbleib erschwindelter Gelder, darf dies nach einer Entscheidung aus dem Jahr 1953 nicht strafscharfend berücksichtigt werden¹⁷⁰. Aus einem vollständigen Schweigen bei der polizeilichen Vernehmung dürfen keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden, da nur so das

¹⁶⁵HansOLG Hamburg, Beschluß vom 18. November 1975 - 2 Ss 297/75 - MDR 1976, 864

¹⁶⁶BayObLG, Beschluß vom 29. Februar 1988 - 1 Ob Owi 25/88 - MDR 1988, 882

¹⁶⁷BGH, Beschluß vom 17. Juli 1996 - 3 StR 248/96 - StV 1997, 6

¹⁶⁸BGH, Beschluß vom 14. November 1997 - 3 StR 529/97 - NStZ 1998, 209

¹⁶⁹HansOLG Hamburg, StS Urteil vom 03. Juni 1929 - R III 80/29 - GA 74 (1930), 315

¹⁷⁰BGH, Urteil vom 01. Oktober 1953 - 4 StR 120/53 - MDR 1953, 721, 723 (bei Dallinger)

Recht, nicht zur Sache aussagen zu müssen, gewährleistet sei¹⁷¹. Eine andere Handhabung verstoße gegen § 136a StPO.

Eine erste Einschränkung findet sich in einem Urteil des BGH aus dem Jahre 1969¹⁷². In dem zugrundeliegenden Fall hatte der Angeklagte bei der ersten polizeilichen Vernehmung geschwiegen und erst später seine Unschuld beteuert. Die erstinstanzliche Strafkammer sah darin ein Schuldindiz, da nach ihrer Ansicht der Angeklagte, wenn er denn wirklich unschuldig gewesen wäre, sicherlich schon bei der Polizei seine Unschuld hervorgehoben hätte. Der BGH hob diese Entscheidung mit der Begründung auf, ein Schweigen bei der ersten Vernehmung dürfe nicht nachteilig verwertet werden, erklärte aber gleichzeitig: „*Ob das immer und unterschiedslos zutrifft, mag dahinstehen*“.

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1980 nimmt der BGH¹⁷³ seine frühere Rechtsprechung weiter zurück. Schweigen über den Verbleib von Geldern könne (nur) dann strafscharfend berücksichtigt werden, wenn die Schuld des Angeklagten ohne jeden vernünftigen Zweifel zutage läge. Im Umkehrschluß bedeutet dies, daß bei feststehender Schuld das Schweigen zum Verbleib des Geldes durchaus strafscharfend wirken kann.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des BGH in den folgenden Jahren ist wiederum dadurch geprägt, daß die Bedeutung des Schweigerechts hervorgehoben wird. Anfängliches Schweigen dürfe nicht zum Nachteil des Beschuldigten verwertet werden¹⁷⁴. Den Beschuldigten treffe keine Beweislast; er sei nicht verpflichtet, das Gericht bei der Wahrheitsfindung zu unterstützen¹⁷⁵. Auch wenn erst später eine Notwehrsituation behauptet werde, dürften hieraus keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden, da dies eine Einschränkung des Rechts, nicht zur Sache aussagen zu müssen, bedeuten würde¹⁷⁶. Gleiches gelte, wenn der

¹⁷¹BGH, Urteil vom 26. Oktober 1965 - 5 StR 515/65 - BGHSt 20, 281, 282f = NJW 1966, 210; so auch OLG Braunschweig, Urteil vom 17. Dezember 1965 - Ss 192/65 - NJW 1966, 214 und OLG Hamm, Urteil vom 22. September 1967 - 1 Ss 948/67 - JMB1 NW 1968, 154; ebenso BGH, Beschluß vom 02. April 1968 - 5 StR 153/68 - BGHSt 22, 113 für die Aussageverweigerung eines Angehörigen

¹⁷²BGH, Urteil vom 23. Oktober 1968 - 2 StR 410/68 - GA 1969, 307

¹⁷³BGH, Beschluß vom 13. Mai 1980 - 1 StR 11/80 - NSTZ 1981, 131, 134 (bei Mösl)

¹⁷⁴BGH, Beschluß vom 27. Januar 1987 - 1 StR 703/86 - StV 1987, 377; BGH, Urteil vom 02. April 1987 - 4 StR 46/87 - BGHSt 34, 324 = JR 1988, 78, mit kritischer Anmerkung Meyer JR 1988, 79; BGH, Beschluß vom 18. Dezember 1987 - 2 StR 633/87 - StV 1988, 239; BGH, Beschluß vom 23. November 1988 - 2 StR 619/88 - StV 1989, 383; BGH, Beschluß vom 14. Januar 1992 - 5 StR 656/91 - wistra 1992, 191

¹⁷⁵BGH, Urteil vom 12. Juni 1986 - 4 StR 210/86 - StV 1986, 421; ebenso OLG Koblenz, Beschluß vom 18. Juni 1980 - 1 Ss 291/80 - VRS 59, 434f und OLG Stuttgart, Beschluß vom 15. Januar 1986 - 1 Ss (25) 845/85 - NSTZ 1986, 182

¹⁷⁶BGH, Beschluß vom 11. Mai 1983 - 2 StR 238/83 - StV 1983, 321 = NSTZ 1984, 14, 16 (bei Pfeiffer/Miebach); ebenso BGH, Beschluß vom 07. Dezember 1983 - 3 StR 484/83 - StV 1984, 143 = NSTZ 1984, 209 (bei Pfeiffer/Miebach)

Beschuldigte beim Haftrichter schweige und erst später ein Alibi behauptete¹⁷⁷.

In den Jahren 1982 und 1986 bestätigte der BGH¹⁷⁸, daß weder ein fehlgeschlagenes Alibi noch für widerlegt erachtete Äußerungen des Angeklagten Beweiszeichen für eine Täterschaft seien. Dabei sei zu berücksichtigen, daß auch ein unschuldig Angeklagter der Meinung sein könne, seine Position durch falsche Angaben zu verbessern¹⁷⁹.

Dies wiederholte der BGH zuletzt im Jahre 1995¹⁸⁰. Es gelte der allgemeine Grundsatz, daß für widerlegt erachtete Äußerungen des Angeklagten nicht ohne weiteres als Indiz für eine Täterschaft zu werten seien, da das bloße Fehlen entlastender Umstände nicht belastend wirken dürfe. Was für ein gescheitertes Alibi gelte, müsse erst recht für ein fehlendes Alibi gelten. Auch wenn das Gericht der Überzeugung sei, daß ein Angeklagter gelogen habe, dürfe daraus nicht ohne weiteres auf seine Täterschaft geschlossen werden. Lügen seien nur mit Vorsicht Beweiszeichen für eine Schuld, da auch ein Unschuldiger Zuflucht zur Lüge nehmen könne. Ein tragfähiger Rückschluß von der Lüge auf das tatsächliche Geschehen sei daher nicht möglich. Daher dürfe dem schweigenden oder leugnenden Angeklagten auch fehlende Reue nicht strafscharfend angelastet werden¹⁸¹.

Keinen Einfluß auf die Rechtsprechung des BGH hatte eine Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts vom 31. Oktober 1994, als über eine Haftbeschwerde eines Beschuldigten aus dem Umfeld des Terroristen Carlos zu entscheiden war. Der Beschuldigte hatte geschwiegen, dies war für das Gericht entscheidendes Indiz seiner Schuld: „*Dans ces circonstances, le mutisme choisi par le recourant ne parait pas correspondre à l'attitude normale d'une personne innocente*“¹⁸².

In dem grundlegenden Urteil vom 26. Mai 1992 entschied der BGH¹⁸³, es dürften auch dann keine nachteiligen Schlüsse aus

¹⁷⁷so bereits BGH, Urteil vom 13. Februar 1974 - 2 StR 552/73 - BGHSt 25, 285, 287; BGH, Beschluß vom 04. Juli 1985 - 4 StR 349/85 - StV 1985, 401 = NStZ 1986, 208 (bei Pfeiffer/Miebach); ebenso BGH, Beschluß vom 17. Januar 1989 - 5 StR 624/88 - StV 1989, 90 und BGH, Urteil vom 25. April 1989 - 1 StR 97/89 - StV 1989, 373

¹⁷⁸BGH, Urteil vom 12. Januar 1982 - 5 StR 745/81 - StV 1982, 158f; Beschluß vom 14. Mai 1986 - 2 StR 854/84 - StV 1986, 369, 371

¹⁷⁹BGH, Beschluß vom 14. Mai 1986 - 2 StR 854/84 - StV 1986, 369, 371

¹⁸⁰BGH, Urteil vom 05. Juli 1995 - 2 StR 137/95 - NStZ 1995, 559

¹⁸¹BGH, Beschluß vom 15. Oktober 1997 - 3 StR 515/97 - NStZ 1998, 182, 184 (bei Detter); ebenso für die verweigerte Entbindung eines Zeugen von der Schweigepflicht unlängst BGH, Urteil vom 22. Dezember 1999 - 3 StR 401/99 - StV 2000, 234 = StraFo 2000, 160, sowie für die verweigerte Entbindung des Verteidigers von der Schweigepflicht BGH, Beschluß vom 19. Januar 2000 - 3 StR 531/99 - NJW 2000, 1962

¹⁸² zitiert nach Arzt (1997) S. 23 Fn. 46

¹⁸³BGH, Urteil vom 26. Mai 1992 - 5 StR 122/92 - BGHSt 38, 302 = NStZ 1992, 448, mit zustimmender Anmerkung von Dahn/ Langkeit, NStZ 1993, 213; bereits

dem Schweigen des Angeklagten gezogen werden, wenn er sich in einem anderen, den gleichen Tatkomplex betreffenden Verfahren als Zeuge auf ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO berufen hat. Bestimmender Gesichtspunkt sei die Einlassungsfreiheit und das damit verbundene Schweigerecht. Letzteres entspreche der Menschenwürde, schütze das Persönlichkeitsrecht und sei Bestandteil eines fairen Verfahrens. Auch § 55 StPO beruhe auf dem Grundsatz, daß niemand gezwungen werden dürfe, gegen sich selbst auszusagen¹⁸⁴; die Vorschrift sei damit notwendige Ergänzung des Schweigerechts. Andernfalls habe es die Staatsanwaltschaft in der Hand, das Schweigerecht durch eine Verfahrenstrennung zu begrenzen.

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte findet sich durchgängig der Hinweis, daß aus dem Schweigen des Beschuldigten - bzw. des Betroffenen im Ordnungswidrigkeitenverfahren - keine nachteiligen Schlüsse gezogen werden dürfen¹⁸⁵. Im wesentlichen wird dies damit begründet, daß andernfalls die Freiheit der Willensentschließung unzulässig beeinträchtigt würde¹⁸⁶. Die Begründungen variieren; zum Teil wird darin ein Verstoß gegen § 136a StPO¹⁸⁷ gesehen. Andere Oberlandesgerichte stellen allgemeiner auf die Grundsätze eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens ab¹⁸⁸. Das OLG Koblenz nimmt eine gewisse Sonderstellung ein, indem es als einziges Oberlandesgericht

früher ebenso OLG Stuttgart, Beschluß vom 02. Februar 1981 - 3 Ss (23) 953/80 - NStZ 1981, 272; anders hingegen OLG Karlsruhe, Beschluß vom 06. September 1988 - 1 Ss 68/88 - NStZ 1989, 287 für eine nachteilige Verwertung des Schweigens der Arbeitnehmerin gegenüber dem Arbeitgeber, der sie zur Rede gestellt hatte

¹⁸⁴BGH aaO S. 305f

¹⁸⁵OLG Braunschweig, Urteil vom 17. Dezember 1965 - Ss 192/65 - NJW 1966, 214; OLG Hamm, Beschluß vom 23. September 1971 - 1 Ss OWi 894/71 - VRS 42, 219; OLG Hamm, Beschluß vom 17. Januar 1972 - 2 Ss OWi 1292/71 - MDR 1972, 626; OLG Hamm, Urteil vom 29. Juni 1972 - 5 Ss OWi 808/72 - VRS 44, 117; OLG Koblenz, Urteil vom 10. Mai 1973 - 1 Ss 43/73 - VRS 45, 365; OLG Hamm, Beschluß vom 20. Juni 1973 - 5 Ss OWi 759/73 - VRS 46, 143; OLG Koblenz, Beschluß vom 28. August 1979 - 1 Ss 435/79 - VRS 58, 377; BayObLG, Beschluß vom 28. August 1980 - 1 Ob OWi 294/80 - NJW 1981, 1385 = VRS 59, 348; BayObLG, Beschluß vom 28. Januar 1982 - 1 Ob OWi 562/81 - StV 1982, 258; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19. August 1983 - 5 Ss 304/83 - 262/83 I - StV 1983, 449 = MDR 1984, 164; OLG Zweibrücken, Beschluß vom 17. Oktober 1985 - 1 Ss 188/85 - StV 1986, 290; OLG Stuttgart, Beschluß vom 15. Januar 1986 - 1 Ss (25) 845/85 - NStZ 1986, 182; OLG Koblenz, Beschluß vom 10. März 1987 - 1 Ss 76/87 - VRS 73, 72; OLG Koblenz, Beschluß vom 10. Juni 1987 - 1 Ss 239/87 - MDR 1988, 168; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 08. April 1988 - 2 Ss (OWi) 88/88 - 79/88 II - MDR 1988, 796; OLG Köln, Beschluß vom 07. August 1990 - Ss 389/90 - NStZ 1991, 52

¹⁸⁶OLG Braunschweig, Urteil vom 17. Dezember 1965 - Ss 192/65 - NJW 1966, 214

¹⁸⁷OLG Hamm, Beschluß vom 23. September 1971 - 1 Ss OWi 894/71 - VRS 42, 219; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 19. August 1983 - 5 Ss 304/83 - 262/83 I - StV 1983, 449 = MDR 1984, 164

¹⁸⁸OLG Stuttgart, Beschluß vom 15. Januar 1986 - 1 Ss (25) 845/85 - NStZ 1986, 182; OLG Düsseldorf, Beschluß vom 08. April 1988 - 2 Ss (OWi) 88/88 - 79/88 II - MDR 1988, 796

eine Verletzung des § 261 StPO in Verbindung mit § 136 StPO¹⁸⁹ annimmt. In einer anderen Entscheidung des gleichen Senats¹⁹⁰ wird eher zivilrechtlich argumentiert und herausgestellt, daß den Betroffenen keine Darlegungs- und Beweislast treffe.

Die Vielzahl der OLG-Entscheidungen zu diesem Themenkreis verwundert angesichts der Eindeutigkeit der Aussage. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, daß ein Großteil der Entscheidungen im Ordnungswidrigkeitenverfahren ergangen ist. Hier spielen in der gerichtlichen Praxis die Verkehrsverstöße die größte Rolle. Zweifelsfrei steht in diesen Fällen oft nur fest, daß der Betroffene Halter des Fahrzeugs ist, mit dem der Verkehrsverstoß erfolgte. Die Frage, ob aus der - bloßen - Haltereigenschaft bereits geschlossen werden kann, daß der Halter das Fahrzeug auch gefahren hat, mithin Täter ist, wurde vom BGH¹⁹¹ bereits früh verneint. Die Haltereigenschaft als solche sei noch kein Beweiszeichen für die Täterschaft; nachteilige Schlußfolgerungen seien unzulässig, wenn der Halter die Täterschaft bestreite oder die Einlassung verweigere. Gleichwohl sahen sich die Oberlandesgerichte noch häufig gezwungen, amtsgerichtliche Entscheidungen aufzuheben, in denen die Haltereigenschaft als Indiz für die Täterschaft gewertet wurde¹⁹².

Es gereicht dem Angeklagten nicht - oder jedenfalls nicht direkt - zum Nachteil, wenn er die Einlassung zur Sache verweigert. Die bisherige Darstellung zeigt, daß die obergerichtliche Rechtsprechung insofern die Entschließungsfreiheit des Angeklagten respektiert. Dies gilt jedoch nur, sofern er vollständig schweigt. Etwas anderes gilt, wenn er teilweise Angaben zur Sache macht.

In einem Fall, in dem der Angeklagte teilweise ausgesagt, in bestimmten Fragen aber seinen Rechtsanwalt nicht von seiner Schweigepflicht entbunden hatte, war eine nachteilige Wertung dieses Umstandes durch das Tatgericht nach Ansicht des BGH¹⁹³

¹⁸⁹OLG Koblenz, Urteil vom 10. Mai 1973 - 1 Ss 43/73 - VRS 45, 365

¹⁹⁰OLG Koblenz, Beschluß vom 10. Juni 1987 - 1 Ss 239/87 - MDR 1988, 168

¹⁹¹BGH, Beschluß vom 29. August 1974 - 4 StR 171/74 - BGHSt 25, 365, 367f

¹⁹²OLG Hamm, Beschluß vom 06. April 1972 - 3 Ss OWi 418/72 - DAR 1972, 190; OLG Koblenz, Beschluß vom 09. Juni 1980 - 1 Ss 216/80 - VRS 59, 433; OLG Koblenz, Beschluß vom 23. Februar 1981 - 1 Ss 76/81 - VRS 61, 270; OLG Köln, Beschluß vom 24. März 1981 - 3 Ss 193/81 - VRS 61, 361; BayObLG, Beschluß vom 06. April 1982 - 1 Ob OWi 130/82 - DAR 1982, 241, 252 (bei Rütth); BayObLG, Beschluß vom 11. September 1984 - 1 Ob OWi 218/84 - DAR 1985, 244 (bei Rütth); BayObLG, Beschluß vom 12. November 1984 - 1 St 304/84 - DAR 1985, 244 (bei Rütth); OLG Stuttgart, Beschluß vom 08. Mai 1985 - 1 Ss 314/85 - VRS 69, 295

¹⁹³BGH, Urteil vom 03. Dezember 1965 - 4 StR 573/65 - BGHSt 20, 298 = NJW 1966, 209; ebenso OLG Braunschweig, Urteil vom 17. Dezember 1965 - Ss 192/65 - NJW 1966, 214, OLG Hamm, Urteil vom 10. Juni 1974 - 4 Ss 287/74 - NJW 1974, 1880 sowie OLG Köln, Beschluß vom 28. Januar 1975 - Ss OWi 245/74

zulässig. Äußere sich der Angeklagte aus freien Stücken zur Sache, so mache er sich zum Beweismittel und unterstelle sich damit der freien richterlichen Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO. Der Tatrichter könne dann aus seinem Prozeßverhalten, insbesondere seinem teilweisen Schweigen, nachteilige Schlüsse ziehen.

Eine differenzierende Betrachtung stellt das OLG Oldenburg¹⁹⁴ an. Zeitweises oder teilweises Schweigen könne dann zum Nachteil des Angeklagten Berücksichtigung finden, wenn sich hieraus Rückschlüsse auf die Schuld ziehen ließen. Bei anfänglichem Schweigen sei dies kaum möglich, da die Beweggründe unklar seien; etwas anderes gelte aber, wenn der Beschuldigte auch bei einer richterlichen Vernehmung im Vorverfahren oder nach Anklageerhebung die Einlassung verweigere. Die möglichen Beweggründe seien zu diesem Zeitpunkt stark eingeschränkt; der Beschuldigte könne kaum mehr hoffen, daß eine Anklage unterbleibe. Er wisse also, daß ein Gericht sich ein Urteil bilden müsse, dem er durch „Ausweichen“¹⁹⁵ nicht entgehen könne. Sein Prozeßverhalten könne daher Rückschlüsse auf seine Einstellung zur Tat zulassen.

Das Verschweigen von Hintermännern ist nach Auffassung des BGH¹⁹⁶ kein Umstand, der zu einer Strafschärfung führen darf. Darüber hinaus könne nicht unterschiedslos von einem verwertbaren Teilschweigen ausgegangen werden, wenn der Angeklagte zu einzelnen von mehreren selbständigen Taten aussage, zu anderen aber schweige. Hinsichtlich letzterer mache der Angeklagte von seinem Recht, nicht zur Sache aussagen zu müssen, in vollem Umfang Gebrauch, so daß sein Schweigen nicht indiziell gegen ihn wirken dürfe¹⁹⁷. Entscheidend sei, daß es sich jeweils um selbständige Lebenssachverhalte handele; hingegen komme es nicht darauf an, ob wegen der verschiedenen Taten überhaupt oder im selben Verfahren Anklage erhoben worden sei. Auch die unterschiedliche Ausübung des Aussageverweigerungsrechts während verschiedener Verfahrensstadien dürfe nicht nachteilig verwertet werden¹⁹⁸.

Der schweigende Beschuldigte mag sich relativ sicher sein, daß ihm sein Aussageverhalten nicht - direkt - zum Nachteil gerei-

- VRS 49, 48f; einen Überblick über die Rechtsprechung des BGH zum Teilschweigen gibt Miebach NSTZ 2000, 234

¹⁹⁴ OLG Oldenburg, Urteil vom 28. Januar 1969 - 4 Ss 365/68 - NJW 1969, 806

¹⁹⁵ OLG Oldenburg, aaO S. 807

¹⁹⁶ BGH, Entscheidung vom 19. Dezember 1972 - 2 StR 368/72 - MDR 1973, 369, 370 (bei Dallinger); ebenso BGH, Urteil vom 25. März 1981 - 3 StR 61/81 - NSTZ 1981, 257 = StV 1981, 276

¹⁹⁷ BGH, Urteil vom 26. Oktober 1983 - 3 StR 251/83 - BGHSt 32, 140, 145 = NSTZ 1984, 337

¹⁹⁸ BGH, Urteil vom 02. September 1998 - 2 StR 144/98 - NSTZ 1999, 47

chen wird. Absolut sicher kann er sein, daß es ihm nicht zu seinem Vorteil angerechnet werden wird.

Der Angeklagte hatte bei der Polizei ein Geständnis abgelegt, in der Hauptverhandlung jedoch die Einlassung verweigert. Nach Ansicht des BGH¹⁹⁹ war in diesem Fall eine Strafmilderung für das - polizeiliche - Geständnis nicht angezeigt. Geständnis oder Leugnen seien für sich genommen nicht maßgeblich; entscheidend sei vielmehr die innere Einstellung zur Tat, die im Prozeßverhalten zum Ausdruck komme. Allein hieraus sei ein Rückschluß auf das Ausmaß der Schuld und die Gefährlichkeit des Täters möglich. Der schweigende Angeklagte indes nehme dem Gericht die Möglichkeit, die innere Einstellung zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung festzustellen - eine Strafmilderung sei daher nicht möglich.

In ähnlicher Weise argumentieren das BayObLG²⁰⁰ und das HansOLG Hamburg²⁰¹. Verweigere der Angeklagte die Einlassung, so sei es nicht geboten, zu seinen Gunsten die Möglichkeit eines Nachtrunkes²⁰² bzw. Sturztrunkes²⁰³ anzunehmen. Das Tatgericht sei nicht gehalten, alle theoretisch denkbaren entlastenden Umstände zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen. Der schweigende Angeklagte müsse im Einzelfall in Kauf nehmen, daß derartige Umstände unaufgeklärt bleiben.

Die fehlende Aufklärung entlastender Umstände ist nicht der einzige Nachteil, mit dem der schweigende Angeklagte rechnen muß; darüber hinaus läuft er unter Umständen Gefahr, sich strafbar zu machen.

Bis zur Reform des Scheidungsrechts Mitte der siebziger Jahre galt das Schuldprinzip, das heißt, die Zivilgerichte hatten aufzuklären, welcher Ehepartner das Scheitern der Ehe verschuldet hatte.

In einem derartigen Scheidungsverfahren hatte der Ehemann - wahrheitswidrig - außereheliche Beziehungen zu einer Witwe bestritten. Diese war daraufhin im Scheidungsverfahren als Zeugin vernommen worden und hatte unter Eid die Beziehung zu dem Ehemann verneint. Letzterer hatte während ihrer Aussage nichts unternommen, um sie von einer falschen Aussage abzuhalten. Das RG²⁰⁴ sah hierin eine strafbare Beihilfe zum Meineid durch Unterlassen.

¹⁹⁹BGH, Urteil vom 23. März 1971 - 1 StR 9/71 - MDR 1971, 545 (bei Dallinger)

²⁰⁰BayObLG, Urteil vom 14. Februar 1968 - 1a St 465/67 - DAR 1969, 236, 237 (bei Rütth)

²⁰¹HansOLG Hamburg, Urteil vom 30. April 1971 - 2 Ss 31/71 - VRS 41, 195

²⁰²BayObLG aaO

²⁰³HansOLG aaO

²⁰⁴RG, Urteil vom 26. Juni 1941 - 3 D 30/41 - RGSt 75, 271

Eine Rechtspflicht des Ehemannes zum Handeln habe sich aus dem - im Widerspruch zu § 138 ZPO stehenden - Bestreiten des Vortrags seiner Ehefrau ergeben, wodurch das Zivilgericht zur Beweisaufnahme genötigt worden sei. Diese Rechtspflicht sei auch nicht etwa dadurch entfallen, daß er sich bei wahrheitsgemäßer Bekundung der Gefahr ausgesetzt hätte, unter Umständen wegen Ehebruchs strafrechtlich verfolgt zu werden. Diese sittliche Forderung müsse vielmehr an die Parteien eines bürgerlichen Rechtsstreits gestellt werden; „die Rechtsordnung muß verlangen, daß man eher die Strafe für begangenes eigenes Unrecht auf sich nimmt, als tatenlos neues Unrecht von einem anderen Volksgenossen begehen läßt, das man in seinem Ursprunge schon selbst gefördert hat²⁰⁵“. Diese Entscheidung betraf zwar nicht die strafprozessuale Aussagefreiheit als solche, hatte aber gleichwohl Auswirkungen hierauf. Denn der spätere strafrechtliche Vorwurf in dem Meineidsverfahren gründete auf der unterlassenen Selbstbezeichnung im Vorfeld.

Der BGH²⁰⁶ schloß sich in einem gleich gelagerten Fall dieser Rechtsprechung an und betonte, daß das „natürliche Recht auf Selbstschutz“ nicht bestehe, wenn zur Verdeckung eigener Straftaten durch neues Unrecht in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen werde.

Es ist hervorzuheben, daß sich diese „Ehebruchs-Fälle“ auf ein Schweigen außerhalb des Strafverfahrens bezogen. In einer weiteren Entscheidung aus den fünfziger Jahren übertrug der BGH²⁰⁷ diese Grundsätze auf das Strafverfahren. Eine Beihilfe zum Meineid eines Zeugen komme sowohl - bei planmäßiger Verabredung - durch positives Tun als auch durch Unterlassen in Betracht, wenn ausgeschlossen ist, daß der Zeuge auch im Falle eines Geständnisses des Angeklagten bei seiner unwahren Schilderung geblieben wäre. Es sei unbeachtlich, ob sich der Angeklagte durch Bekennen der Wahrheit und Verhinderung der Eidesverletzung einer schwereren Bestrafung als sonst ausgesetzt hätte. Das natürliche Recht auf Selbstschutz trete zurück, wenn zur Verdeckung eigener Straftaten neues Unrecht geschaffen werde.

Angesichts der Tatsache, daß seit den fünfziger Jahren kein entsprechendes Urteil mehr veröffentlicht wurde, erscheint es fraglich, ob diese Rechtsprechung heute noch Bestand hat. Darüber hinaus hat der BGH²⁰⁸ unlängst judiziert, daß das bloße Dulden einer falschen Aussage in der Hauptverhandlung nicht

²⁰⁵RG aaO, S. 275

²⁰⁶BGH, Urteil vom 11. Oktober 1951 - 4 StR 208/51 - BGHSt 3, 18, 19

²⁰⁷BGH, Urteil vom 26. Februar 1953 - 4 StR 682/52 - MDR 1953, 272 (bei Dallinger)

²⁰⁸BGH, Beschluß vom 10. März 1998 - 4 StR 66/98 - NStZ 1998, 503 (bei Detter)

nachteilig berücksichtigt werden dürfe. Wenn hierin aber bereits kein strafscharfendes Element liegt, so ist sicherlich auch eine Garantenstellung und damit ein strafbares Unterlassen zu verneinen.

Eine nachteilige Sanktion kann der schweigende Beschuldigte nicht nur in strafrechtlicher, sondern auch in finanzieller Hinsicht erfahren; so jedenfalls die Rechtsprechung des BVerfG²⁰⁹. Im Ausgangsfall war gegen den späteren Beschwerdeführer ein Bußgeldverfahren wegen verkehrswidrigen Überholens eingeleitet worden. Im Vorverfahren hatte er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht; daraufhin war es zu einer Hauptverhandlung gekommen. Im ersten Termin berief er sich darauf, daß seine Ehefrau gefahren sei. Die daraufhin weiter eingeleiteten Ermittlungen verliefen ergebnislos, so daß er in einem zweiten Termin freigesprochen wurde. Die Erstattung der Verteidigerkosten für den zweiten Termin wurde ihm mit der Begründung verweigert, daß dieser nicht hätte stattfinden müssen, wenn er im Vorverfahren nicht geschwiegen, sondern sich bereits zur Sache eingelassen hätte. Die hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde blieb erfolglos.

Nach Ansicht des BVerfG lag ein Verstoß gegen das Willkürverbot nicht vor. In der Kostenentscheidung sei vielmehr vertretbar darauf abgestellt worden, daß der Beschwerdeführer vor dem ersten Termin die Ladung seiner Ehefrau hätte beantragen können. Eine Beschränkung seines Aussageverweigerungsrechtes sei darin nicht zu sehen.

II. Die fehlerhafte Belehrung

Bis in die frühen sechziger Jahre war ein Beschuldigter von den Ermittlungsbehörden und den Strafgerichten lediglich zu befragen, ob er etwas auf die vorgetragene Beschuldigung erwidern wolle. Durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom 19. Dezember 1964²¹⁰ erhielten die §§ 136, 243 StPO ihre heute geltende Form; § 163a StPO wurde eingefügt. In der Folgezeit hatte sich die Rechtsprechung mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Einlassung des Beschuldigten auch dann verwertbar ist, wenn er zuvor nicht über sein Schweigerecht belehrt wurde.

Das OLG Zweibrücken²¹¹ und das BayObLG²¹² bejahten dies. Die Vorschrift des § 136 StPO stelle nur eine Ordnungsvorschrift dar; ihre Verletzung hindere ein Verwertung des gewonnenen Be-

²⁰⁹BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschluß vom 12. Oktober 1981 - 2 BvR 698/81 - NJW 1982, 275

²¹⁰BGBI I 1964 S. 1067ff

²¹¹OLG Zweibrücken, Urteil vom 12. Januar 1966 - Ss 198/65 - VRS 31, 280f

²¹²BayObLG, Urteil vom 19. April 1966 - 2a St 29/66 - DAR 1966, 285, 294 (bei RÜth)

weisergebnisses nicht. Das HansOLG Hamburg²¹³ stellte sich auf den gleichen Standpunkt. Eine fehlerhafte Belehrung des Berufungsgerichts gemäß §§ 243 IV 1, 332 StPO führe nicht zu einem Verwertungsverbot, wie sich aus einem Umkehrschluß aus § 136a StPO ergebe. Die Rechtsprechung zu §§ 252, 52 StPO sei nicht übertragbar, da jene Vorschriften dem Schutz der Familie dienen.

Auf der gleichen Linie lag die Rechtsprechung des ersten Senats des BGH²¹⁴. Es genüge für § 243 IV 1 StPO, wenn der Angeklagte nach der alten Fassung des § 136 StPO belehrt werde, er also lediglich gefragt werde, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle. Die Neufassung der §§ 136, 243 StPO enthielten in der Sache keine Änderungen, sondern stellten lediglich deutlichere Ausprägungen des auch bisher geltenden Grundsatzes dar, daß ein Angeklagter schweigen dürfe. Der mit der Belehrung erstrebte Zweck, den Angeklagten auf seine Wahlmöglichkeit hinzuweisen, werde auch mit der Frage erreicht, ob er etwas auf die Beschuldigung erwidern wolle.

Etwas vorsichtiger formulierte der zweite Senat des BGH²¹⁵. Eine fehlende Belehrung gemäß § 243 IV 1 StPO sei unschädlich, wenn dem Angeklagten sein Schweigerecht anderweitig bekannt war; etwa, weil er einen Verteidiger gehabt habe oder ein Mitangeklagter in seiner Anwesenheit ordnungsgemäß belehrt worden sei. Das OLG Hamm²¹⁶ lag ebenfalls auf dieser restriktiven Linie und sah in den §§ 136, 163a StPO lediglich Ordnungsvorschriften.

Eine besondere Fallkonstellation hatte der BGH im Jahre 1968 zu beurteilen. Der Beschuldigte hatte - ohne vorherige Belehrung - ein Geständnis abgelegt. In der Hauptverhandlung war er ordnungsgemäß belehrt worden, gleichwohl wiederholte er das Geständnis. Der BGH²¹⁷ sah diese Einlassung als verwertbar an. Ein seelischer Zwang, in dieser Situation von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen, könne generell nicht anerkannt werden. Vielmehr werde sich der Beschuldigte nach der Belehrung seiner freien Entscheidungsmöglichkeit bewußt; es sei seine Sache, wie er diese nutze. *Grünwald*²¹⁸ und *Rogall*²¹⁹ forderten hingegen eine qualifizierte Belehrung, die dem Beschuldigten verdeutliche, daß die bisherige Aussage unverwertbar sei. Denn nur so werde eine wirkliche Aussagefreiheit hergestellt.

²¹³HansOLG Hamburg, Urteil vom 25. Januar 1966 - 2a Ss 57/65(2) - JR 1966, 308f

²¹⁴BGH, Urteil vom 05. April 1966 - 1 StR 26/66 - NJW 1966, 1718f

²¹⁵BGH, Urteil vom 22. Juni 1966 - 2 StR 160/66 - NJW 1966, 1719f

²¹⁶OLG Hamm, Urteil vom 09. Februar 1967 - 2 Ss 1562/66 - NJW 1967, 1524; ebenso OLG Hamm, Urteil vom 31. Mai 1968 - 3 Ss 466/68 - VRS 36, 117

²¹⁷BGH, Beschluß vom 30. April 1968 - 1 StR 625/67 - NJW 1968, 1388, 1390

²¹⁸Grünwald JZ 1968, 752, 754

²¹⁹Rogall (1977), S. 190

Hinsichtlich einer fehlerhaften Belehrung im Ermittlungsverfahren blieb der BGH²²⁰ bei seiner bisherigen Rechtsprechung und verneinte ein Verwertungsverbot. Die Vorschrift des § 136 StPO stelle ein bloße Ordnungsvorschrift dar; Zweck der ausdrücklichen Erstreckung der Belehrungspflicht auf staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Vernehmungen sei allein die Klarstellung der seit jeher bestehenden Aussagefreiheit auch bei nichtrichterlichen Vernehmungen²²¹. Eine entsprechende Anwendung des § 136a III 2 StPO scheide aus, da der Gesetzgeber dies - anders als bei § 136a StPO - nicht angeordnet habe.

In der Literatur stieß diese Rechtsprechung sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung überwiegend auf Ablehnung. Seit der Neufassung seien die §§ 136, 115 III, 128, 163a, 243 IV StPO nicht mehr als bloße Ordnungsvorschriften anzusehen; vielmehr stelle eine fehlerhafte Belehrung einen revisiblen Verfahrensverstoß dar²²². Eine derartige Aussage müsse einem Verwertungsverbot unterliegen; dies ergebe sich aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung, die der gesetzlichen Neufassung zugrundeliege²²³. Hierdurch sei die Freiheit der Entscheidung des Beschuldigten geschützt. Vorschriften, die dem Schutz personaler Rechte des Beschuldigten dienen, könnten indes nicht als bloße Ordnungsvorschriften abgetan werden²²⁴.

Auch die vom BGH angeführte dogmatische Begründung überzeuge nicht. Ein Umkehrschluß aus § 136a III 2 StPO sei ein Trugschluß. Denn in dieser Vorschrift werde ein Verwertungsverbot selbstverständlich vorausgesetzt und lediglich angeordnet, daß auch bei einer Einwilligung die Unverwertbarkeit fortbestehe. E contrario könne daher aus § 136 StPO nur geschlossen werden, daß im Rahmen dieser Vorschrift eine Einwilligung -ausnahmsweise - die Unverwertbarkeit beseitige²²⁵. Sedes materiae für Verwertungsverbote sei daher nicht § 136a III 2 StPO, sondern § 337 StPO in Verbindung mit der jeweils verletzten Norm: ein unter Verstoß gegen Prozeßnormen gewonnenes Beweismittel dürfe grundsätzlich nicht verwertet werden, denn andernfalls würde das Urteil auf dieser Gesetzesverletzung beruhen²²⁶.

²²⁰BGH, Urteil vom 31. Mai 1968 - 4 StR 19/68 - BGHSt 22, 170 = NJW 1968, 1838 = JZ 1968, 750; kritisch hierzu Fincke NJW 1969, 1014

²²¹BGH aaO S. 174f; im konkreten Fall sei daher ein Verstoß gegen §§ 136, 163a IV StPO nicht feststellbar gewesen

²²²Schmidt-Leichner NJW 1966, 1718, 1720; ebenso Siegert GA 1975, 156; Fezer JuS 1978, 104, 106; Stürner NJW 1981, 1757f; nach Hanack JZ 1971, 168f war bereits die Einordnung der alten Fassung des § 136 StPO als Ordnungsvorschrift unvereinbar mit der Menschenwürde; anders nur Rejewski NJW 1967, 1999, 2000, der den Charakter als Ordnungsvorschriften betont

²²³Grünwald JZ 1966, 489, 495; ähnlich Eb. Schmidt NJW 1968, 1209

²²⁴Grünwald JZ 1968, 752f

²²⁵Schünemann MDR 1969, 101; Hanack JZ 1971, 168f

²²⁶Schünemann MDR 1969, 101, 192

Teilweise wird die fehlerhafte Belehrung sogar als unzulässige Täuschung im Sinne des § 136a StPO angesehen²²⁷. Der Begriff der Täuschung sei erfolgsgerichtet zu verstehen, da es für die Verkürzung der Rechtsstellung des Beschuldigten gleichgültig sei, ob dieser Erfolg intentional oder fahrlässig herbeigeführt werde. Der Grundrechtsschutz würde verfehlt, wenn die auf Nachlässigkeit beruhende fehlerhafte Belehrung nicht durch ein Verwertungsverbot sanktioniert würde.

Eine vorsichtige Kehrtwende in der Rechtsprechung des BGH trat im Jahre 1974 ein, zunächst jedoch beschränkt auf die Belehrung in der Hauptverhandlung. Der BGH²²⁸ hob zunächst hervor, daß die Neufassung des § 243 StPO an der bestehenden Rechtslage nichts geändert habe. Das Schweigerecht ergebe sich bereits aus den Grundsätzen eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens; § 243 StPO habe lediglich Vorsorglichkeits- und Fürsorgecharakter²²⁹. Einer Belehrung bedürfe es daher nicht, wenn der Angeklagte seine Rechte bereits kenne; sei dies indes nicht der Fall, sei der Hinweis notwendiger Bestandteil eines fairen Verfahrens. Unterbleibe dieser Hinweis, würden die Rechte des Angeklagten verkürzt; sein Interesse daran, daß er nicht Zeuge gegen sich selbst sein müsse, werde berührt. Hieraus ergebe sich, daß eine Belehrung, die nicht den Anforderungen des § 243 StPO genüge, einen revisiblen Verfahrensverstoß darstelle. Ein Widerspruch zur Entscheidung BGHSt 22, 170 sei nicht gegeben, da es in dem dort entschiedenen Fall um eine Belehrung im Ermittlungsverfahren, vorliegend jedoch um eine Belehrung in der Hauptverhandlung gegangen sei.

Die Literatur kritisierte dies als nicht ausreichend. Eine fehlerhafte Belehrung - gleich, ob im Vorverfahren oder in der Hauptverhandlung - müsse zu einem Verwertungsverbot führen²³⁰.

In den folgenden Jahren blieb der BGH²³¹ bei seiner Auffassung, daß eine fehlerhafte Belehrung gemäß § 136 StPO jedenfalls dann kein Verwertungsverbot nach sich ziehe, wenn die Belehrung versehentlich unterblieben sei. Was für die Hauptverhandlung gelte, könne nicht ohne weiteres auf das Vorverfahren übertragen werden.

²²⁷ Jerusalem NJW 1966, 1278f; Kunert MDR 1967, 539, 541f

²²⁸BGH, Beschluß vom 14. Mai 1974 - 1 StR 366/73 - BGHSt 25, 325 = NJW 1974, 1570 = MDR 1974, 765

²²⁹BGH aaO S. 330

²³⁰Rogall (1977), S. 215f; Rogall ZStW 91 (1979), 1, 36; Rieß JA 1980, 293, 300

²³¹BGH, Urteil vom 26. Juni 1979 - 5 StR 221/79 - NStZ 1981, 94 (bei Pfeiffer) = DAR 1980, 193, 203 (bei Spiegel); BGH Beschluß vom 07. Juni 1983 - 5 StR 409/81 - BGHSt 31, 395 = NStZ 1983, 565 = StV 1983, 494 = JZ 1983, 716 = JR 1984, 340; kritisch dazu Beulke StV 1990, 180f

Das LG Verden²³² stellte sich im Jahre 1985 gegen den Strom. Das Geständnis eines geistig Behinderten, der über sein Schweigerecht nicht belehrt worden sei, weil die Polizeibeamten davon ausgegangen waren, daß er die Belehrung sowieso nicht verstehen werde, sei unverwertbar. Die Vorschrift des § 136a StPO enthalte den Rechtsgedanken, nur solche Einlassungen zu verwerten, die Ergebnis einer freien, unbeeinflussten Willensbildung seien. Es könne dann aber keinen Unterschied machen, ob die fehlende Freiheit aktiv herbeigeführt oder ausgenutzt werde, ob sie nur vorübergehend oder auf Dauer existiere. Offen bleiben könne, ob § 136a StPO direkt, im Wege der teleologischen Extension oder analog angewandt werde.

Ähnlich argumentierte das LG Stuttgart²³³ im gleichen Jahr. Der ermittelnde Beamte, der im Zuge eines Anrufs bei der Verdächtigen seine amtliche Stellung als Polizeibeamter verschweige, verstoße bewußt gegen die gesetzlich vorgeschriebene Belehrungspflicht und täusche dadurch im Sinne des § 136a StPO. Die gewonnenen Erkenntnisse seien daher nicht verwertbar. In der Sache hat sich das LG hier bereits mit der Zulässigkeit der „Hörfalle“ beschäftigt, die erst später unter diesem Begriff Eingang in die juristische Diskussion gefunden hat.

Der BGH²³⁴ änderte seine Rechtsprechung hinsichtlich der fehlerhaften Belehrung im Ermittlungsverfahren erst im Jahre 1992. Ein Verstoß gegen die in den §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO normierten Hinweispflichten begründe grundsätzlich ein Verwertungsverbot²³⁵; etwas anderes gelte nur, wenn der Beschuldigte zu Beginn der Vernehmung gewußt habe, daß er nicht zur Aussage verpflichtet sei. Ob ein Verwertungsverbot vorliege, sei in jedem Fall aufgrund einer umfassenden Abwägung zu entscheiden; abzuwägen seien die Schwere des Verfahrensverstosses und seine Bedeutung für den Beschuldigten einerseits sowie die staatlichen Aufgaben zur Gewährleistung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege andererseits. Das Schweigerecht gehöre zu den grundlegenden Prinzipien des Strafverfahrens. Der Hinweis hierauf sichere ein faires Verfahren; dies sei bei der ersten Vernehmung durch die Polizei sogar noch wichtiger als in der Hauptverhandlung²³⁶.

²³²LG Verden, Urteil vom 27. August 1985 - Ks 29 Js 1998/84 (7-4/85) - StV 1986, 97f

²³³LG Stuttgart, Beschluß vom 13. Juni 1985 - 14 Qs 48/85 - NStZ 1985, 568

²³⁴BGH, Beschluß vom 27. Februar 1992 - 5 StR 190/91 - BGHSt 38, 214 = NJW 1992, 1463 = NStZ 1992, 294 = JR 1992, 381 = JZ 1992, 918; diese Entscheidung fand in der Literatur - jedenfalls im Ergebnis - uneingeschränkte Zustimmung, vgl etwa Kiehl, NJW 1993, 501; Bohlander, NStZ 1992, 504; Fezer, JR 1992, 385; Roxin, JZ 1992, 923; Ransiek, StV 1994, 343

²³⁵BGH aaO S. 218

²³⁶BGH aaO S. 221

Gleiches gelte im Grundsatz, wenn der Beschuldigte zwar ordnungsgemäß belehrt worden sei, diese Belehrung aber - infolge geistig-seelischer Defizite - nicht verstanden habe. Eine Verwertung der Aussage dürfe dann grundsätzlich nicht erfolgen²³⁷. Etwas anderes gelte nur dann, wenn der Beschuldigte mit der Verwertung einverstanden sei oder nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen habe.

Letztere Beschränkung ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Der § 257 StPO stelle eine Vorschrift zum Schutze des Beschuldigten dar; irgendwelche Beschränkungen seiner Rechte seien darin nicht angelegt²³⁸. Überdies verwechsle der BGH das Offizialprinzip mit dem zivilrechtlichen Partei herrschaftsprinzip, wenn es sich selbst von der Pflicht zur Feststellung schwerwiegender Verfahrensfehler entbinde²³⁹.

Die Frage der Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung wurde im Jahre 1994 vom LG Dortmund²⁴⁰ erneut aufgeworfen. Ausgangspunkt war ein Geständnis des Beschuldigten, welches dieser im Zustand eines Alkoholdelirs abgelegt hatte. In der Folgezeit war er sowohl von der Haftrichterin als auch der Kriminalpolizei vernommen worden, wobei jeweils eine Belehrung über sein Schweigerecht erfolgte. Ein weitergehender Hinweis, daß das ursprünglich abgelegte Geständnis nicht verwertbar ist, wurde nicht erteilt. Der Beschuldigte wiederholte in diesen Vernehmungen sein Geständnis; in der Hauptverhandlung ließ er sich indes nicht zur Sache ein. Das LG Dortmund sah in der ersten Vernehmung einen Verstoß gegen § 136a I StPO mit der Folge eines Beweisverwertungsverbotes gemäß § 136a III StPO. Auch die nachfolgenden Vernehmungen seien wegen einer Fortwirkung des Verwertungsverbotes unverwertbar. Eine Fortwirkung auf spätere Vernehmungen sei dann anzunehmen, wenn sich der Angeklagte seiner Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ und „Wie“ einer Aussage nicht bewußt gewesen sei; etwa, weil er die Unverwertbarkeit seiner ersten Aussage nicht kannte und daher glaubte, daß Schweigen keinen Wert habe²⁴¹. Erforderlich sei in diesen Fällen eine qualifizierte Belehrung, die auch einen Hinweis auf die Unverwertbarkeit der ersten Aussage enthalte. Der BGH, der über die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil zu entscheiden hatte, enthielt sich einer Stellungnahme in der Sache. Die Revision wurde als unzulässig zurückgewiesen²⁴².

²³⁷BGH, Urteil vom 12. Oktober 1993 - 1 StR 475/93 - BGHSt 39, 349 = NJW 1994, 333 = JZ 1994, 686

²³⁸ Fezer JZ 1994, 686, 687

²³⁹ Kiehl NJW 1994, 1267, 1268

²⁴⁰LG Dortmund, Urteil vom 19. August 1994 - Ks 9 Js 4/92 - NStZ 1997, 356; zustimmend Neuhaus NStZ 1997, 312

²⁴¹LG Dortmund aaO S. 357

²⁴²BGH, Beschluß vom 09. März 1995 - 4 StR 77/95 - NJW 1995, 2047 = NStZ 1995, 462 = StV 1995, 450; vgl auch BGH, Urteil vom 15. Juli 1998 - 1 StR 234/98 - NStZ 1999, 91 zur Verwertbarkeit der Aussage einer minderjährigen Zeugin, die im Vorverfahren fehlerhaft und im Hauptverfahren nicht qualifi-

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die Aussagefreiheit in diesem Punkt im Laufe der Jahre eine Aufwertung erfahren hat. Wurde die - tatsächlich oder angeblich versehentliche - Verletzung der Vorschriften über die Belehrung des Beschuldigten zunächst folgenlos hingenommen, so änderte sich dies seit den siebziger Jahren. Die fehlerhafte Belehrung sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren wird nunmehr als erheblicher Verfahrensfehler mit der grundsätzlichen Folge eines Verwertungsverbotes angesehen. Gleiches gilt bei augenscheinlich nicht verstandener Belehrung. Offen ist lediglich die Frage, ob der BGH noch an seiner Rechtsprechung aus dem Jahre 1968²⁴³ festhält, wonach eine qualifizierte Belehrung nicht erforderlich ist.

III. Das Recht auf einen Anwalt

Der Beschuldigte ist nicht nur über sein Schweigerecht zu belehren. In den §§ 136 I 2, 163 IV 2 StPO ist darüber hinaus normiert, daß er berechtigt ist, jederzeit - auch vor seiner Vernehmung - einen Verteidiger zu konsultieren. Für die Belehrung durch das erkennende Gericht gemäß § 243 StPO gilt dies nicht. Dieses Recht zur Anwaltskonsultation ist nicht als bloßer Annex zu verstehen. Angesichts der extremen seelischen Ausnahmesituation, in der sich ein Beschuldigter regelmäßig befindet, kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß er in der Lage ist, sinnvollen Gebrauch von der eingeräumten Freiheit zu machen. Die Notwendigkeit rechtsgelehrten Beistands darf daher nicht gering geschätzt werden; letztlich sichert erst die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Anwalts die Aussagefreiheit effektiv ab.

Das BVerfG hat daher aus dem Recht des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren gefolgert, daß ggf auch noch durch einen Vorsitzenden Richter am BGH ein Pflichtverteidiger gemäß § 140 II StPO bestellt werden muß²⁴⁴ und auch bei bestelltem Pflichtverteidiger die Kosten des Wahlverteidigers unter Umständen zu erstatten sind²⁴⁵.

In der Rechtsprechung des BGH ist die Reichweite des Rechtes auf Konsultation eines Anwalts umstritten. Der vierte Senat²⁴⁶ hat anerkannt, daß eine Aussage des Beschuldigten dann unverwertbar ist, wenn er vor seiner ersten Vernehmung die Rück-

ziert belehrt worden war. Der BGH ging von einer Verwertbarkeit aus, da kein Anhaltspunkte ersichtlich gewesen seien, daß sie - bei entsprechendem Hinweis - Einwände gegen die Verwertung erhoben hätte.

²⁴³BGH, Beschluß vom 30. April 1968 - 1 StR 625/67 - NJW 1968, 1388, 1390

²⁴⁴BVerfG, Beschluß vom 19. Oktober 1977 - 2 BvR 462/77 - NJW 1978, 151

²⁴⁵BVerfG, Beschluß vom 28. März 1984 - 2 BvR 275/83 - BVerfGE 66, 313

²⁴⁶BGH, Urteil vom 29. Oktober 1992 - 4 StR 126/92 - BGHSt 38, 372 = JR 1993, 332 = JZ 1993, 425; zustimmend jeweils Rieß, JR 1993, 334, Roxin, JZ 1993, 426 und Ransiek, StV 1994, 343

sprache mit einem Verteidiger wünscht, ihm dies aber verwehrt wird.

In dem vielbeachteten „St. Pauli-Fall“ hat der fünfte Senat²⁴⁷ diese Rechtsstellung des Beschuldigten bestätigt und auch auf den Fall erweitert, daß ihm seitens der Ermittlungsbehörden keine oder nur halbherzige Unterstützung zuteil wird. Im Ausgangsfall hatte der aus Sizilien stammende Beschuldigte bei seiner abendlichen Vernehmung zum Ausdruck gebracht, daß er einen Rechtsbeistand wünsche. Die vernehmenden Polizeibeamten überließen ihm ein Branchenfernsprechbuch und nannten ihm den Namen eines italienisch sprechenden Rechtsanwalts, der aber zu dieser Tageszeit nicht erreicht werden konnte. Einen Hinweis auf den in Hamburg eingerichteten anwaltlichen Notdienst erteilten sie nicht.

Der Senat führt in der Revisionsentscheidung zunächst aus, daß die Vernehmung sofort zu unterbrechen sei, wenn der Beschuldigte nach einem Anwalt verlange²⁴⁸. Die Polizei habe sich ernsthaft zu bemühen, dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontakts zu einem Rechtsanwalt in effektiver Weise zu helfen; im vorliegenden Fall habe es angesichts der Existenz eines anwaltlichen Notdienstes nicht ausgereicht, dem Beschuldigten lediglich das Branchenfernsprechbuch zu reichen. Blieben die Bemühungen erfolglos, so dürfe die Vernehmung nur fortgesetzt werden, wenn der Beschuldigte erneut auf das Recht zur Anwaltskonsultation hingewiesen werde und er sich gleichwohl mit einer Fortsetzung der Vernehmung einverstanden erkläre. Bei Nichtbeachtung dieser Grundsätze liege ein Verwertungsverbot vor, da die Möglichkeit, sich in jeder Lage des Verfahrens eines Rechtsbeistands zu bedienen, zu den wichtigsten Rechten des Beschuldigten gehöre. Etwas anderes gelte nur dann, wenn er der Verwertung der Aussage nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen habe.

Der erste Senat²⁴⁹ vertritt demgegenüber eine abweichende Meinung. Die Aussage eines ordnungsgemäß belehrten Beschuldigten, der zunächst einen Verteidiger verlangt, dann aber doch ausgesagt hatte, dürfe verwertet werden. Ein fehlerhaftes Verhalten der Vernehmungsbeamten könne nicht festgestellt werden; insbesondere könne ein Verbot, die Vernehmung fortzusetzen, der StPO nicht entnommen werden.

Der Auffassung des fünften Senats, daß eine Vernehmung nur fortgesetzt werden dürfe, wenn die Polizei sich um einen Kon-

²⁴⁷BGH, Urteil vom 12. Januar 1996 - 5 StR 756/94 - BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547 = NStZ 1996, 291 = StV 1996, 187 = MDR 1996, 623 = JZ 1997, 364; zustimmend Egon Müller, StV 1996, 358, Beulke NStZ 1996, 257, Roxin JZ 1997, 343 und Hamm NJW 1996, 2185

²⁴⁸BGH aaO S. 19

²⁴⁹BGH, Urteil vom 21. Mai 1996 - 1 StR 154/95 - BGHSt 42, 170 = NStZ 1996, 452 = StV 1996, 409 = JZ 1997, 367; ablehnend Ventzke StV 1996, 524, Roxin JZ 1997, 343 sowie Herrmann NStZ 1997, 209

takt zu einem Verteidiger bemüht und nochmals auf das Recht zur Anwaltskonsultation hingewiesen habe, werde jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht gefolgt, in dem wegen der mitternächtlichen Stunde die Chance, einen Rechtsanwalt zu erreichen, wenig aussichtsreich war²⁵⁰. Das Recht auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren erwachse aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Menschenwürde; es sei zunächst Aufgabe des Gesetzgebers, dies im Strafprozeßrecht umzusetzen. Erst wenn eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Wahrheitsfindung mit den verfassungsrechtlich geschützten Belangen des Beschuldigten dazu führe, daß die Anwendung des Strafprozeßrechts unververtretbare Ergebnisse mit sich bringe, sei Raum für eine Korrektur oder Ergänzung der StPO.

Selbst wenn das Vorgehen der Polizeibeamten fehlerhaft gewesen wäre, folge daraus kein Verwertungsverbot. Grundsätzlich seien in dieser Frage die im Rechtsstaatsprinzip angelegten gegenläufigen Ziele gegeneinander abzuwägen. Hier wöge eine etwaige Verletzung der Rechte des Beschuldigten nicht so schwer, als daß daraus ein Verwertungsverbot folgen könne. Der fünfte Senat lehne in der Entscheidung BGHSt 42, 15 aus Gründen der Rechtssicherheit eine Abwägung ab; der erkennende Senat indes „hält demgegenüber an dem Abwägungserfordernis ohne Einschränkung fest“. Diese Rechtsprechung hat der erste Senat auch in der Folgezeit beibehalten²⁵¹.

Der zweite Senat²⁵² wiederum hält sich aus diesem Streit heraus und läßt die Frage offen, ob die Belehrung über das Recht auf Anwaltskonsultation eine über das Schweigerecht hinausgehende Bedeutung hat, die - im Falle ihrer Verletzung - ein Verwertungsverbot nach sich zieht.

IV. Gemeinschuldner & Co

Die Vereinbarkeit außerstrafrechtlicher Auskunftspflichten mit dem nemo-tenetur-Prinzip ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung erstmals im sogenannten „Gemeinschuldner-Beschluß“ des BVerfG²⁵³ aus dem Jahre 1981 problematisiert worden. Ausgangspunkt war die Verfassungsbeschwerde eines in Konkurs geratenen niedersächsischen Kaufmanns. Dieser hatte im Vernehmungstermin vor dem Konkursgericht die Aussage verweigert, weil gegen ihn ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts eines Konkursvergehens anhängig war und er befürchtete, sich durch eine wahrheitsgemäße Aussage selbst zu belasten. Das

²⁵⁰BGH aaO S. 172

²⁵¹BGH, Urteil vom 07. Januar 1997 - 1 StR 666/96 - NStZ 1997, 251; kritisch dazu Wollweber NStZ 1998, 311

²⁵²BGH, Urteil vom 20. Juni 1997 - 2 StR 130/97 - NStZ 1997, 609 = StV 1999, 354; kritisch dazu Kaufmann NStZ 1998, 474, sowie Wollweber StV 1999, 355

²⁵³BVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 13. Januar 1981 - 1 BvR 116/77 - BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 = MDR 1981, 818 = StV 1981, 213; ausführlich hierzu Schäfer FS Dünnebier (1982), 11ff; Dingeldey NStZ 1984, 529; Streck StV 1981, 362

Konkursgericht ordnete daraufhin die Beugehaft an; die sofortige Beschwerde des Gemeinschuldners zum Landgericht blieb erfolglos. Gegen diese Entscheidungen richtete sich die Verfassungsbeschwerde.

Das BVerfG stellte zunächst fest, daß jede erzwingbare Auskunftspflicht einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Handlungsfreiheit sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 I GG darstelle²⁵⁴. Der Zwang zur Selbstbezichtigung berühre darüber hinaus die Würde des Menschen. Das nemo-tenetur-Prinzip gehöre zu den Grundsätzen eines rechtsstaatlich geführten Strafprozesses; es sei Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung, die auf dem Leitgedanken der Achtung der Menschenwürde beruhe.

Für den Gemeinschuldner könne indes nicht das gleiche gelten wie für einen Beschuldigten in einem Strafverfahren²⁵⁵. Seine in Art. 2 I GG verbrieften Rechte fänden ihre Grenzen in den Rechten anderer, nämlich den Rechten der Gläubiger, die auf seine Informationen angewiesen seien. Eine uneingeschränkte Auskunftspflicht des Gemeinschuldners im Konkursverfahren sei daher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Es sei jedoch mit der Menschenwürde unvereinbar, wenn der Gemeinschuldner dadurch gleichzeitig die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder ähnliche Sanktionen liefern müßte. Weiter läge darin eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung seines Persönlichkeitsrechts. Das im Strafverfahren eingeräumte Schweigerecht wäre „illusorisch“²⁵⁶, wenn die im außerstrafrechtlichen Verfahren erzwungene Selbstbezichtigung im Strafverfahren gegen ihn verwandt werden könnte. Aus diesem Grunde seien die konkursrechtlichen Regelungen in Anlehnung an § 136a StPO und § 393 II AO verfassungsrechtlich dahingehend zu ergänzen, daß für derartige selbstbelastende Aussagen ein strafrechtliches Verwertungsverbot gelte²⁵⁷.

Unklar bleibt, ob das so entwickelte Verwertungsverbot auf Vergehen beschränkt bleibt. Zwar nimmt das BVerfG ausdrücklich § 393 II 2 AO in Bezug, der für bestimmte Straftaten, namentlich Verbrechen, eine Verwertbarkeit ausdrücklich zuläßt (§ 30 IV Nr. 5 AO). Auf der anderen Seite wird gleichermaßen § 136a StPO erwähnt, der ein absolutes Verwertungsverbot enthält. Überdies ist der Tenor der verfassungsgerichtlichen Entscheidung weit gefasst. Offenbart der Gemeinschuldner strafbare Handlungen, darf seine Aussage in einem Strafverfahren nicht gegen seinen Willen verwertet werden. Beides spricht dafür, das in der Gemeinschuldner-Entscheidung entwickelte Verwertungsverbot umfassend zu verstehen.

²⁵⁴BVerfG aaO S. 41f

²⁵⁵BVerfG aaO S. 48f

²⁵⁶so BVerfG aaO S. 51

²⁵⁷BVerfG aaO S. 51

Der BGH²⁵⁸ nahm in einem ähnlich gelagerten Fall eine Abgrenzung zum Gemeinschuldner-Beschluß vor. Angaben, die ein „Asylbewerber“ im Rahmen der Anhörung gemäß § 8 II AsylVfG mache, dürften in einem Strafverfahren wegen unrechtmäßiger Einreise gemäß § 47 I Nr. 1 AuslG gegen ihn verwertet werden; es bestünde kein Verwertungsverbot²⁵⁹. Die im Gemeinschuldner-Beschluß aufgestellten Grundsätze sowie das nemo-tenetur-Prinzip stünden dem nicht entgegen, da im Asylverfahren die Mitwirkung nicht erzwingbar sei; es handele sich um eine bloße Obliegenheit. Auch würden Drittinteressen nicht berührt. Ein Interessenkonflikt entstünde allein in der Person des Asylbewerbers selbst, da die Verweigerung von Angaben unter Umständen die Erfolgsaussichten seines Antrags mindere. Derartige Interessenkonflikte aber - Schutz vor Selbstbezichtigung oder Rechtsverwirklichung - begründeten kein Verwertungsverbot²⁶⁰.

Dieser Auffassung schloß sich das OLG Düsseldorf²⁶¹ an und bejahte die strafprozessuale Verwertbarkeit von Angaben des Beschuldigten, die dieser in einem schwedischen Asylverfahren gemacht hatte.

Eine andere Sichtweise ist nach Auffassung des BGH²⁶² bei dem Schuldner geboten, der gemäß § 807 ZPO die eidesstattliche Versicherung abzugeben hat; hier seien die Grundsätze des Gemeinschuldner-Beschlusses übertragbar. Der gemäß § 807 ZPO erklärungspflichtige Schuldner müsse auch solche Umstände offenbaren, die eigene Straftaten enthielten. Der gemäß Art. 2 I GG gewährleistete Schutz vor Selbstbezichtigung fände seine Grenzen in den Rechten anderer, hier der Gläubiger. Art. 2 I G biete keinen lückenlosen Schutz gegen erzwungene Selbstbezichtigungen ohne Rücksicht auf Rechte anderer; im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens sei den Rechten der Gläubiger Vorrang einzuräumen. Allerdings sei für die im Rahmen des § 807 ZPO gemachten Angaben ein strafverfahrensrechtliches Verwertungsverbot anzunehmen; damit sei den Interessen des Schuldners hinreichend Rechnung getragen²⁶³.

Zuletzt hat das BVerfG²⁶⁴ selbst die Reichweite des Gemeinschuldner-Beschlusses eingegrenzt. Die Angaben des Beschuldig-

²⁵⁸BGH, Beschluß vom 15. Dezember 1989 - 2 StR 167/89 - BGHSt 36, 328

²⁵⁹BGH aaO S. 331

²⁶⁰BGH aaO S. 334

²⁶¹OLG Düsseldorf, Beschluß vom 15. November 1991 - VI 14/89 - NStZ 1992, 349 = StV 1992, 503; kritisch hierzu Kadelbach, StV 1992, 504

²⁶²BGH, Urteil vom 19. März 1991 - 5 StR 516/90 - BGHSt 37, 340

²⁶³BGH aaO S. 343

²⁶⁴BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 07. Juli 1995 - 2 BvR 1778/94 - NStZ 1995, 599; vgl zu dem ähnlich gelagerten Fall des aussageverweigerungsberechtigten Versicherungsnehmers bereits OLG Celle, Urteil vom 16. Februar 1982 - 1 Ss 605/81 - wistra 1982, 120; kritisch dazu Reiß NJW 1982, 2540; zum Verhältnis von zivilprozessualer Wahrheitspflicht und strafrechtlicher Selbstbelastung vgl Dauster StraFo 2000, 154

ten aus einer Schadensmeldung an seinen Versicherer dürften auch dann verwertet werden, wenn er sich im Strafverfahren nicht zur Sache äußere. Die einschlägigen Vorschriften, hier § 34 I VVG iVm § 7 I Nr. 2 S. 3 AKB verpflichteten den Versicherungsnehmer zur umfassenden und wahrheitsgemäßen Auskunftserteilung gegenüber dem Versicherer. Jedoch stelle dies eine bloße Obliegenheit dar, deren Verletzung keine Zwangsmaßnahmen nach sich ziehe. Es bleibe dem Versicherungsnehmer unbenommen, zur Vermeidung einer Selbstbelastung die Angaben zu verweigern, möge auch unter Umständen der Versicherungsschutz entfallen. Die Verfassung garantiere nicht, daß ein Tatverdächtiger sich einerseits der Gefahr einer Bestrafung entziehen, andererseits private Rechte durchsetzen könne.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß nach Ansicht der Rechtsprechung ein strafrechtliches Verwertungsverbot für selbstbelastende Angaben außerhalb des Strafverfahrens nicht generell anerkannt wird. Voraussetzung ist in jedem Fall, daß der - außerstrafrechtliche - Zwang zur Selbstbezichtigung nicht lediglich faktischer, sondern rechtlicher Art ist und überdies mit staatlichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann. Andernfalls sei es allein Sache des Beschuldigten, seine gegenläufigen Interessen abzuwägen und die Nachteile in Kauf zu nehmen, die mit seinem jeweiligen Aussageverhalten verbunden sind.

V. Umgehung der Aussagefreiheit

Die sogenannten „Hörfallen“ zeigen in besonderer Deutlichkeit das Spannungsfeld zwischen effektiver Strafrechtspflege einerseits und Gewährleistung der Aussagefreiheit andererseits auf.

Eine rein formale Betrachtung wird allerdings in einem listigen Ablaschen selbstbelastender Äußerungen keine Beeinträchtigung der Aussagefreiheit sehen, denn der Beschuldigte wird gerade nicht gezwungen, sich selbst zu belasten. Im Gegenteil: er plaudert freiwillig, irrt nur über die Verfänglichkeit der Situation. Zu fragen wäre dann allein, ob eine - noch erlaubte - List begrifflich abgegrenzt werden kann von einer - in jedem Fall verbotenen - Täuschung im Sinne des § 136a StPO. Eine solche Betrachtungsweise setzt allerdings ein restriktives Verständnis des nemo-tenetur-Prinzips voraus, welches lediglich verbietet, einen Zwang zur Selbstbelastung auszuüben²⁶⁵.

Wird hingegen das nemo-tenetur-Prinzip so verstanden, daß eine Freiheit des Beschuldigten garantiert werden soll, selbst darüber zu entscheiden, ob und inwieweit er sich gegenüber den Strafverfolgungsbehörden selbst belastet, so wird deutlich,

²⁶⁵ so argumentiert Ackemann S. 41f

daß die Hörfälle diese Freiheit empfindlich beschneidet. Denn eine so Aussagefreiheit kann nur dort existieren, wo der Beschuldigte seine Entscheidung in Kenntnis aller relevanten Umstände treffen kann. Ist er hingegen Opfer einer Manipulation, kann er sich nur scheinbar frei entscheiden.

In Gestalt der Frage nach der strafprozessualen Verwertbarkeit heimlich aufgenommener privater Tonbandaufnahmen sah sich der BGH²⁶⁶ erstmals mit dem Problem der Manipulation des Beschuldigten befaßt. Heimliche Tonbandaufnahmen führten zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; ihre Verwertung im Strafverfahren würde gegen die Menschenwürde verstoßen. Wahrheitserforschung um jeden Preis sei auch sonst kein Grundsatz der Strafprozeßordnung²⁶⁷.

Auch das BVerfG²⁶⁸ sieht in der Verwertung heimlicher, von privater Seite aufgenommener Tonbandaufnahmen einen Eingriff in das durch Art. 2 I, 1 I GG geschützte Recht am eigenen Wort, hält jedoch eine Abwägung gegenüber dem öffentlichen Strafverfolgungsinteresse für erforderlich. Es sei Tatfrage, wann das öffentliche Strafverfolgungsinteresse überwiege mit der Folge, daß der Grundrechtseingriff zulässig sei. Stets sei der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die hierin liegende Relativierung des Grundrechtsschutzes wurde von der ordentlichen Gerichtsbarkeit bislang nicht aufgegriffen.

Hinsichtlich gerichtlich angeordneter heimlicher Tonbandaufnahmen stellte sich der BGH auf einen rigiden Standpunkt. Im „Schleyer-Fall“ judizierte der dritte Senat²⁶⁹, daß auch in Fällen schwerer Kriminalität ein derartiger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht am eigenen Wort unzulässig sei, da es an einer Ermächtigungsgrundlage fehle. Die Vorschrift des § 81b StPO sei weder direkt noch analog anwendbar, da der Beschuldigte hiernach nur zu passiver Duldung von Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet werden könne; das Verwerten der Stimme stelle indes eine aktive Mitwirkung dar²⁷⁰.

Eine ähnliche Situation ist beim heimlichen Stimmenvergleich ohne Tonbandmitschnitt gegeben. Das AG Freiburg²⁷¹ sieht in einer solchen, von der Polizei herbeigeführten „akkustischen Gegenüberstellung“ eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes und des Persönlichkeitsrechts. Das Schweigerecht dürfe

²⁶⁶BGH, Urteil vom 14. Juni 1960 - 1 StR 683/59 - BGHSt 14, 358

²⁶⁷BGH aaO S. 365

²⁶⁸BVerfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 31. Januar 1973 - 2 BvR 454/71 - BverfGE 34, 238, 247ff

²⁶⁹BGH, Urteil vom 09. April 1986 - 3 StR 551/85 - BGHSt 34, 39 = NJW 1986, 2261 = StV 1986, 325 = JR 1987, 212; zustimmend Wolfslast, NSTZ 1987, 103, ebenso Bottke, Jura 1987, 356, im Ergebnis auch Meyer JR 1987, 215 und - jüngst - Schneider GA 1997, 371

²⁷⁰BGH aaO S. 44ff

²⁷¹AG Freiburg, Beschluß vom 26. Februar 1988 - 26 Ds 182/86 - StV 1988, 383

nicht durch List umgangen werden; das Fehlen eines Tonbandmitschnitts rechtfertigt keine andere Bewertung.

Eine andere Auffassung vertritt der BGH²⁷². Ein Stimmenvergleich ohne Kenntnis des Beschuldigten vom Zuhören der Geschädigten sei auch dann nicht rechtswidrig, wenn die Polizei diese Situation in ihren Räumen herbeiführe. Etwas anderes gelte nur, wenn eine Täuschung vorliege. Das Ausnutzen eines Irrtums sei aber nur ausnahmsweise einer Täuschung gleichzustellen. Durch die „akustische Gegenüberstellung“ werde das nemo-tenetur-Prinzip zwar berührt, aber nicht verletzt.

Wiederum als unzulässig angesehen wird die heimliche Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen einem V-Mann und dem Angeklagten, wenn dies ohne richterliche oder staatanwaltschaftliche Anordnung geschehe²⁷³; aus der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung folge in diesem Falle auch ein Verwertungsverbot. Das Strafverfahrensrecht stehe unter dem Leitbild der Rechtsstaatlichkeit. Die durch Täuschung provozierte Selbstbelastung führe - in Verbindung mit der Umgehung der richterlichen Anordnungszuständigkeit - zur Unverwertbarkeit des Beweismittels. Zwar habe der Grundsatz wirksamer Strafrechtspflege Verfassungsrang, doch gebiete er nicht eine Strafverfolgung um jeden Preis.

Anders sei die Situation bei einer richterlich angeordneten Telefonüberwachung zu bewerten²⁷⁴. Es gehöre zum Wesen der Telefonüberwachung, daß sie zu einer Selbstbelastung führen könne, ohne daß der Beschuldigte sich dessen bewußt sei. In dem bloßen Verschweigen der Telefonüberwachung liege daher keine Täuschung im Sinne des § 136a StPO.

Das Aushorchen des Beschuldigten oder seiner zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen beschäftigt in immer wieder neuen Variationen die Gerichte. Letztlich geht es den Ermittlungsbehörden dabei stets darum, belastende Aussagen zu erlangen, ohne auf die Aussagefreiheit hinweisen zu müssen.

Nach Ansicht des LG Stuttgart²⁷⁵ muß ein Polizeibeamter, der ein Telefongespräch mit dem Verdächtigen führt, auf seine amtliche Stellung hinweisen. Unterlasse er dies, dann liege hierin ein Verstoß gegen § 136a StPO.

²⁷²BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - 4 StR 317/93 - BGHSt 40, 66 = StV 1994, 282; kritisch Dencker, StV 1994, 667, ebenso Schneider GA 1997, 371, 376

²⁷³BGH, Urteil vom 17. März 1983 - 4 StR 640/82 - BGHSt 31, 304 = StV 1983, 230

²⁷⁴BGH, Urteil vom 09. Mai 1985 - 1 StR 63/85 - BGHSt 33, 217, 223 = StV 1986, 186 mit kritischer Anmerkung Kühl StV 1986, 187

²⁷⁵LG Stuttgart, Beschluß vom 13. Juni 1985 - 14 Qs 48/85 - NStZ 1985, 568

In dem Urteil des BGH vom 28. April 1987²⁷⁶ war darüber zu befinden, ob die Aussage eines Mithäftlings, der den Angeklagten auf Veranlassung der Polizei in der Untersuchungshaft ausgehört hatte und in der Hauptverhandlung vernommen worden war, verwertet werden kann. Der fünfte Senat verneinte dies. Die Untersuchungshaft dürfe nicht dazu mißbraucht werden, das Aussageverhalten zu beeinflussen, insbesondere auf den Beschuldigten einzuwirken, von seinem Schweigerecht keinen Gebrauch zu machen. In der vorliegenden Konstellation sei eine gezielte Einwirkung auf die Freiheit der Willensentschließung zu sehen; das - an sich - zulässige Zwangsmittel der Untersuchungshaft werde prozeßordnungswidrig mißbraucht. Hierin liege ein unzulässiger Zwang im Sinne des § 136a StPO. Allerdings, so schränkt der Senat ein, sei die Aussage eines weiteren Zeugen, der erst aufgrund der unverwertbaren Aussage des ersten Zeugen gefunden werden könne, verwertbar²⁷⁷; eine Fernwirkung des Verfahrensverstosses sei nicht anzuerkennen.

Die klassische Hörfalle ist nach Ansicht des zweiten Senats²⁷⁸ zulässig. Das Mithören eines Polizeibeamten über einen Zuhörer sei nicht rechtswidrig, wenn der Benutzer des Anschlusses ihm das Mithören gestattet habe; das gelte auch dann, wenn das Gespräch ohne Wissen des anderen Teilnehmers mitgehört werde²⁷⁹. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, des Rechtsgedankens des § 136a StPO oder des Schweigerechts liege nicht vor. Rechtsstaatliche Grundsätze schlossen ein verdecktes polizeiliches Vorgehen nicht aus, wie sich aus §§ 100a, b StPO oder dem zulässigen Einsatz verdeckter Ermittler ergebe²⁸⁰. Wenn auch das heimliche Vorgehen einer Beschuldigtenvernehmung ähnele, werde die Aussagefreiheit nicht berührt. Wer sich gegenüber einer Privatperson äußere, könne über die Freiwilligkeit seines Tuns nicht im Zweifel sein; ebensowenig darüber, daß diese Privatperson unter Umständen als Zeuge aussagen müsse. Eine „Hörfalle“, bei der ein bloßer Irrtum ausgenutzt werde, sei daher grundsätzlich als zulässig anzusehen; andernfalls würde die in § 136a StPO gezogene Grenze zwischen zulässigen und unzulässigen Mitteln verwischt.

Im sogenannten „Sedlmayr-Fall“ waren von den Ermittlungsbehörden Vertrauenspersonen auf die Verlobte eines der Beschuldig-

²⁷⁶BGH, Urteil vom 28. April 1987 - 5 StR 666/86 - BGHSt 34, 362 = StV 1987, 282 = JR 1988, 426 mit Anmerkungen von Grünwald StV 1987, 470, Seebode JR 1988, 427, Fezer JZ 1987, 937 sowie - jüngst - Hartmut Schneider, JR 1996, 401; vgl im übrigen auch Hilger NSTZ 1985, 569

²⁷⁷BGH aaO S. 364

²⁷⁸BGH, Urteil vom 08. Oktober 1993 - 2 StR 400/93 - BGHSt 39, 335 = StV 1994, 58; kritisch hierzu Dencker, StV 1994, 667, zustimmend hingegen Sternberg-Lieben, Jura 1995, 299

²⁷⁹BGH aaO S. 338

²⁸⁰BGH aaO S. 347f

ten angesetzt worden. Nachdem diese sich ihr Vertrauen erschlichen hatten, machte sie ihnen gegenüber belastende Angaben. Vor dem Ermittlungsrichter sowie in der Hauptverhandlung verweigerte die Verlobte die Aussage. Das Tatgericht vernahm sodann die Vertrauenspersonen und stützte die Verurteilung auf ihre Angaben über die Mitteilungen der Verlobten.

Der BGH²⁸¹ billigte diese Vorgehensweise. Das Ausforschen von Angehörigen durch V-Leute stelle keine Umgehung des § 252 StPO dar. Diese Vorschrift setze voraus, daß es sich um Angaben handele, die der zeugnisverweigerungsrechtliche Zeuge im Rahmen einer Vernehmung getätigt habe; das sei bei V-Leuten nicht der Fall, diese führten keine Vernehmungen durch. Auch eine entsprechende Anwendung scheide aus²⁸². Sinn und Zweck der Norm bestehe darin, den Angehörigen vor Interessenkonflikten zwischen der Wahrheitspflicht einerseits und familiärer Solidarität andererseits zu schützen. Ein derartiger Konflikt bestehe nicht, wenn sich der Zeuge aus freien Stücken gegenüber Dritten äußere, da er dann mit der jederzeitigen Weitergabe der Informationen rechnen müsse. Es könne dann auch keinen Unterschied machen, wenn es sich bei diesem Dritten um einen V-Mann handele. Schließlich sei auch der Anspruch des Beschuldigten auf eine an rechtsstaatlichen Garantien ausgerichtete Strafrechtspflege nicht verletzt²⁸³. Denn es sei stets zu beachten, daß jedes Beweisverwertungsverbot die Erforschung der Wahrheit behindere; letzteres aber stelle einen wesentlichen Grundsatz des Strafverfahrens dar.

Das BVerfG²⁸⁴ hat die Verfassungsbeschwerden der Verurteilten nicht zur Entscheidung angenommen. In der Begründung des Beschlusses führt die dritte Kammer des Zweiten Senats indes aus, daß das - den Ermittlungsbehörden zuzurechnende - Verhalten der V-Leute eine Maßnahme darstelle, die ohne spezifische gesetzliche Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig sei. Feste verfassungsrechtliche Maßstäbe für die Frage, wann und unter welchen Umständen ein Beweisverwertungsverbot aus der Verfassung abzuleiten sei, gebe es in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung noch nicht.

Ende März 1995 richtete der fünfte Senat einen Anfragebeschluß²⁸⁵ an die anderen Senate des BGH. Der (fünfte) Senat beabsichtigte zu entscheiden, daß der Inhalt eines Telefonats, welches eine Privatperson auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden mit dem Beschuldigten über eine abgeschlossene Straftat

²⁸¹BGH, Urteil vom 21. Juli 1994 - 1 StR 83/94 - BGHSt 40, 211 = NJW 1994, 2904 = NStZ 1994, 593, mit zustimmender Anmerkung Schlüchter/ Radbruch, NStZ 1995, 354

²⁸²BGH aaO S. 214f

²⁸³BGH aaO S. 217f

²⁸⁴ BVerfG, Beschluß vom 01. März 2000 - 2 BvR 2017/94 und 2 BvR 2039/94, StV 2000, 233, ebenso die Pressemitteilung des BVerfG Nr. 38/2000 vom 24. März 2000, NJW 2000, Heft 16, S. XIV

²⁸⁵BGH, Beschluß vom 22. März 1995 - 5 StR 680/94 - NStZ 1995, 410; zustimmend Roxin, NStZ 1995, 465, ablehnend hingegen Seitz, NStZ 1995, 519

führt und von einer dritten Person mitgehört wird, nicht verwertet werden darf. Zwar sei der Einsatz von V-Leuten grundsätzlich zulässig; auch begründe nicht jede Irreführung bei der verdeckten Ermittlung ein Beweisverwertungsverbot. Die bloße Irreführung über die Rolle der Ermittlungsbehörden sei vom Begriff der „Täuschung“ im Sinne des § 136a StPO nicht erfaßt. Die darin liegende Beeinträchtigung der Willensfreiheit beschränke sich auf die unterbliebene Belehrung über das Schweigerecht; das aber sei ein Anwendungsfall des § 136 StPO und nicht des § 136a StPO. Das absolute Verwertungsverbot des § 136a III 2 StPO sei daher bei der „Hörfalle“ nicht einschlägig. Eine Einschränkung sei jedoch zu machen: Diene das Telefonat einzig dem Zweck einer Überführung einer abgeschlossenen Tat, so liege darin eine Umgehung der Belehrungsvorschriften. Dies sei unvereinbar mit den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens und gleichzuachten einer unterbliebenen Belehrung in einer förmlichen Vernehmung.

Der erste Senat²⁸⁶ erklärte hierzu, daß er an der Entscheidung vom 21. Juli 1994 (BGHSt 40, 211) festhalte. Eine Belehrung sei nur im Rahmen von Vernehmungen erforderlich; da verdeckt agierende Personen auch dann keine Vernehmungen durchführten, wenn sie von der Polizei geführt würden, obliege ihnen auch keine Belehrungspflicht. Die Meinung des anfragenden Senats werde daher nicht geteilt. Dies würde das Tor öffnen zu weiteren, in der StPO nicht vorgesehenen Beweisverwertungsverboten.

Dies führte zu einem Vorlagebeschluß²⁸⁷ an den Großen Senat des BGH. Der fünfte Senat führte darin aus, daß er in dem Urteil BGHSt 38, 214 bei fehlender Belehrung ein Verwertungsverbot angenommen und damit die frühere Rechtsprechung aufgegeben habe. Diese Grundsätze könnten nicht auf formelle Vernehmungen beschränkt werden, sondern müßten sinngemäß auch für die Befragungen durch V-Leute gelten, wenn diese Befragungen über eine abgeschlossene Straftat ihrem Gewicht nach einer Beschuldigtenvernehmung gleichkämen. Andernfalls sei die Willensfreiheit des Beschuldigten nicht mehr gewährleistet, weil er wegen der Art des Vorgehens der Behörden die Entscheidung über eine Aussage gar nicht treffen könne. Die Polizei bediene sich zwar einer Privatperson, handele aber in Wahrheit selbst. Die Auffassung des zweiten Senats, daß das Schweigerecht nicht berührt werde, weil der Beschuldigte über die Freiwilligkeit seiner Äußerung gegenüber der Privatperson nicht im Zweifel sein könne, werde nicht geteilt. Entscheidend sei, daß der Beschuldigte keine Möglichkeit habe, von seinem Recht, gegenüber den Ermittlungsbehörden zu schweigen, Gebrauch zu machen.

²⁸⁶BGH, Beschluß vom 08. Juni 1995 - 1 ARs 10/95 - NStZ 1995, 557

²⁸⁷BGH, Beschluß vom 20. Dezember 1995 - 5 StR 680/94 - NStZ 1996, 200, zustimmend Fezer NStZ 1996, 289, kritisch hingegen Weißlau ZStW 110 (1998), 1

Der Große Senat²⁸⁸ entschied die Streitfrage dahingehend, daß der Inhalt des Gesprächs im Wege des Zeugenbeweises jedenfalls dann verwertet werden darf, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Methoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre. Zur Begründung wird ausgeführt, daß die Vorschriften der §§ 163a, 136 StPO nicht einschlägig seien, da eine förmliche Vernehmung nicht stattgefunden habe. Auch seien diese Vorschriften nicht entsprechend anwendbar; ihr Sinn und Zweck bestehe darin, dem Beschuldigten deutlich zu machen, daß er nicht zur Aussage verpflichtet sei. Dies sei aber nur erforderlich als Gegengewicht zur Autorität, mit der die amtliche Befragung durchgeführt werde. Bei einem Gespräch mit einer Privatperson entfalle diese Notwendigkeit. Überdies sei zu bedenken, daß eine unterbliebene Belehrung in einer förmlichen Vernehmung jedenfalls dann kein Verwertungsverbot nach sich ziehe, wenn der Beschuldigte sein Schweigerecht anderweitig kannte. Die Annahme eines Verwertungsverbotes im vorliegenden Fall würde daher der Norm des § 136 StPO einen Inhalt verschaffen, den sie in direkter Anwendung nicht habe.

Schließlich liege auch ein Verstoß gegen das nemo-tenetur-Prinzip nicht vor²⁸⁹. Ein Zwang sei nicht feststellbar, da der Beschuldigte bei dem hier in Rede stehenden Vorgehen über die Freiwilligkeit seines Tuns nicht im Zweifel sein konnte. Der nemo-tenetur-Grundsatz schütze aber nur die Freiheit von Zwang, nicht die Freiheit von Irrtum. Andernfalls würde die Selbstbezeichnungsfreiheit einen weiterreichenden Schutz gewähren, als dies in § 136a StPO vorgesehen sei.

Allerdings seien dem Einsatz von Privatpersonen zu Ermittlungszwecken Grenzen gesetzt. Vorbehalte gegen ein heimliches Vorgehen der Ermittlungsbehörden könnten erhoben werden, wenn es darum gehe, selbstbelastende Äußerungen zu erlangen. Der Tatverdächtige wisse zwar, daß er nicht zur Äußerung verpflichtet sei, irre aber über Sinn und Anlaß des Gesprächs. Bei wertender Betrachtung liege zwar kein Zwang vor, doch könne die Heimlichkeit der Ausforschung einem Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz nahekommen²⁹⁰. Erforderlich sei daher eine Abwägung mit dem Gebot effektiver Strafverfolgung. Die heimliche Ausforschung sei daher jedenfalls dann zulässig, wenn Straftaten von erheblicher Bedeutung aufzuklären seien

²⁸⁸BGH, Beschluß vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 - BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 = StV 1996, 465, differenzierend, im Ergebnis aber eher kritisch Rieß, NStZ 1996, 505 sowie Weißlau ZStW 110 (1998), 1; ablehnend ebenfalls Bernsmann StV 1997, 116, Roxin NStZ 1997, 18, Derksen JR 1997, 167, Renzikowski JZ 1997, 710, zustimmend hingegen Kudlich JuS 1997, 696

²⁸⁹BGH aaO S. 504

²⁹⁰BGH aaO S. 505

und der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre.

Nur wenig später hatte - wiederum - der fünfte Senat zu entscheiden, ob selbstbelastende Aussagen gegenüber einer Privatperson im konkreten Fall verwertbar waren. Die Beschuldigte hatte in der Untersuchungshaft gegenüber einer Mitgefangenen selbstbelastende Angaben gemacht, die im Wege des Zeugenbeweises in die Hauptverhandlung eingeführt worden waren. Das Tatgericht hatte es für möglich erachtet, daß es zu diesen Angaben gekommen war, weil die Mitgefangene abergläubische Vorstellungen der Beschuldigten ausgenutzt und ihr bewußtseinsverändernde Drogen verabreicht hatte; auch möge es zutreffen, daß Polizeibeamte von dieser Vorgehensweise Kenntnis hatten. Ein Beweisverwertungsverbot ergebe sich daraus nicht.

Der BGH²⁹¹ stellt zunächst heraus, daß die Entscheidung des Großen Senats BGHSt 42, 139 ausschließlich den Fall einer rechtlichen Bewertung unterziehe, daß eine Privatperson auf staatliche Veranlassung den Beschuldigten ausforsche. Im übrigen seien Privatpersonen den Ermittlungsbehörden nicht gleichzustellen, so daß ihre Informationen - grundsätzlich - auch dann verwertbar seien, wenn sie mit den in § 136a StPO genannten Mitteln erlangt worden seien. Aus dem Schutzzweck dieser Vorschrift ergebe sich aber dann ein Verwertungsverbot in entsprechender Anwendung der Norm, wenn sich der Staat die - in § 136a StPO umschriebenen - Verhaltensweisen Privater zurechnen lassen müsse.

Eine derartige Zurechnung könne sich aus den Umständen des Zusammenwirkens oder der Informationserlangung ergeben, insbesondere dem Ausnutzen der Umstände der Untersuchungshaft. Die Zeugin habe sich nicht nur von sich aus den Ermittlungsbehörden angedient, sondern darüber hinaus abergläubische Vorstellungen ausgenutzt und der Beschuldigten bewußtseinsverändernde Drogen verabreicht. Der Senat habe nicht zu entscheiden, ob die Ermittlungsbehörden grundsätzlich aus Gründen der Erhaltung rechtsstaatlichen Ansehens²⁹² gehalten seien, derartigen Ausforschungen entgegenzutreten. Jedenfalls bei Untersuchungshäftlingen ergebe sich eine solche Verpflichtung aus dem besonderen Gewaltverhältnis, in dem sich diese befänden. Der Staat habe sie vor Eingriffen in die Freiheit selbstbestimmten Verhaltens zu schützen; unterlasse er dies, so müsse er sich das Verhalten der Informanten zurechnen lassen. Die geduldeten schweren Zwangswirkungen Dritter begründeten entsprechend § 136a III StPO ein Verwertungsverbot.

²⁹¹BGH, Urteil vom 21. Juli 1998 - 5 StR 302/97 - StV 1998, 527 = NJW 1998, 3506 = NStZ 1999, 147 mit zustimmender Anmerkung Roxin NStZ 1999, 149; vgl ebenfalls Jahn JuS 2000, 441

²⁹²BGH aaO S. 529

Insgesamt läßt sich festhalten, daß der Rechtsprechung die Abgrenzung von - erlaubter - List und - unerlaubter - Täuschung nicht überzeugend gelingt. Nach dem derzeitigen Stand ist unzulässig

- der heimliche Tonbandmitschnitt,
- die heimliche Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen V-Mann und Beschuldigtem ohne richterliche oder staatsanwaltschaftliche Anordnung sowie
- das Ausforschen des Beschuldigten in der Untersuchungshaft.

Zulässig ist dagegen

- der heimliche Stimmenvergleich (sog. „akustische Gegenüberstellung“),
- das Ausforschen von zeugnisverweigerungsberechtigten Angehörigen sowie
- das Mithören eines Telefongesprächs, welches eine Privatperson auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden mit dem Beschuldigten führt, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß es um die Aufklärung einer schweren Straftat geht und andere Ermittlungsmethoden wenig erfolgversprechend sind.

In der Gesamtschau vermittelt die obergerichtliche Rechtsprechung daher ein unbehagliches Bild²⁹³. Überspitzt ließe sich formulieren, daß die Aussagefreiheit nur dann respektiert wird, wenn die Effektivität der Strafrechtspflege hierdurch nicht gefährdet wird, mit anderen Worten: eine Verurteilung trotzdem möglich ist. Besteht indes die „Gefahr“ eines Freispruchs, muß die Freiheit vom Selbstbeichtigungszwang zurücktreten; jedenfalls im Bereich der schweren Kriminalität.

Zwar kann - wie *Schlehofer*²⁹⁴ dies tut - angeführt werden, daß das Schutzgebot des Art. 1 I 2 GG eine Abwägung mit anderen Rechtsgütern durchaus zuläßt, wenn nicht sogar voraussetzt. Dies ändert jedoch nichts an der Gefahr einer Relativierung, die das geschützte Rechtsgut bis zur Konturenlosigkeit verwischt. Der Verweis auf ein Abwägungserfordernis bedeutet dann nichts anderes, als daß die Aussagefreiheit zur beliebigen Größe wird, die ohne nennenswerten Begründungsaufwand im Einzelfall zur Seite gedrängt werden kann. Hinsichtlich der durchaus ähnlich gelagerten Problematik des - angeblichen - Mißbrauchs prozessualer Rechte durch den Verteidiger argumentiert Kühne²⁹⁵ wie folgt:

²⁹³ die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung zu den Beweisverboten beklagt bereits Gössel, GA 1991, 483, 511

²⁹⁴ Schlehofer GA 1999, 357, 362

²⁹⁵ Kühne NJW 1998, 3027, 3028

„Es ist weidlich bekannt, daß das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein juristischer Kunstgriff ist, um freien subjektiven Wertungen den Segen der Verfassungsmäßigkeit ebenso wie den Adel des common sense zu verleihen. Solange die Maßeinheiten nicht definiert sind, mit denen verhältnismäßig abgewogen wird, kann sich dieser Zustand auch nicht ändern. In einem geistigen Klima, welches autoritär-repressives Verhalten gerne als effizient beschreibt und den Diskurs eher als störende Größe empfindet, ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein Instrument, welches Verhandlungen in Strafsachen mühelos noch stromlinienförmiger machen kann, als sie das in der Mehrheit der Fälle ohnehin schon sind“.

Zweiter Teil: Die Aussagefreiheit in der Strafzumessung des BGH (und anderer Gerichte)

Die primäre Bedeutung der Aussagefreiheit liegt sicherlich darin zu garantieren, daß der Angeklagte nicht aktiv an seiner Überführung mitwirken muß. Indes erschöpft sie sich nicht in diesem Punkt. Für den Beschuldigten ist nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie(viel)“ einer Verurteilung von existentieller Bedeutung. Wenn also sein Aussageverhalten Auswirkungen auf die Strafzumessung hat, muß auch die Frage gestellt werden, wie dies mit der Aussagefreiheit zu vereinbaren ist.

Grundlage jeder Strafzumessung ist die Schuld des Täters, § 46 I 1 StGB²⁹⁶. Hierbei ist sowohl die Bedeutung der Tat für die verletzte Rechtsordnung als auch der - vom Tatgericht festzustellende - Grad der persönlichen Schuld des Täters festzustellen²⁹⁷. Die Gesichtspunkte der Vergeltung²⁹⁸ sowie der General- und Spezialprävention, jeweils in ihrer positiven und negativen Ausprägung, stellen in diesem Rahmen anerkannte Strafzwecke dar²⁹⁹, die zum Teil auch in § 46 I 2, II StGB gesetzlich normiert sind. Im Rahmen der vorliegenden Bearbeitung sollen weder der Begriff der Schuld noch die einzelnen Strafzwecke diskutiert werden.

Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung³⁰⁰ die Auffassung, daß innerhalb der gegebenen Strafrahen eine Punktstrafe als einzig richtige Strafe für die abzuurteilende Tat nicht gefunden werden könne. Vielmehr habe das Tatgericht einen „Spielraum“³⁰¹ bei der Strafzumessung, der nach oben durch die noch schuldangemessene Strafe und nach unten durch die schon schuldangemessene Strafe begrenzt sei. Innerhalb dieses Spielraums seien die einzelnen Strafzwecke zu berücksichtigen. Der Vorschlag *Ostermeyers*,³⁰² eine Regelstrafe festzulegen, von der die Strafzumessung quasi als „Nullpunkt“ ausgeht, ist ebenso

²⁹⁶ kritisch zu Geschichte und Aussagegehalt der Norm Stratenwerth (1972) S. 11, 14

²⁹⁷so bereits BGH, Urteil vom 30. September 1952 - 2 StR 675/51 - BGHSt 3, 179

²⁹⁸BVerfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 07. April 1998 - 2 BvR 2560/95 - NJW 1998, 2585f

²⁹⁹vgl statt vieler Bruns, Recht der Strafzumessung (1985) S. 89 ff; Streng, Strafrechtliche Sanktionen (1991) S. 7 ff; ders. ZStW 92 (1980), 637, jeweils mit weiteren Nachweisen; ebenso Spendel (1954), S. 191 ff, der grundlegend die Unterscheidung zwischen tatsächlichen, finalen und logischen Strafzumessungsgründen herausgearbeitet hat, sowie Götting (1997) S. 66 ff

³⁰⁰BGH, Urteil vom 30. September 1952 - 2 StR 675/51 - BGHSt 3, 179; BGH, Urteil vom 10. November 1954 - 5 StR 476/54 - BGHSt 7, 28; BGH, Urteil vom 04. August 1965 - 2 StR 282/65 - BGHSt 20, 264

³⁰¹BGH, Urteil vom 10. November 1954 - 5 StR 476/54 - BGHSt 7, 28, 32; zustimmend Spendel NJW 1956, 775, 777; ders. NJW 1964, 1758, 1765; kritisch zur Spielraumtheorie hingegen Dreher JZ 1967, 41; ders. JZ 1968, 209

³⁰² Ostermeyer NJW 1966, 2301; zweifelnd Schoene NJW 1967, 1118

vereinzelt geblieben wie die Idee *Schlüchters*³⁰³, eine Reaktionstabelle - ähnlich einer Schmerzensgeldtabelle oder einem Bußgeldkatalog - aufzustellen, die Durchschnittswerte für den Normalfall enthält.

Gemäß § 46 II letzter Halbsatz StGB stellt unter anderem das Verhalten des Täters nach der Tat eine zulässige Strafzumessungserwägung dar. Hier ist anerkannt, daß damit nicht jedes Nachtatverhalten gemeint ist; nur dann, wenn sich ein Bezug zur abzuurteilenden Tat herstellen läßt, kann dies im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden³⁰⁴. Gleiches muß mit hin gelten für das Aussageverhalten des Angeklagten: nur dann, wenn dies in Bezug zur Tat gesetzt werden kann, ist eine Berücksichtigung bei der Bemessung der konkreten Strafe möglich.

Erster Abschnitt: Schweigen und Leugnen des Angeklagten

Bei einem schweigenden Angeklagten erscheint es indes schwer denkbar, eine Beziehung zwischen der Tat und seinem Aussageverhalten herzustellen, welches sich darin erschöpft, daß er gerade nichts sagt. Leichter erscheint eine solche Verknüpfung, wenn der Angeklagte die Tat mehr oder weniger wortreich leugnet.

Bereits das Reichsmilitärgericht³⁰⁵ sah sich veranlaßt, zur Strafzumessung im Falle des Leugnens Stellung zu nehmen. In seinen Urteilen vom 26. Mai 1902³⁰⁶ und 06. April 1905³⁰⁷ führt der erste Senat aus, daß das Leugnen nicht strafscharfend berücksichtigt werden dürfe, wenn es auch zulässig sei, ein Geständnis strafmildernd zu werten³⁰⁸ - eine Formulierung, die sich bis heute in Revisionsentscheidungen des BGH wiederfindet. Zur Begründung bezieht sich der Senat auf eine geänderte Rechtslage. Die Vorschriften des § 74 PrMStGB vom 03. April

³⁰³ Schlüchter (1995), S. 223

³⁰⁴BGH, Urteil vom 10. November 1953 - 1 StR 227/53 - BGHSt 5, 124 = MDR 1954, 182 bez. des Privatlebens des Angeklagten; BGH, Urteil vom 08. Januar 1954 - 2 StR 602/53 - BGHSt 5, 238 zur Frage des Charaktermangels bei fehlender Wiedergutmachung; BGH, Urteil vom 24. Juni 1954 - 4 StR 893/53 - MDR 1954, 693 zur allgemeinen Gesinnung des Angeklagten; BGH, Urteil vom 12. Juli 1977 - 1 StR 305/77 - MDR 1977, 982 (bei Holtz) zur Spurenbeseitigung; BGH, Urteil vom 18. Oktober 1979 - 4 StR 517/79 - MDR 1980, 240; BGH, Urteil vom 17. Februar 1981 - 1 StR 546/80 - NSTZ 1982, 148, 152 (bei Mösl) zur Nichterfüllung titulierter zivilrechtlicher Forderungen; BGH, Beschluß vom 06. September 1989 - 3 StR 281/89 - NSTZ 1990, 221 (bei Detter) zum Verwischen von Tatspuren; BGH, Beschluß vom 09. Juli 1996 - 1 StR 338/96 - NSTZ 1997, 174, 176 (bei Detter) zur Spurenbeseitigung; BGH, Beschluß vom 04. Februar 1998 - 2 StR 605/97 - NSTZ 1998, 503 (bei Detter)

³⁰⁵im folgenden: RMG

³⁰⁶Urteil vom 26. Mai 1902 - I Nr. 330.02. - RMGE 3, 68

³⁰⁷Urteil vom 06. April 1905 - I Nr. 120/1481.05 - RMGE 8, 207

³⁰⁸aaO S. 209

1845³⁰⁹ sowie des § 106 PrMStPO vom 08. April 1845³¹⁰, die eine Strafschärfung für freches Lügen oder hartnäckiges Leugnen vorgesehen hätten, seien mittlerweile aufgehoben. Die Vernehmung des Angeklagten dürfe nur Mittel zu seiner Verteidigung, nicht aber zu seiner Überführung sein. Wenn aber das Bestreiten der Schuld ein zulässiges Verteidigungsmittel sei, könne der Angeklagte hierfür nicht bestraft werden; dies gelte unabhängig vom Ausmaß des Bestreitens, so daß es auch keinen Unterschied machen könne, ob das Leugnen hartnäckig sei oder nicht.

Nachdem der zweite Senat des RMG sich dieser Rechtsansicht zunächst angeschlossen hatte³¹¹, wollte er bereits zwei Jahre später hiervon abrücken und - im Gegenteil - das Leugnen der Tat ausnahmslos strafschärfend berücksichtigt wissen, da der Angeklagte eine sittliche Pflicht zur Bekundung der Wahrheit habe. Zur Entscheidung dieses Dissenses wurde das Plenum des RMG angerufen.

Dieses entschied, daß das wider besseres Wissen erfolgte Leugnen der Tat strafschärfend wirken kann, wenn es sich als Mißbrauch des Verteidigungsrechts darstelle³¹². Zwar übe der leugnende Angeklagte nur ein ihm gesetzlich zustehendes Recht aus; auch gebiete es das Anklageprinzip, den Angeklagten nicht (mehr) als Prozeßobjekt, sondern als Prozeßsubjekt zu sehen³¹³. Jede Einwirkung des Richters, die dahin ziele, den Angeklagten zu einem Geständnis zu bewegen, sei daher unzulässig. Demgemäß diene die Vernehmung in erster Linie der Verteidigung des Angeklagten, nicht der Erlangung eines Geständnisses. Zulässiges Verteidigungsmittel sei nicht nur das Schweigen, sondern auch das Bestreiten der Tat, denn: *„Erfahrungsmäßig wird der Beschuldigte, wenn er schweigt oder seine Auslassung verweigert, sich damit nicht entlasten, sondern eher belasten... weil man häufig geneigt sein wird, das Schweigen, wenn auch das Gesetz dem Beschuldigten das Recht hierzu nicht streitig macht, zu seinem Nachteile zu deuten“*³¹⁴.

Ein sittliches Gebot, die Wahrheit zu sagen, schließe das Recht, die Tat wider besseres Wissen zu bestreiten nicht aus.

³⁰⁹im Wortlaut, zitiert nach RMGE 8, 207, 209: „Bei der Zumessung der im Gesetz angeordneten Strafen sollen die höheren Grade derselben jedesmal eintreten:

1. bis 4. usw

5. „wenn der Verbrecher bei seiner Vernehmung vor Gericht frecher Lügen sich schuldig macht“.

³¹⁰im Wortlaut, zitiert nach RMGE 8, 207, 209: „Wegen Lügen vor Gericht findet keine Disziplinarstrafe statt; dem Angeklagten ist vorzuhalten, daß hartnäckiges Leugnen oder freches Lügen die Erhöhung seiner Strafen zur Folge habe“.

³¹¹so RMG, Plenarbeschuß vom 19. April 1907 Nr. 84/342.07 - RMGE 11, 95, 96, unter Hinweis auf die Urteile des zweiten Senats vom 21. Juni und 06. September 1905 Nr. 187 und 244.05 (ungedruckt)

³¹²RMG, Plenarbeschuß vom 19. April 1907 Nr. 84/342.07 - RMGE 11, 95, 97

³¹³aaO S. 98

³¹⁴aaO S. 100

In der Ausübung dieses Rechts liege daher „*an sich und ohne weiteres*“ noch kein Mißbrauchs des Verteidigungsrechts³¹⁵. Die sittliche Pflicht zur Wahrheit könne gar mit anderen, höherstehenden Pflichten kollidieren und gegenüber diesen zurücktreten; es könne daher „*vom Standpunkt der Ehre und wahrhaften Sittlichkeit*“ geradezu geboten sein, die Wahrheit zu verschweigen.

Andererseits könnten Ehre und Anstand es unabweisbar erfordern, die Wahrheit zu bekennen; dies gelte vor allem bei erhöhten Anforderungen an Ehre, Sitte und Anstand, wie etwa bei Offizieren und Beamten. Das Verteidigungsrecht trete dann hinter diesen höheren Pflichten zurück, Leugnen erweise sich dann als Mißbrauch des Verteidigungsrechts und könne strafschärfend berücksichtigt werden. Auch Art und Weise des Leugnens, wie etwa fortgesetztes Leugnen trotz erdrückender Schuldbeweise, könne sich als Mißbrauch darstellen³¹⁶. Die Strafschärfung erfolge dann aber nicht für das Leugnen an sich, sondern nur für dessen konkrete Erscheinungsform, nämlich hartnäckiges, dreistes, freches oder keckes Leugnen.

I. Leugnen als Indiz für Gefährlichkeit und fehlende Reue

Eine an das Leugnen anknüpfende Strafschärfung beeinträchtigt die Verteidigungsfreiheit des Angeklagten. Gleichwohl zeigte die ältere Rechtsprechung an dieser Stelle wenig Problembewußtsein.

So urteilte etwa das RG³¹⁷ Anfang des Jahrhunderts, daß hartnäckiges Leugnen der erwiesenen Tat Anlaß zur Verhängung einer schwereren Strafe sein könne. Diese Rechtsprechung wurde in der Folge beibehalten; hartnäckiges Leugnen könne strafschärfend wirken, nicht aber bereits der bloße Antrag auf Vernehmung von Entlastungszeugen³¹⁸. Etwas differenzierter verhält sich ein Urteil aus dem Jahr 1920³¹⁹. Darin wird ausgeführt, daß das Nachtatverhalten und die sich daraus ergebende Beurteilung der Persönlichkeit bei der Strafzumessung Berücksichtigung finden können; in dreistem Leugnen und sich daraus ergebendem Mangel an Reue könne ein Grund für eine höhere Strafe liegen. Hier findet sich erstmals ein Hinweis, weshalb das Leugnen strafschärfend wirken könne. Nicht eine - wie auch immer geartete - Unbotmäßigkeit gegenüber dem Gericht soll der Grund für eine höhere Strafe sein, sondern der durch das Leugnen indizierte Mangel an Reue.

³¹⁵aaO S. 101

³¹⁶aaO S. 102

³¹⁷RG, Urteil vom 13. November 1905 - Rep 185/05 - RGSt 38, 207, 208

³¹⁸RG, Urteil vom 23. Oktober 1919 - I D 468/19 - GA 68 (1920), 360

³¹⁹RG, Urteil vom 10. Mai 1920 - III 173/20 - Dt.Str.Ztg. 1920, 374; Urteil vom 12. Januar 1922 - III 1247/21 - Recht 26 (1922) Nr. 695

Ähnlich argumentiert der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone im Jahr 1949³²⁰. Die Verwertung von Geständnis oder Leugnen für die Strafzumessung sei dann zulässig, wenn aus dem Prozeßverhalten Schlüsse gezogen werden könnten auf die in der Tat enthaltene Schuld oder die Gefährlichkeit des Täters. Andernfalls sei eine Berücksichtigung unzulässig, da dies im Widerspruch stehe zur Strafprozeßordnung. Diese sehe „um der Wahrheitsfindung willen“ davon ab, den Schuldigen zum Geständnis zu verpflichten oder sogar durch Androhung von Nachteilen hierzu zu veranlassen.

Der vierte Senat des BGH³²¹ griff diese Rechtsprechung bereits im ersten Band der amtlichen Sammlung auf. Hartnäckiges Leugnen mit der Folge, daß die Hauptverhandlung schwieriger oder langwieriger werde, berechtige nicht zur Strafschärfung. Zulässig sei die Verhängung einer höheren Strafe nur dann, wenn das Gericht zu der Überzeugung komme, daß der Angeklagte sich durch sein Leugnen auch jetzt noch uneinsichtig zeige, so daß der Sühne- und Abschreckungszweck auch nicht teilweise schon erfüllt sei.

Eine Strafschärfung wegen „frechen Leugnens“ hielt auch der erste Senat³²² in einem wenige Tage später verkündeten Urteil für unbedenklich. Zwar dürfe ein Geständnis oder Leugnen nur mit Vorsicht als Strafzumessungsgrund berücksichtigt werden; die Verfahrensordnung sehe um der Wahrheitsfindung willen davon ab, den Schuldigen zum Geständnis zu verpflichten oder durch Androhung von Nachteilen Druck auf ihn auszuüben. Indes könne das Prozeßverhalten die Einstellung des Täters zur Tat offenbaren. Auch wenn durch das Nachtatverhalten der Unrechtsgehalt der Tat nicht verändert werde, sei doch eine Schlußfolgerung auf das Maß persönlicher Schuld und die Gefährlichkeit des Täters möglich.

Der Hinweis in der polizeilichen Vernehmung auf die erdrückende Beweislage verstoße nicht gegen § 136a StPO³²³. Ein Beschuldigter handele nicht unfrei, wenn er ein Geständnis ablege, weil er darin den ersten Schritt zur Sühne sehe, Leugnen wegen der vorliegenden Verdachtsgründe aus seiner Sicht keinen Erfolg verspricht oder er mit dem Geständnis auf einhergehende Milderungsgründe hinweisen wolle. Demzufolge sei auch der Hinweis hierauf keine Beeinträchtigung der Willensfreiheit. Ein Beschuldigter, der trotz „erdrückender Beweise“³²⁴ den Tatvorwurf leugne, laufe Gefahr, daß das Gericht sein Verhalten als

³²⁰OGH für die Britische Zone, Urteil vom 10. Oktober 1949 - StS 219/49 - SJZ 1950, 432 = OGHSt 2, 220

³²¹BGH, Urteil vom 05. April 1951 - 4 StR 113/50 - BGHSt 1, 103, 105; später auch im Urteil vom 01. Oktober 1953 - 4 StR 120/53 - MDR 1953, 721, 723 (bei Dallinger)

³²²BGH, Urteil vom 10. April 1951 - 1 StR 88/51 - BGHSt 1, 105, 106f

³²³BGH, Urteil vom 30. Oktober 1951 - 1 StR 363/51 - BGHSt 1, 387f; vgl hierzu auch die Anmerkung von Bader JZ 1952, 88

³²⁴BGH, aaO S. 388

mangelnde Einsicht in das Verwerfliche seines Tuns deute und ihn deswegen strenger bestrafe.

Der dritte Senat³²⁵ stellte eine differenzierte Betrachtung an. Uneinsichtigkeit des Täters könne nur dann strafschärfend gewertet werden, wenn das Prozeßverhalten bei der Art der Tat und der Persönlichkeit des Täters auf Rechtsfeindschaft, Gefährlichkeit und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche schließen lasse. Wenn dies nicht mit ausreichender Sicherheit feststellbar sei - etwa weil der Beschuldigte aus Scham, Furcht vor nachteiligen Folgen oder anderen „beachtenswerten Gründen“ leugne -, sei eine Strafschärfung nicht zulässig, da dies andernfalls auf eine ungerechtfertigte Prozeßstrafe hinauslaufe. Es gebe weder einen Geständniszwang noch eine Pflicht, dem Gericht bei der Sachaufklärung zu helfen; auch anmaßendes Verhalten dürfe daher bei der Strafzumessung nicht nachteilig berücksichtigt werden³²⁶.

Für den fünften Senat³²⁷ war diese Rechtsprechung Anlaß zu einer Klarstellung. Hartnäckiges Leugnen könne dann strafschärfend wirken, wenn sich hieraus Schlüsse auf das Maß der persönlichen Schuld des Täters und seine Gefährlichkeit ergäben. Die Entscheidung BGH NJW 1955, 1158 wolle diese Grenzen nicht enger ziehen, sondern lediglich darauf hinweisen, daß „gerade in verwickelten Fällen“ auch andere Motive vorliegen könnten.

Hiermit waren die Grenzen im wesentlichen abgesteckt. Das Leugnen als solches ist in der Rechtsprechung kein Strafschärfungsgrund, da das Strafverfahren weder einen Geständniszwang noch eine Pflicht zur Aufklärung kenne³²⁸. Lediglich dann, wenn ein sicherer Schluß aus dem Verhalten - Leugnen - auf die innere Einstellung zur Tat, Rechtsfeindschaft und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche möglich sei, dürfe das Leugnen Anlaß für eine Strafschärfung sein³²⁹.

In der Schuldfrage wird eine derartig weitgehende Indizkonstruktion vom BGH abgelehnt. Für widerlegt erachtete Äußerungen des Angeklagten seien kein Beweiszeichen für eine Täterschaft; es falle lediglich eine Verteidigungsmöglichkeit weg. Das bloße Fehlen entlastender Umstände dürfe aber nicht belastend wirken. Gleiches gelte für ein gescheitertes Alibi. Da-

³²⁵BGH, Urteil vom 08. Juni 1955 - 3 StR 86/55 - NJW 1955, 1158

³²⁶BGH, Urteil vom 03. Mai 1956 - 3 StR 87/56 - NJW 1956, 1164

³²⁷BGH, Urteil vom 18. Oktober 1960 - 5 StR 332/60 - NJW 1961, 85

³²⁸BGH, Urteil vom 26. September 1962 - 4 StR 297/62 - VRS 24, 34; KG, Urteil vom 25. Mai 1966 - (4) I Ss 82/66 (II/66) - JR 1966, 355; OLG Köln, Beschluß vom 24. November 1979 - 1 Ss 957/79 - MDR 1980, 510; BGH, Beschluß vom 09. November 1982 - 4 StR 662/82 - StV 1983, 102 = NSTz 1983, 118

³²⁹; KG, Urteil vom 25. Mai 1966 - (4) I Ss 82/66 (II/66) - JR 1966, 355; BGH, Beschluß vom 09. November 1982 - 4 StR 662/82 - StV 1983, 102 = NSTz 1983, 118

bei sei zu berücksichtigen, daß auch ein unschuldig Angeklagter meinen könne, seine Position durch falsche Angaben zu verbessern³³⁰.

In der Rechtsprechung finden sich vereinzelt Entscheidungen, die dies - sei es hinsichtlich der Schuldfrage, sei es hinsichtlich der Strafzumessung - kritisch beurteilen. Das OLG Hamburg³³¹ hat judiziert, daß das Leugnen allenfalls ein Anzeichen für „mangelnde Uneinsichtigkeit“³³² sein könne; es könne aber ebensogut auf anderen Gründen beruhen, wie etwa Scham oder Furcht vor einer Bestrafung. Auch das Kammergericht³³³ hat anerkannt, daß ein Angeklagter durchaus achtenswerte Motive, wie zum Beispiel Scham oder Angst vor wirtschaftlichen Nachteilen, für sein Leugnen haben könne. Das OLG Saarbrücken³³⁴ hat in einer Verkehrsstrafsache auf die Möglichkeit hingewiesen, daß sich beim Angeklagten das Erinnerungsbild so fixiert habe, daß er auch durch gegenteilige Feststellungen nicht von seiner Täterschaft überzeugt werden könne; seine Uneinsichtigkeit indiziere dann keine Rechtsfeindschaft oder Gefährlichkeit.

Der BGH hat diese zurückhaltenden Wertungen vereinzelt bestätigt. Ein Mangel an Einsicht sei nicht zwingend ein Zeichen für die innere Haltung des Angeklagten, zumal umgekehrt Geständnisse nicht selten mit dem Ziel abgelegt würden, eine mildere Strafe zu erreichen³³⁵. Leugnen beruhe in der Regel auf dem Selbsterhaltungstrieb und der Furcht vor Strafe³³⁶. Ein Angeklagter dürfe sich durchaus mit Lügen verteidigen; diese seien „nur mit Vorsicht als Beweiszeichen für strafrechtliche Schuld“ zu verwerten, da auch ein Unschuldiger Zuflucht zur Lüge nehmen könne³³⁷.

Zusammenfassend läßt sich somit festhalten, daß nach der Rechtsprechung ein Leugnen des Angeklagten zwar nicht in der Schuldfrage, wohl aber in der Strafzumessung berücksichtigt werden darf. Eine Strafschärfung darf hierauf nur dann gestützt werden, wenn im Einzelfall ein sicherer Schluß auf die

³³⁰so bereits RG, VI. Strafsenat, Urteil vom 23. März 1934 - 4 D 225/34 - RGSt 68, 110f; vgl auch BGH, Beschluß vom 14. Mai 1986 - 2 StR 854/84 - StV 1986, 369, 371; ebenso BGH, Urteil vom 05. Juli 1995 - 2 StR 137/95 - NStZ 1995, 559

³³¹OLG Hamburg, Urteil vom 13. Juli 1955 - Ss 69/55 - DAR 1955, 287f

³³²hier handelt es sich offenbar um einen Schreibfehler, sicherlich ist mangelnde Einsicht gemeint

³³³KG, Urteil vom 28. September 1959 - (3) 1 Ss 189/59 - VRS 18, 59

³³⁴OLG Saarbrücken, Urteil vom 05. März 1959 - Ss 3/59 - VRS 17, 431

³³⁵BGH, Urteil vom 15. November 1963 - 4 StR 402/63 - VRS 26, 22f

³³⁶BGH, Urteil vom 11. Oktober 1956 - 4 StR 316/56 - NJW 1956, 1845

³³⁷BGH, Urteil vom 13. März 1985 - 3 StR 15/85 - StV 1985, 356; ebenso BGH, Beschluß vom 18. März 1986 - 5 StR 74/86 - NStZ 1986, 325 und BGH, Urteil vom 31. März 1999 - 5 StR 689/98 - NStZ 1999, 423

innere Einstellung des Angeklagten möglich ist. Kriterien, wie eine derartige Schlußfolgerung sicher möglich sein soll, werden nicht vorgegeben.

II. Fehlende Reue und Wiedergutmachung

Die Wertung des Leugnens als Indiz für fehlende Reue und Schuldeinsicht ist nicht nur wegen der Mannigfaltigkeit der denkbaren Motive angreifbar. Es stellt sich die weitere Frage, ob einem leugnenden Angeklagten strafschärfend angelastet werden darf, daß er die Tat ersichtlich nicht bereut und Wiedergutmachung nicht geleistet hat. Der Angeklagte befände sich in der Zwickmühle, Reue für eine Tat zu zeigen zu müssen, die er abstreitet. Ein hilfsweises Vorbringen, wie im Zivilprozeß zulässig, ist dem Strafprozeß unbekannt. Diese schwierige Situation des Angeklagten ist in der Rechtsprechung erst seit den späten siebziger Jahren anerkannt worden.

Reue und Schuldeinsicht könne vom leugnenden Angeklagten nicht erwartet werden, da er ansonsten seine Verteidigungsposition gefährden würde³³⁸. Gleiches gelte für die fehlende Wiedergutmachung und das Nichtanerkennen von Schadensersatzansprüchen³³⁹. Daher dürfe auch Uneinsichtigkeit dem leugnenden Angeklagten nicht zum Vorwurf gemacht werden³⁴⁰. Überdies seien fehlende Reue und Schuldeinsicht - für sich genommen - noch kein Strafschärfungsgrund; dies sei nur dann der Fall, wenn hieraus nach der Art der Tat und der Persönlichkeit des Täters auf Rechtsfeindschaft, Gefährlichkeit und die Gefahr künftiger Rechtsbrüche geschlossen werden könne³⁴¹. Nachteilige Schlüsse dürften daher aus dem Leugnen „nur ganz ausnahmsweise“ gezogen werden³⁴². Dies gelte auch dann, wenn nach rechtskräftigem Schuldspruch nur noch über den Strafausspruch verhandelt wer-

³³⁸BGH, Beschluß vom 13. Juli 1977 - 3 StR 226/77 - DRiZ 1979, 168 (bei Mösl); BGH, Beschluß vom 16. Juni 1978 - 4 StR 144/78 - DRiZ 1979, 168 (bei Mösl); BGH, Beschluß vom 04. November 1980 - 1 StR 373/80 - NStZ 1981, 131, 134 (bei Mösl); BGH, Beschluß vom 09. Juni 1983 - 4 StR 257/83 - NStZ 1983, 453; BGH, Beschluß vom 29. Juli 1983 - 3 StR 252/83 - StV 1983, 501; BGH, Urteil vom 06. August 1986 - 3 StR 243/86 - StV 1987, 5; BGH, Beschluß vom 07. November 1986 - 2 StR 563/86 - StV 1987, 100 = NStZ 1987, 171; BGH, Beschluß vom 26. April 1988 - 1 StR 43/88 - wistra 1988, 303; BGH, Beschluß vom 20. Dezember 1988 - 1 StR 664/88 - StV 1989, 149; BGH, Beschluß vom 14. November 1995 - 4 StR 639/95 - NStZ 1996, 426 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 07. Mai 1996 - 4 StR 139/96 - NStZ 1996, 426 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 15. Oktober 1997 - 3 StR 515/97 - NStZ 1998, 182, 184 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 20. Januar 1998 - 4 StR 593/97 - NStZ 1998, 503 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 21. Januar 1998 - 5 StR 670/97 - NStZ 1998, 503 (bei Detter); zustimmend Schmidt MDR 1979, 884, Mösl DRiZ 1979, 165

³³⁹BGH, Beschluß vom 05. Oktober 1981 - 3 StR 348/81 - StV 1982, 418

³⁴⁰BGH, Beschluß vom 26. März 1982 - 2 StR 704/81 - StV 1982, 418

³⁴¹BGH, Beschluß vom 09. Juni 1983 - 4 StR 257/83 - NStZ 1983, 453

³⁴²BGH, Beschluß vom 29. Juli 1983 - 3 StR 252/83 - StV 1983, 501

de³⁴³ oder die Frage einer Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 56 StGB zu prüfen sei³⁴⁴.

Es ergibt sich demzufolge, daß - zumindest in jüngerer Zeit - der Situation des leugnenden Angeklagten mehr Verständnis entgegengebracht wird. Reue und Schuldeinsicht werden von ihm nicht (mehr) erwartet. In der Gesamtschau fällt auf, daß die letzten Entscheidungen, in denen dem Leugnen ausdrücklich Indizwirkung für fehlende Reue und Gefährlichkeit beigelegt wurden, aus den Anfängen der achtziger Jahre stammen. Etwa seit der gleichen Zeit mehren sich die Entscheidungen, in denen anerkannt wird, daß Reue vom leugnenden Angeklagten nicht verlangt werden kann. Hier hat ein schleichender Wechsel in der Rechtsprechung des BGH stattgefunden, ohne daß eine Grundsatzentscheidung, etwa des Großen Senats, erforderlich gewesen wäre.

III. Leugnen unter Einbeziehung Anderer

Ein ähnliche Entwicklung in der Rechtsprechung zeigt sich bei der Behandlung derjenigen Angeklagten, die sich nicht darauf beschränken, die Tat zu leugnen, sondern darüber hinaus andere verdächtigen oder sich der Teilnahme an einer Falschaussage Dritter schuldig machen.

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf³⁴⁵ und des OLG Celle³⁴⁶ ist das Leugnen als solches nicht strafbar; gehe der Angeklagte aber darüber hinaus, könne der Tatbestand des § 145d StGB erfüllt sein. Erforderlich sei in jedem Fall die Angabe konkreter Umstände, die auf einen anderen - wenn auch Unbekannten - als den wahren Täter hindeuten; weise der Angeklagte dagegen nicht auf eine falsche Fährte hin, bleibe seine Einlassung als bloße Selbstbegünstigung straflos³⁴⁷.

Ähnlich judiziert der BGH. Es könne zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden, wenn gegen Polizeibeamte unwahre Vorwürfe erhoben werden³⁴⁸. Wird dagegen ein Zeuge infolge des Leugnens (nur) in ein schlechtes Licht gerückt, so dürfe das nicht strafscharfend berücksichtigt werden³⁴⁹. Auch ein „Ab-

³⁴³BGH, Beschluß vom 07. November 1986 - 2 StR 563/86 - StV 1987, 100 = NSTZ 1987, 171; ebenso BGH, Beschluß vom 30. Juli 1998 - 4 StR 400/98 - NSTZ 1999, 120, 121 (bei Detter) = StV 1999, 206

³⁴⁴BGH, Beschluß vom 20. Februar 1998 - 2 StR 14/98 - StV 1998, 482 = NSTZ 1998, 504 (bei Detter)

³⁴⁵OLG Düsseldorf, Urteil vom 15. April 1954 - Ss 23/54 - VRS 7, 194

³⁴⁶OLG Celle, Urteil vom 12. Januar 1961 - 1 Ss454/60 - VRS 21, 272

³⁴⁷OLG Celle, aaO, S. 274

³⁴⁸BGH, Entscheidung vom 13. Juli 1966 - 2 StR 157/66 - MDR 1966, 892, 894 (bei Dallinger)

³⁴⁹BGH, Beschluß vom 27. August 1982 - 2 StR 334/82 - StV 1982, 523

schieben" der Schuld auf die Mittäter darf dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen, da er sich diesem Vorwurf nur durch ein Geständnis oder vollständiges Schweigen entziehen könnte; daß er das nicht getan hat, darf nach Ansicht des BGH³⁵⁰ nicht zu einer Verschärfung der Strafe führen.

Noch in den fünfziger Jahren sah der BGH³⁵¹ - wie bereits auf Seite 36 erwähnt - im Ableugnen der Tat eine Beihilfe zum Zeugenmeineid. Das „natürliche Recht auf Selbstschutz" trete zurück, wenn zur Verdeckung eigener Straftaten durch neues Unrecht in die strafrechtlich geschützte Rechtsordnung eingegriffen werde.

Eine grobe Uneinsichtigkeit, die einen nachhaltigen Schluß auf die persönliche Schuld und den Grad der Gefährlichkeit zulasse, kann nach Ansicht des BGH³⁵² auch darin gesehen werden, daß der Angeklagte „mit allen Mitteln" seine Tatbeteiligung zu verschleiern sucht und andere zur Falschaussage bestimmt; dies könne strafscharfend berücksichtigt werden. Versucht der Angeklagte, Zeugen zu einer Falschaussage zu bestimmen, so wird ihm dies strafscharfend angelastet³⁵³. Der bloße Antrag auf Vernehmung von Entlastungszeugen indes darf bereits nach einer Entscheidung des RG³⁵⁴ nicht strafscharfend wirken.

IV. Die Belastung der Zeugen

Gleiches gilt nach Auffassung des BGH³⁵⁵, wenn infolge des Leugnens die Vernehmung des jugendlichen Mißbrauchsofners in der Hauptverhandlung erforderlich wird. Der Angeklagte sei nicht verpflichtet, ein Geständnis abzulegen; er habe einen Anspruch darauf, daß ein Zeuge in der Hauptverhandlung aussage. Im Strafverfahren gehe es auch um die bürgerliche Ehre und das Dasein des Angeklagten; das Interesse an einer Schonung kindlicher oder jugendlicher Zeugen müsse dahinter zurücktreten.

Für die Wahrnehmung prozessualer Rechte dürfe der Angeklagte nicht härter bestraft werden; müsse er damit rechnen, wegen

³⁵⁰BGH, Beschluß vom 11. Mai 1989 - 1 StR 184/89 - StV 1989, 388

³⁵¹BGH, Urteil vom 26. Februar 1953 - 4 StR 682/52 - MDR 1953, 272 (bei Dalinger); zur Frage der gleichzeitigen Fremd- und Selbstbegünstigung vgl Cüppers NJW 1952, 894

³⁵²BGH, Urteil vom 09. Februar 1962 - 4 StR 519/61 - VRS 22, 343, 345

³⁵³BGH, Urteil vom 09. Februar 1962 - 4 StR 519/61 - VRS 22, 343, 345; bereits früher OGH, Urteil vom 11. Januar 1950 - II StS 444/49 - OGHSt 2, 331, 333 für den Versuch der Einflußnahme auf das kindliche Mißbrauchsofner

³⁵⁴RG, Urteil vom 23. Oktober 1919 - I D 468/19 - GA 68 (1920), 360

³⁵⁵BGH, Urteil vom 30. August 1951 - 3 StR 494/51 - BGHSt 1, 342f; BGH, Urteil vom 18. Januar 1966 - 1 StR 571/65 - NJW 1966, 894 Nr. 18; BGH, Beschluß vom 09. Dezember 1982 - 4 StR 662/82 - StV 1983, 102 = NSTZ 1983, 118; BGH, Beschluß vom 20. November 1986 - 2 StR 599/86 - StV 1987, 100

erfolgloser Einwendungen eine höhere Strafe zu bekommen, läge darin eine unzulässige Beschränkung seiner Verteidigungsmöglichkeiten³⁵⁶. Zwar verschlimmere die Vernehmung eines Kindes in der Hauptverhandlung den bei diesem angerichteten Schaden, auch sei darin eine Folge der Tat zu sehen. Indes dürften solche durch das Strafverfahren bedingten nachteiligen Folgen nicht straferschwerend wirken, wenn der Angeklagte „*sich in den legitimen Grenzen der Verteidigung gegen den Schuldvorwurf hält*“³⁵⁷.

Schließlich dürfe auch eine fehlende Gemütsregung und fehlendes Mitleid mit dem mißbrauchten Opfer nicht nachteilig bei der Strafbemessung gewichtet werden, da dies als Eingeständnis gesehen werden könnte, der Angeklagte mithin seine Verteidigungsposition gefährden würde³⁵⁸.

Die mit einer Aussage verbundenen seelischen Belastungen der Zeugen sind demnach kein tauglicher Strafschärfungsgrund. Eine Trendwende deutet sich indes seit Ende 1997 an. In einem Beschluß vom 20. November 1997³⁵⁹ hat der BGH entschieden, daß eine Strafmilderung auch dann in Betracht komme, wenn durch ein Geständnis eine weitere Belastung des Opfers abgewendet wird. Es bleibt abzuwarten, ob es sich hierbei um eine vereinzelte Entscheidung handelt oder ob hierdurch die bisherige Rechtsprechung aufgegeben worden ist.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß das Leugnen des Angeklagten nicht mehr ohne weiteres als Indiz für fehlende Reue und Schuldeinsicht angesehen wird. Wenn auch das Bild der Rechtsprechung uneinheitlich ist, so überwiegen doch in jüngerer Zeit die Entscheidungen, in denen anerkannt wird, daß der leugnende Angeklagte weder das eine noch das andere zeigen kann. Das Fehlen des Strafmilderungsgrundes „Geständnis“ darf ebenfalls nicht strafschärfend berücksichtigt werden - jedenfalls nicht als negativ formulierter Strafzumessungsgrund.

Zweiter Abschnitt: Das Geständnis des Angeklagten

Im Gegensatz zum leugnenden Angeklagten hat der geständige Angeklagte einen Pluspunkt zu verzeichnen; in den Strafzumessungsgründen seines Urteils findet sich als positiver - und damit strafmildernder - Gesichtspunkt das Eingeständnis der

³⁵⁶BGH, Urteil vom 26. Juni 1962 - 1 StR 227/62 - GA 62, 339

³⁵⁷BGH aaO

³⁵⁸BGH, Beschluß vom 09. Juni 1982 - 2 StR 249/82 - StV 1982, 418; BGH, Beschluß vom 20. November 1986 - 2 StR 599/86 - StV 1987, 100

³⁵⁹BGH, Beschluß vom 20. November 1997 - 4 StR 538/97 - NStZ 1998, 503 (bei Detter)

Tat wieder. Hierdurch schlägt die Waage regelmäßig zu seinen Gunsten aus.

Indes ist die strafmildernde Berücksichtigung des Geständnisses keineswegs selbstverständlich. Zwar handelt es sich um ein Nachtatverhalten, doch wird hierdurch der Unrechtsgehalt der Tat nicht verändert.

I. Die Indizwirkung des Geständnisses

Dies ist in den Nachkriegsjahren auch kritisch angemerkt worden. Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone³⁶⁰ führte aus, daß das Aussageverhalten für die Strafzumessung grundsätzlich unbeachtlich sei, da die Prozeßordnung um der Wahrheitsfindung willen davon absehe, den Schuldigen zum Geständnis zu verpflichten oder sogar durch Androhung von Nachteilen zu veranlassen. Nur wenn sich aus dem Prozeßverhalten ein Rückschluß auf die in der Tat enthaltene Schuld oder die Gefährlichkeit des Täters ergebe, sei eine Berücksichtigung möglich. Auch das OLG Hamm³⁶¹ vertrat diesen Standpunkt. Ein Geständnis erleichtere zwar dem Gericht die Arbeit, sei aber - angesichts der gerichtlichen Aufklärungspflicht - kein zulässiger Strafzumessungsgrund. Aus diesem Grunde dürfe das Geständnis - als solches - nicht strafmildernd berücksichtigt werden. Etwas anderes gelte allerdings dann, wenn der Täter reumütig gestehe und hierdurch die Beurteilung seiner Persönlichkeit in die Strafzumessung einfließen könne.

Die Rechtsprechung des BGH liegt im wesentlichen auf dieser Linie. Für die Strafzumessung seien nicht Geständnis oder Leugnen an sich maßgeblich, sondern die innere Einstellung zur Tat, die im Prozeßverhalten zum Ausdruck komme³⁶². Dies wiederum lasse einen Rückschluß zu auf das Maß der Schuld und die Gefährlichkeit des Täters. Ein Angeklagter, der zwar bei der Polizei ein Geständnis abgelegt, aber in der Hauptverhandlung geschwiegen habe, nehme dem Gericht die Möglichkeit, seine innere Einstellung zur Tatzeit festzustellen. Eine Strafmilderung komme daher unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht. Umgekehrt dürfe fehlende Reue nicht um ihrer selbst willen strafscharfend berücksichtigt werden, sondern nur dann, wenn sie auf eine rechtsfeindliche Gesinnung hindeute, die weitere Straftaten befürchten lasse³⁶³.

Regelmäßig erwirbt der Beschuldigte nur dann einen Bonus bei der Strafzumessung, wenn er durch das Geständnis einen kausa-

³⁶⁰OGH für die Britische Zone, Urteil vom 10. Oktober 1949 - StS 219/49 - SJZ 1949, 432 = OGHSt 2, 220

³⁶¹OLG Hamm, Urteil vom 07. September 1950 - (2) 2 Ss 389/50 - SJZ 1950, 844

³⁶²BGH, Urteil vom 23. März 1971 - 1 StR 9/71 - MDR 1971, 545 (bei Dallinger)

³⁶³BGH, Beschluß vom 04. März 1971 - 4 StR 440/70 - VRS 40, 418

len Beitrag zu seiner Verurteilung leistet. Hätte er nach Ansicht des Gerichts mit Hilfe anderer Beweismittel ebensogut überführt werden können, mit anderen Worten: hätte es seines Geständnisses gar nicht bedurft, um einen Schuldspruch zu fällen, so tendiert die strafmildernde Wirkung gegen Null. Eine Strafmilderung scheidet dann aus, wenn das Geständnis „ersichtlich“ nicht auf Schuldeinsicht und Reue beruhe, sondern wegen der erdrückenden Beweislage abgelegt wurde³⁶⁴. Es bedürfe keiner besonderen Einsicht und Reue, um (nur) das zu gestehen, was ohne weiteres nachzuweisen gewesen wäre³⁶⁵. Ein dem Verfahrensstand angepaßtes Geständnis sei daher kein taugliches Indiz für Schuldeinsicht und herabgeminderte Schuld³⁶⁶.

Der BGH hat bis heute an dieser Rechtsprechung festgehalten. Nach wie vor wird einem Geständnis die Tauglichkeit zur Strafmilderung abgesprochen, wenn es zur Überführung nicht notwendig war³⁶⁷.

Allerdings wird gelegentlich die - fehlende - Indizwirkung auch vom BGH in Zweifel gezogen. In einer frühen Entscheidung aus den sechziger Jahren hat der BGH³⁶⁸ judiziert, daß in der Hauptverhandlung aus Furcht vor Strafe bekundete Einsichtslosigkeit nicht zwingend ein Zeichen für die innere Haltung des Täters sei, zumal - umgekehrt - Geständnisse nicht selten deshalb abgelegt würden, um eine mildere Strafe zu erhalten. Auch in jüngster Zeit wurde unter Hinweis auf den Zweifelsgrundsatz in Frage gestellt, ob allein aus dem Prozeßverhalten - Geständnis bei erdrückender Beweislage - der für den Angeklagten nachteilige Schluß gezogen werden könne, daß sein Geständnis nicht auf Reue und Schuldeinsicht beruhe³⁶⁹. Auch bei ungünstiger Beweislage könne ein Geständnis strafmildernd wirken, wenn es auf Einsicht und Reue schließen lasse³⁷⁰.

II. Geständnis nach Absprache

Ein besonderes Augenmerk verdienen die Geständnisse, die nach einer - wie auch immer gearteten - Absprache abgelegt wurden.

³⁶⁴BGH, Entscheidung vom 03. Mai 1966 - 1 StR 93/66 - MDR 1966, 725, 727 (bei Dallinger); ebenso BGH, Beschluß vom 03. Dezember 1998 - 4 StR 606/98 - NStZ 1999, 494, 496 (bei Detter)

³⁶⁵BGH, Urteil vom 18. März 1981 - 3 StR 68/81 - StV 1981, 235

³⁶⁶BGH, Urteil vom 14. November 1989 - 1 StR 494/89 - NStE 1990, 11 = NStZ 1990, 221 (bei Detter)

³⁶⁷BGH, Urteil vom 17. Juli 1996 - 5 StR 121/96 - BGHSt 42, 191 = NJW 1996, 3018 = NStZ 1997, 174, 176 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 30. September 1997 - 4 StR 399/97 - NStZ 1998, 182, 184 (bei Detter); BGH, Urteil vom 11. März 1998 - 3 StR 620/97 - NStZ 1998, 503 (bei Detter)

³⁶⁸BGH, Urteil vom 15. November 1963 - 4 StR 402/63 - VRS 26, 22, 23

³⁶⁹BGH, Beschluß vom 07. Dezember 1995 - 4 StR 688/95 - NStZ 1996, 426 (bei Detter); BGH, Beschluß vom 13. November 1997 - 4 StR 539/97 - StV 1998, 481 = NStZ 1998, 182, 184

³⁷⁰BGH, Beschluß vom 20. November 1997 - 4 StR 538/97 - NStZ 1998, 503 (bei Detter)

Kern einer derartigen Absprache ist es regelmäßig, für ein Geständnis einen Strafnachlaß einzuhandeln. Die Diskussion über die Zulässigkeit derartiger Absprachen ist nicht neu; tatsächlich ist das Thema so alt wie die Strafjustiz. Denn ein Geständnis erleichtert den Schuld nachweis; die Versuchung, eine unter Umständen lange und schwierige Beweisaufnahme durch eine Geste der Milde zu vermeiden, ist existent. Da auch Richter nur Menschen sind, liegt es in der Natur der Sache, daß sie ihr zuweilen erliegen.

Dies ist, für sich genommen, noch nicht zwingend negativ zu werten. Denn auch ein absprachegemäßes Geständnis kann auf Reue und Schuldeinsicht beruhen und so - nach der Logik der Rechtsprechung - Indiz für eine geringere Schuld und/oder Gefährlichkeit des Täters sein. Bedenken ergeben sich lediglich daraus, daß das - unter Umständen nur unausgesprochen im Raum stehende - Angebot eines Strafnachlasses für ein Geständnis faktisch als Geständnisdruck wirkt.

Bereits das RMG³⁷¹ sah sich veranlaßt, einem Geständnisdruck entgegenzutreten und verwies hierzu auf das Anklageprinzip. Dieses gebiete, den Angeklagte nicht als Prozeßobjekt, sondern als Prozeßsubjekt anzusehen. Jede Einwirkung des Richters, die darauf abziele, den Angeklagten zu einem Geständnis zu bewegen, sei unzulässig. Die Vernehmung des Angeklagten diene demgemäß auch nicht dem Ziele, ein Geständnis zu erlangen; sie sei vielmehr in erster Linie Verteidigungsmöglichkeit, wie sich aus den Motiven zu § 123 StPO ergebe:

„Die Motive bemerken hierzu: `Von wesentlicher Bedeutung in diesem Abschnitt ist der § 123, indem er vorschreibt, daß die Vernehmung dem Beschuldigten Gelegenheit zur Rechtfertigung und Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe geben soll. Die Vernehmung wird, wenn und insoweit der Beschuldigte geständig ist, als freiwillig dargebotenes Untersuchungsmittel auch im heutigen Verfahren von größtem Werte sein; es kann aber nicht gefordert werden, daß der Beschuldigte gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitrage... Es erschien nicht angemessen, die Verpflichtung des Beschuldigten zur Erteilung wahrheitsgemäßer Auskunft im Gesetz auszusprechen`“³⁷².

Der Angeklagte habe daher das Recht, auch wider besseres Wissen die Tat zu bestreiten; bloßes Schweigen könne nicht einmal als Verteidigung angesehen werden.

„Erfahrungsmäßig wird der Beschuldigte, wenn er schweigt oder seine Auslassung verweigert, sich damit nicht entlasten, sondern eher belasten. Auch die Mot. zu § 123 Entw. zur StPO.

³⁷¹RMG, Plenarbeschluß vom 19. April 1907 - Nr. 84/342.07 - RMGE 11, 95, 98ff

³⁷²RMG, aaO S. 99

*weisen darauf hin, daß der Beschuldigte durch Zurückhalten mit jeder Auslassung seiner eigenen Sache schaden kann, weil man häufig geneigt sein wird, das Schweigen, wenn auch das Gesetz dem Beschuldigten das Recht hierzu nicht streitig macht, zu seinem Nachteile zu deuten*³⁷³.

Der BGH ist in diesem Punkt großzügiger und verneint einen relevanten Geständnisdruck auch dann, wenn dem Beschuldigten konkrete Nachteile vor Augen geführt werden. So dürfe ein Geständnis, das abgelegt wurde, nachdem dem Beschuldigten mit der Untersuchungshaft gedroht worden war, durchaus verwertet werden³⁷⁴. Die Untersuchungshaft sei hier keine unzulässige Maßnahme im Sinne des § 136a StPO gewesen, da bei dem leugnenden Beschuldigten Verdunkelungsgefahr bestanden habe.

Auch die Belehrung über die Beweislage und die Möglichkeit einer Strafmilderung bei einem - von Schuldeinsicht und Sühnebereitschaft getragenen - Geständnis verstoße nicht gegen § 136a StPO³⁷⁵. Bedenklich wäre nur eine bindende Zusage der Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses. Im konkreten Fall indes habe der Vorsitzende lediglich dem Angeklagten ins Gewissen geredet und sodann die Hauptverhandlung für einige Minuten unterbrochen. Auf Erklärungen des Verteidigers außerhalb der Hauptverhandlung habe das Gericht keinen Einfluß; ein Irrtum, in den der Angeklagte sich selbst oder in den ihn sein Verteidiger versetzt, sei kein Fall des § 136a StPO.

Unzulässig sei es dagegen, wenn der Staatsanwalt für den Fall eines Geständnisses die Entlassung aus der Untersuchungshaft verspreche³⁷⁶. Zwar wäre ein Hinweis, daß ein Geständnis sich günstig auswirken könne, nicht zu beanstanden; dies könne sich der Vernommene „vernünftigerweise selbst sagen“. Das Versprechen einer Vergünstigung sei jedoch unzulässig. Denn der Vernehmende bringe dadurch Vorteile, die das Gesetz hierfür nicht vorsehe, überhaupt erst in einen Zusammenhang mit der Aussage. Darüber hinaus sei der Staatsanwalt gar nicht befugt gewesen, die versprochene Vergünstigung zu gewähren. Die Beschuldigte habe unter dem „unsachlichen Zwang“ einer Zusage gestanden, ihre Freilassung mit einem Geständnis erkaufen zu können. Das Versprechen eines derartigen, gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils beeinträchtige die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung und begründe daher ein Verwertungsverbot im Sinne des § 136a III StPO.

³⁷³RMG, aaO S. 100

³⁷⁴BGH, Urteil vom 18. Juni 1953 - 4 StR 115/53 - MDR 1953, 721, 723 (bei Dallinger)

³⁷⁵BGH, Urteil vom 01. April 1960 - 4 StR 36/60 - BGHSt 14, 189 ff = NJW 1960, 1212; ablehnend Grünwald NJW 1960, 1941

³⁷⁶BGH, Urteil vom 14. September 1965 - 5 StR 307/65 - BGHSt 20, 268 = NJW 1965, 2262

Noch im Jahre 1984 urteilte der BGH³⁷⁷, daß Zusagen hinsichtlich der Strafzumessung unzulässig seien. Zwar dürfe das Gericht zwecks Förderung des Verfahrens auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt zu Verfahrensbeteiligten suchen und Prozeßhandlungen anregen, wenn dies sachlich gerechtfertigt sei und mit der gebotenen, jeden Anschein der Parteilichkeit vermeidenden Zurückhaltung geschehe. Zusagen hinsichtlich der Strafzumessung seien jedoch unzulässige Mittel, so daß aus diesem Grunde bereits die Besorgnis der Befangenheit begründet sei.

Das BVerfG³⁷⁸ hatte im Jahre 1987 Gelegenheit, grundsätzlich zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen Stellung zu nehmen. Nach längeren Ausführungen zum Recht eines jeden Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, zur Idee der Gerechtigkeit und zum Gebot der Wahrheitserforschung wird angemerkt, daß eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung grundsätzlich zulässig sei. In- des dürften die Handhabung der richterlichen Aufklärungspflicht, die Subsumtion und die Grundsätze der Strafbemessung nicht ins Belieben oder zur freien Disposition der Verfahrensbeteiligten gestellt werden. *„Dem Gericht und der StA ist es deshalb untersagt, sich auf einen `Vergleich` im Gewande des Urteils, auf einen `Handel mit der Gerechtigkeit` einzulassen³⁷⁹“*. Dies schließe jedoch einen Hinweis auf die Beweislage oder die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses nicht aus, wenn dies im Stand der Hauptverhandlung eine sachliche Grundlage habe.

Nach dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts schien es zunächst so, als ob sich die strafprozessualen Absprachen als gängiges Mittel forensischer Praxis durchsetzten. Der BGH³⁸⁰ konstatierte, daß ein Richter auch außerhalb der Hauptverhandlung Kontakt zu Verfahrensbeteiligten aufnehmen dürfe. Hieraus ergebe sich nicht ohne weiteres für einen Mitangeklagten eine Besorgnis der Befangenheit; vielmehr müsse geprüft werden, ob er Grund zu der Annahme hatte, die Absprache werde sich zu seinen Ungunsten auswirken. In einer weiteren, nur wenige Jahre später ergangenen Entscheidung legt der gleiche Senat³⁸¹ strengere Maßstäbe an. Werde nur mit einzelnen Verteidigern der Mitangeklagten verhandelt, so seien die anderen Verteidiger umfassend zu unterrichten; andernfalls könne dies die Besorgnis der Befangenheit begründen.

³⁷⁷BGH, Urteil vom 05. September 1984 - 2 StR 347/84 - StV 1984, 449f = NStZ 1985, 36

³⁷⁸BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 27. Januar 1987 - 2 BvR 1133/86 - NJW 1987, 2662 = NStZ 1987, 419

³⁷⁹BVerfG aaO, S. 2663

³⁸⁰BGH, Urteil vom 11. Mai 1988 - 3 StR 566/87 - StV 1988, 417f

³⁸¹BGH, Beschluß vom 04. Juli 1990 - 3 StR 121/89 - BGHSt 37, 99, 104 = NJW 1990, 3030 = JR 1991, 116 mit zustimmender Anmerkung Böttcher JR 1991, 118

Auch hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen hielt sich der BGH zunächst bedeckt. Das Bild bleibt über die Jahre uneinheitlich. Die veröffentlichten Entscheidungen sind im wesentlichen durch das Bemühen geprägt, eine Bindung der Gerichte zu verneinen. Lediglich unter Vertrauensgesichtspunkten wird den Absprachen Bedeutung beigemessen. Dabei sind in der Rechtsprechung der Senate unterschiedliche Akzente erkennbar; ferner vergrößert sich - zögerlich - im Laufe der Jahre die Akzeptanz der Absprachen.

Der zweite Senat³⁸² läßt ausdrücklich dahinstehen, ob eine Zusage zur Begrenzung der Strafhöhe auf den Antrag der Staatsanwaltschaft bei Unterlassung verfahrensverzögernder Beweisanträge als Absprache zu sehen und wie deren rechtliche Zulässigkeit zu werten sei. Jedenfalls begründe eine derartige Zusage einen Vertrauenstatbestand; aus dem Gebot des fairen Verfahrens folge, daß dann eine höhere Strafe nicht ausgeurteilt werden dürfe, ohne daß zuvor in der Hauptverhandlung ein entsprechender Hinweis erteilt worden sei. Auch nach Ansicht des ersten Senats³⁸³ entfällt ein eventueller Vertrauenstatbestand nach einem entsprechenden Hinweis in der Hauptverhandlung.

Auf einen seitens der staatlichen Strafverfolgungsorgane geschaffenen Vertrauenstatbestand stellt ebenfalls der dritte Strafsenat³⁸⁴ ab. Die Zusage der Nichtverfolgung durch die Staatsanwaltschaft begründe zwar kein Verfahrenshindernis, jedoch sei das Vertrauen auf die Zusage bei der Strafzumessung wesentlich zu berücksichtigen.

In einer weiteren Entscheidung sah der dritte Senat³⁸⁵ die Besorgnis der Befangenheit bereits dann begründet, wenn der Richter in einem Vorgespräch eine bestimmte Strafe in Aussicht stellt, weil er dadurch den Anschein erwecke, daß er sich daran halten werde. Vertrauliche, das heißt ohne die Mitwirkung aller Beteiligten getroffene Absprachen hinsichtlich der Strafzumessung verstießen gegen die geltenden Verfahrensvorschriften; eine angemessene Strafe könne erst nach der Hauptverhandlung ermittelt werden. Bei Absprachen zum Prozeßergebnis gebe es kein rechtsstaatliches Verfahren; vielmehr sei dem Gericht ein Vergleich im Gewande des Urteils, ein Handel mit der Gerechtigkeit untersagt.

³⁸²BGH, Urteil vom 07. Juni 1989 - 2 StR 66/89 - BGHSt 36, 210, 214, 216 = NJW 1989, 2270 = NStZ 1989, 438, kritisch zu dieser Entscheidung Hassemer JuS 1989, 890, im Ergebnis zustimmend Schönemann JZ 1989, 984

³⁸³BGH, Beschluß vom 13. Mai 1997 - 1 StR 12/97 - StV 1998, 175f

³⁸⁴BGH, Urteil vom 18. April 1990 - 3 StR 252/88 - BGHSt 37, 10, 13f = NJW 1990, 1924 = NStZ 1990, 339 mit kritischer Anmerkung Hassemer JuS 1990, 939

³⁸⁵BGH, Urteil vom 23. Januar 1991 - 3 StR 365/90 - BGHSt 37, 298, 303 ff = NJW 1991, 1692 = NStZ 1991, 346; zustimmend Böttcher/ Widmaier, JR 1991, 353, Kintzi, DRiZ 1992, 245 sowie Zschockelt, NStZ 1991, 301, der - laut Böttcher/ Widmaier, aaO - Berichterstatter des genannten Urteils gewesen sein soll

Der zweite Senat³⁸⁶ schloß sich dieser Rechtsprechung im Ergebnis an. Vor einer Mitteilung über das zu erwartende Strafmaß habe das Gericht in Anwendung des Grundsatzes des § 33 StPO allen Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, mit- hin auch der Staatsanwaltschaft. Eine Bindung des Gerichts an das in Aussicht gestellte Strafmaß bestehe nicht. Aufgrund anderer, später bekanntgewordener Umstände oder einer anderen Besetzung der Richterbank könne eine andere Bewertung erforderlich sein. Das abgelegte Geständnis sei auch dann verwertbar; das geltende Recht lasse einen Ausschluß dieses Risikos nicht zu. Ein Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens liege darin nicht.

Rigide formuliert der erste Senat³⁸⁷ noch im Jahre 1993, daß Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung unzulässig seien. Ob dies auch für Abreden innerhalb der Hauptverhandlung gelten soll, bleibt offen; der Hinweis auf den verbotenen Handel mit der Gerechtigkeit deutet indes darauf hin.

Einen Schritt zurück scheint auch der zweite Senat³⁸⁸ in der Folgezeit getan zu haben. Ein Hilfsbeweis Antrag, der allein für den Fall eines bestimmten Rechtsfolgenausspruchs gestellt werde, sei unzulässig. Der Angeklagte bringe damit zum Ausdruck, daß sich der Beweisantrag nicht gegen den Schuldspruch richte, verlange aber - hilfsweise - Beweiserhebungen über Behauptungen, die der Abwehr des Schuldspruchs dienten; einem solchen Verhalten hafte der Mangel der Ernstlichkeit an. Ein derartiger Beweisantrag könne daher nur den Sinn haben, dem Gericht eine Absprache anzubieten; eine solche Absprache aber wäre unzulässig, da mit ihr eine sachwidrige Verknüpfung hergestellt würde.

Bis in die Mitte der neunziger Jahre schien sich ein Konsens eingestellt zu haben. Danach wären Absprachen unter der Voraussetzung möglich, daß sie in der Hauptverhandlung unter Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten stattfinden. Lediglich außerhalb der Hauptverhandlung getroffene Absprachen seien unzulässig - so jedenfalls der zweite Senat³⁸⁹, der es als unzulässig ansah, die Strafzumessung in Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung zu verlagern und durch feste Vereinbarungen über das weitere Verhalten der Prozeßbeteiligten abzusichern.

³⁸⁶BGH, Urteil vom 30. Oktober 1991 - 2 StR 200/91 - BGHSt 38, 102, 104f = NJW 1992, 519 = NSTZ 1992, 139

³⁸⁷BGH, Beschluß vom 19. Oktober 1993 - 1 StR 662/93 - NJW 1994, 1293 = NSTZ 1994, 196 = StV 1994, 174; vgl hierzu auch Krekeler, NSTZ 1994, 196

³⁸⁸BGH, Urteil vom 21. Oktober 1994 - 2 StR 328/94 - BGHSt 40, 287 290 = NJW 1995, 603

³⁸⁹BGH, Beschluß vom 25. Oktober 1995 - 2 StR 529/95 - wistra 1996, 68

Der fünfte Senat³⁹⁰ sieht in Absprachen weder einen Verstoß gegen die Prozeßordnung noch gegen den Grundsatz des fair trial. Erforderlich sei lediglich, daß dies in der Hauptverhandlung geschehe; ein Versuch, die Strafzumessung in Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung zu verlagern, sei mit wesentlichen Grundsätzen des Strafverfahrens unvereinbar. Ein Rechtsgespräch sei nicht zu beanstanden, ebensowenig eine - unterhalb der Absprache - gegebene Prognose über eine gemilderte Straferwartung im Falle eines Geständnisses. Hierbei handele es sich nur um eine unproblematische Wissensäußerung; derartige Vorüberlegungen seien gang und gäbe bei Haftentscheidungen oder Zuständigkeitsfragen.

Unzulässig sind nach wie vor Absprachen, die vom Angeklagten einen Rechtsmittelverzicht verlangen; so jedenfalls der dritte Senat³⁹¹, der die Verknüpfung eines Rechtsmittelverzichts mit einer Zusage zur Art und Weise der Strafvollstreckung als unzulässig und damit den erklärten Rechtsmittelverzicht als unwirksam ansah. Ähnlich entschied der zweite Senat³⁹², der eine Absprache über Strafhöhe und Rechtsmittelverzicht ebenfalls als unzulässig ansah, den erklärten Verzicht indes für wirksam erachtete.

In der genannten Entscheidung äußerte der zweite Senat grundsätzliche Bedenken gegen Absprachen im Strafverfahren und verwies hierzu auf tragende Grundsätze des Strafprozeßrechts, namentlich

- das Gebot umfassender Wahrheitserforschung, § 244 II StPO,
- das Prinzip der freien Überzeugungsbildung des Gerichts, § 261 StPO,
- die Garantie der richterlichen Unparteilichkeit, § 24 StPO,
- das Erfordernis schuldangemessenen Strafens, § 46 StGB,
- die Öffentlichkeit der Verhandlung, § 169 GVG sowie
- die Gewährleistung eines fairen, rechtsstaatlichen Verfahrens.

Nur ein Jahr später, im Sommer 1998, schien der zweite Senat diese Bedenken nicht mehr zu hegen und verwarf die Revision eines Angeklagten, der nach Inaussichtstellen eines Strafmaßes von acht Jahren pauschal eingeräumt hatte, seine Tochter in 245 Fällen sexuell mißbraucht zu haben³⁹³. Auch ein Geständnis, welches erst nach Inaussichtstellen eines bestimmten Strafmaßes abgelegt werde, könne glaubhaft sein. Zwar werde sich ein

³⁹⁰BGH, Urteil vom 20. Februar 1996 - 5 StR 679/95 - BGHSt 42, 46 = NJW 1996, 1763 = NStZ 1996, 448, ablehnend Zschockelt NStZ 1996, 449 sowie Kintzi JR 1997, 78

³⁹¹BGH, Beschluß vom 26. April 1995 - 3 StR 600/94 - NJW 1995, 2568 = NStZ 1995, 556; ihm folgend OLG München, Beschluß vom 04. Februar 2000 - 2 Ws 102/2000 - StV 2000, 188

³⁹²BGH, Beschluß vom 20. Juni 1997 - 2 StR 275/97 - NStZ 1997, 611f

³⁹³BGH, Urteil vom 10. Juni 1998 - 2 StR 156/98 - NStZ 1999, 92 = StV 1999, 410

Angeklagter in der Regel eine mildere Strafe versprechen, auch könne dies ein Anreiz, ein falsches Geständnis abzulegen. Diese Gefahr bestehe jedoch allgemein. Es sei daher stets auf die Umstände des Einzelfalls abzustellen; Zweifel an der Glaubhaftigkeit des Geständnisses könnten angebracht sein, wenn der Angeklagte durch Drohung mit einer sonst wesentlich höheren Strafe hierzu bewegt worden sei.

Der vierte Senat³⁹⁴, der sich in dieser Frage noch nicht ausdrücklich geäußert hatte, sprach sich in einer Grundsatzentscheidung für die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen aus. Diese seien nicht generell unzulässig, da sie von der StPO nicht strikt untersagt würden. Ausgangspunkt sei der Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren³⁹⁵. Das Gericht sei zur Wahrheitsfindung verpflichtet und müsse daher ein Geständnis auf seine Glaubwürdigkeit³⁹⁶ überprüfen. Die Willensfreiheit des Angeklagten müsse gewahrt bleiben; er dürfe nicht durch Drohung mit einer höheren Strafe oder durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zu einem Geständnis gedrängt werden. Hierbei seien § 136a StPO sowie der nemo-tenetur-Grundsatz zu beachten. Nach Maßgabe dieser grundlegenden Erwägungen kommt der Senat zu folgenden Ergebnissen:

- Zulässig sei eine Strafmilderung für ein Geständnis, da dies kein gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil sei.
- Unzulässig sei es, sich - seitens des Gerichts - einen Rechtsmittelverzicht versprechen zu lassen³⁹⁷.
- Die Verständigung müsse in öffentlicher Hauptverhandlung unter Einschluß aller Verfahrensbeteiligten erfolgen; auch

³⁹⁴BGH, Urteil vom 28. August 1997 - 4 StR 240/97 - NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31 = StV 1997, 583 = BGHSt 43, 195, kritisch hierzu Rönnau wistra 1998, 49 sowie Weigend NStZ 1999, 57, zustimmend hingegen Kintzi JR 1998, 249 sowie Bottke GS Zipf (1999); im Ergebnis dem BGH folgend OLG Stuttgart, Beschluß vom 26. November 1997 - 1 Ws 199/97 - NJW 1999, 375, und OLG Köln, Beschluß vom 16. Januar 1998 - 2 Ws 687/97 - JMBL NW 1998, 92 = NJW 1999, 373 = NStZ 1999, 97

³⁹⁵BGH, aaO S. 88

³⁹⁶Es handelt sich offensichtlich um einen Schreibfehler; gemeint ist wohl die Glaubhaftigkeit

³⁹⁷In einer neueren Entscheidung - Beschluß vom 12. Januar 1999 - 4 StR 649/98 - NStZ 1999, 364 = StV 1999, 411 - hielt sich der Senat in dieser Frage zurück und ließ offen, ob ein absprachegemäß erklärter Rechtsmittelverzicht wirksam sein kann. In dem Beschluß vom 19. Oktober 1999 - 4 StR 86/99 - NJW 2000, 526 = StV 2000, 4, 5 = StraFo 2000, 49 = NStZ 2000, 96 bezieht der Senat nunmehr Stellung und erklärt einen absprachegemäß erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam, weil hierdurch die Freiheit der Willensentschließung und -betätigung „in rechtsstaatlich bedenklicher Erheblichkeit beeinträchtigt wird“; kritisch analysierend hierzu Weigend StV 2000, 63, ebenso Rieß NStZ 2000, 98. Einen anderen Standpunkt nimmt indes der erste Senat ein, der in einem Beschluß vom 08. März 2000 - 1 StR 607/99 - StV 2000, 236 = StraFo 2000, 191 davon ausgeht, daß unter bestimmten Voraussetzungen ein absprachegemäß erklärter Rechtsmittelverzicht wirksam sein kann.

müsse dies im Protokoll sichtbar werden³⁹⁸. Vorgespräche seien dadurch jedoch nicht ausgeschlossen.

- Unzulässig seien verbindliche Zusagen zur Höhe der Strafe, da eine Bindung des Gerichts an ein bestimmtes Verfahrensergebnis vor Abschluß der Hauptverhandlung ausgeschlossen sei.
- Zulässig sei jedoch die Zusage einer bestimmten Strafobergrenze; hieran sei das Gericht nach dem fair-trial-Prinzip grundsätzlich auch gebunden.

Darüber hinaus begründet der Senat die strafmildernde Wirkung eines absprachegemäß abgelegten Geständnisses. Das ist neu; die bisherigen Entscheidungen zur Problematik der Absprachen im Strafprozeß haben diese Frage stets ausgeklammert. Ein Geständnis, so der Senat, könne auch dann strafmildernd berücksichtigt werden, wenn es offensichtlich nicht in erster Linie aus Schuldeinsicht und Reue, sondern aus prozeßtaktischen Gründen abgelegt werde. Schuldeinsicht und Reue seien subjektive Empfindungen, die objektiv nur schwer meßbar seien und also auch bei einem derartigen Geständnis vorliegen könnten. Auch im Rahmen der Strafzumessung gelte der Zweifelsgrundsatz, so daß von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen sei, die nach den gesamten Umständen in Betracht komme. Im übrigen sei zu bedenken, daß eine erdrückende Beweislage in der Regel nicht vorliege, der Angeklagte sich überdies zu seiner Tat bekenne und damit das Prozeßziel des Rechtsfriedens fördere. Schließlich könne das Geständnis auch als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung dem Angeklagten zugutegehalten werden.

Diese Verfahrensgrundsätze scheinen sich auch bei den anderen Senaten als Standard durchzusetzen. Denn jedenfalls der fünfte Senat hat in einer jüngeren Entscheidung³⁹⁹ entschieden, daß ein absprachegemäß erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam sei, wenn „*die Verständigungsgespräche ... in wesentlichen Punkten den von der Rechtsprechung hierfür aufgestellten Verfahrensgrundsätzen eklatant widersprachen (vgl. dazu BGHSt 43, 195 ...)*“. Auch der erste⁴⁰⁰ und der zweite Senat⁴⁰¹ akzeptieren ein absprachegemäßes Geständnis als Grundlage einer Verurteilung; letzterer läßt es sogar ausreichen, wenn der Anklagevorwurf lediglich pauschal eingeräumt wird. Selbst das BVerfG - das noch 1987 einen „Vergleich im Gewande des Urteils“, einen „Handel mit der Gerechtigkeit“ abgelehnt und nur

³⁹⁸ bestätigend: BGH, Urteil vom 12. März 1998 - 4 StR 633/97 - StV 1999, 408; BGH, Beschluß vom 01. Juli 1998 - 3 StR 242/98 - StV 1999, 407

³⁹⁹ BGH, Urteil vom 21. April 1999 - 5 StR 714/98 - NJW 1999, 2449, 2452 = StV 1999, 412; im Ergebnis zustimmend Baier NSTZ 2000, 160

⁴⁰⁰ BGH, Urteil vom 14. Dezember 1999 - 1 StR 563/99 - NSTZ 2000, 366

⁴⁰¹ BGH, Urteil vom 10. Juni 1998 - 2 StR 156/98 - NSTZ 1999, 92 = StV 1999, 410, mit kritischer Anmerkung Weigend NSTZ 1999, 57; zur möglichen Besorgnis der Befangenheit bei frühzeitiger Festlegung auf eine Strafobergrenze vgl. BGH, Urteil vom 17. November 1999 - 2 StR 313/99 - StV 2000, 177 = StraFo 2000, 84, kritisch hierzu Sinner StV 2000, 289

einen Hinweis auf die Beweislage sowie die strafmildernde Wirkung eines Geständnisses für zulässig gehalten hatte⁴⁰² - scheint sich nicht mehr grundsätzlich gegen Absprachen zu wenden; in einer unlängst ergangenen Entscheidung wird lediglich verlangt, daß die Zusicherung einer Strafobergrenze auch protokolliert wird⁴⁰³.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß dem Geständnis nach der Rechtsprechung in dem Maße eine strafmildernde Wirkung zukommt, in dem es zur Überführung des Geständigen erforderlich ist. Dies indiziere - nach Überführungsrelevanz abgestuft - Schuldeinsicht und Reue und damit auch geringere Tatschuld und Gefährlichkeit; und zwar auch dann, wenn das Geständnis absprachegemäß abgelegt wird.

Dritter Abschnitt: Die qualifizierte Unschuldsbekundung des Angeklagten, unterstützt durch Einsetzen eines Lügendetektors

Ein subtiler Druck, ein bestimmtes Prozeßverhalten an den Tag zu legen, ist dem Strafprozeß immer dann eigen, wenn eine der möglichen Verhaltensweisen - Geständnis - gegenüber den anderen Verhaltensvarianten - Schweigen oder Leugnen - vom Gericht mit einem Vorteil bei der Strafzumessung honoriert wird. Die hierin liegende mögliche Einschränkung der Aussagefreiheit wird von der Rechtsprechung nicht diskutiert. Dies verwundert; umso mehr, als die faktische Einwirkung auf die Aussagefreiheit in anderem Zusammenhang gelegentlich durchaus gesehen wird.

Wohl dem Angeklagten, der seine Unschuldsbeteuerungen durch Alibizeugen bekräftigen lassen kann; seine Chancen auf einen Freispruch steigen. Leider stehen solche Zeugen nicht jedem Angeklagten zur Verfügung. Auch mag der ein oder andere Zeuge vom erkennenden Gericht als wenig glaubwürdig angesehen werden. Zu Beginn der fünfziger Jahre tat sich dem in Beweisnot befindlichen Angeklagten eine neue Möglichkeit auf: der Lügendetektor⁴⁰⁴. Mit Hilfe dieses Gerätes, das die unwillkürlichen,

⁴⁰² BverfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 27. Januar 1987 - 2 BvR 1133/86 - NJW 1987, 2662 = NSTZ 1987, 419

⁴⁰³ BverfG, 2. Kammer des Zweiten Senats, Beschluß vom 14. Mai 1999 - 2 BvR 592/99 - StV 2000, 3

⁴⁰⁴ Primitive Formen der Lügendetektion waren auch schon vorher bekannt, so etwa der Gifttrank im ostafrikanischen Banturecht, durch den der hierdurch Berauschte zur Bekundung der Wahrheit verleitet werden sollte (vgl Knapp ZStW 23 <1903> 837), die psychologische Tatbestandsdiagnostik, bei der Reizwörter zugerufen und die Reaktion sachverständig beobachtet wurde (vgl Mezger ZStW 40 <1919>, 152, 154) oder das Messen von Herzschlag und Puls, während der Verdächtige unter Zwang der Obduktion des Opfers beiwohnen muß (vgl von Karman Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 51 <1931>, 326, 333)

vom vegetativen Nervensystem gesteuerten Körperreaktionen aufzeichnet, soll der Beschuldigte seine Unschuld beweisen können. Vereinfacht dargestellt, funktioniert der Test wie folgt: mittels Sensoren an Handgelenken, Stirn und nicht entblößtem Brustbereich werden die körperlichen Reaktionen - Veränderungen der elektrischen Hautleitfähigkeit, Puls, Atem, Temperatur, Herzrhythmus - auf diverse tatferne und tatbezogene Fragen registriert⁴⁰⁵. Gemessen wird mithin die körperliche Erregung des Probanden.

Dahinter steht die Grundannahme, daß ein Unschuldiger die gestellten Fragen ruhigen Blutes beantworten kann, während der Schuldige - je nach Tatrelevanz der gestellten Fragen - in körperlich meßbare Erregung gerät. Hierzu wurden zwei unterschiedliche Testmethoden entwickelt:

Beim sogenannten Tatwissentest wird der Proband mit Fakten kontrolliert, die nur dem Täter bekannt sein können; zB:

War das Tatwerkzeug ein Messer mit

- a) blauem Griff?
- b) rotem Griff?
- c) grünem Griff?
- d) schwarzem Griff?

Reagiert nun der Proband bei der Nennung des richtigen Tatwerkzeugs besonders heftig, wird dies als Indiz für seine Tatbeteiligung gesehen. Denn der Unschuldige, der von den Tatumständen keine Kenntnis hat, hat keinen Anlaß, an eben dieser Stelle in besonderer Weise zu reagieren.

Beim sogenannten Kontrollfragentest werden hingegen tatrelevante und sogenannte Kontrollfragen miteinander vermischt; dabei wird dem Probanden suggeriert, daß er auch die letzteren tunlichst verneinen muß, um ein positives Ergebnis zu erreichen. Gleichzeitig werden die Fragen so gestellt, daß kaum jemand sie guten Gewissens verneinen kann; etwa:

Haben Sie jemals in Ihrem Leben, sei es als Kind, sei es als Jugendlicher, etwas gestohlen?

Dies schließt Lutscher und geschwisterliches Spielzeug ein; die Antwort muß daher in aller Regel „Ja“ lauten. Der Proband indes wird - richtig manipuliert - bemüht sein, die Frage mit „Nein“ zu beantworten, um glaubwürdig zu wirken. Man geht daher davon aus, daß er bei dieser Antwort in Erregung geraten wird. Fragen nach der Tatbeteiligung hingegen wird er wahrheitsgemäß und ohne größere Erregung beantworten können. Der Täter wird, so die Grundannahme des Kontrollfragentests, anders reagieren. Für ihn werden die Kontrollfragen geringere

⁴⁰⁵ Steinke MDR 1987, 535f

Relevanz haben als die tatbezogenen Fragen; er wird bei letzteren heftiger reagieren.

An dieser Stelle sollen nicht die Einwände gegen die Testmethode als solche und die hieraus gezogenen Schlußfolgerungen diskutiert werden; dies ist bereits vielfältig an anderer Stelle geschehen⁴⁰⁶. Hier interessiert nur, welchen Standpunkt die Rechtsprechung über die Jahre eingenommen und wie sie diesen begründet hat.

In einem Grundsatzurteil vom 16. Februar 1954⁴⁰⁷ hat der BGH die Beweiserhebung unter Einsatz eines Lügendetektors für unzulässig erachtet, da hierin ein Verstoß sowohl gegen Art. 1 I GG als auch § 136a StPO liege - und zwar auch dann, wenn der Angeklagte der Verwertung seiner Antworten zustimme. Die Testmethode sei darauf angelegt, vom Angeklagten mehr als nur seine bewußten Antworten zu erhalten; Ziel sei es gerade, die unwillkürlichen und unbewußten Äußerungen zum Gegenstand der „Aussage“ zu machen⁴⁰⁸. Ein derartiger Einblick in die Seele des Beschuldigten und ihre unbewußten Regungen verletze jedoch die Freiheit der Willensentschließung welche garantiere, daß der Beschuldigte jederzeit selbst und frei verantwortlich darüber entscheide, ob und inwieweit er sich äußere. „Zur Erhaltung und Entwicklung der Persönlichkeit gehört ein lebensnotwendiger und unverzichtbarer seelischer Eigenraum, der auch im Strafverfahren unangetastet bleiben muß. Diese Rechtsprechung wurde von den Untergerichten⁴⁰⁹ in den folgenden Jahrzehnten nicht in Frage gestellt.

Fast dreißig Jahre später entschied das BVerfG⁴¹⁰ im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderer Begründung. Der Einsatz des Lügendetektors greife in unzulässiger Weise in das gemäß Art. 2 I, 1 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht des Angeklagten ein. Seine Einwilligung ändere daran nichts, denn angesichts einer drohenden Freiheitsstrafe habe er - tatsächlich - keine Wahl-

⁴⁰⁶ vgl Achenbach NStZ 1984, 350; Amelung NStZ 1982, 38; Berning MSchrKrim 76 (1993), 242; Delvo (1981); Erbs NJW 1951, 386; Frister ZStW 106 (1994), 303; Hamm NJW 1999, 922; Jaworski Kriminalistik 1990, 123; Klimke NStZ 1981, 433; Peters ZStW 87 (1975), 663; Prittwitz MDR 1982, 886; Rieß JA 1980, 293; derselbe GA 1984, 140; Rill/ Vossel NStZ 1998, 481; Schneider (1991); Scherer StraFo 1998, 16; Schönemann Kriminalistik 1990, 131; Schwabe NJW 1979, 576; derselbe NJW 1982, 367; Steinke MDR 1987, 535; Undeutsch ZStW 87 (1975), 650; derselbe Kriminalistik 1977, 193; derselbe MschrKrim 1979, 228; derselbe FamRZ 1996, 329; Volckart R & P 1998, 138; Würtenberger JZ 1951, 772

⁴⁰⁷BGH, Urteil vom 16. Februar 1954 - 1 StR 578/53 - BGHSt 5, 332ff = NJW 1954, 649

⁴⁰⁸BGH, aaO S. 335

⁴⁰⁹LG Hannover, Beschluß vom 19. Januar 1977 - 31 Qs 154/76 - NJW 1977, 1110 anlässlich einer Entscheidung zur Zulässigkeit der Phallometrie-Methode; OLG Frankfurt/ Main, Beschluß vom 15. April 1988 - 1 Ws 36-38/88 - NStZ 1988, 425

⁴¹⁰BVerfG (Vorprüfungsausschuß), Beschluß vom 18. August 1981 - 2 BvR 166/81 - NJW 1982, 375 = NStZ 1981, 446

freiheit. Der Test müsse sich ihm als günstige Gelegenheit darstellen, die er nicht ausschlagen dürfe.

Derartige Probleme sah ein Familiensenat des OLG Bamberg⁴¹¹ in einem Umgangsrechtsverfahren nicht. Ohne nähere Begründung wurde die Einführung eines privat durchgeführten Tests (zum Zwecke der Entkräftung eines Mißbrauchsverdachts) für zulässig erachtet.

Diese Entscheidung blieb vereinzelt. Andere Gerichte blieben bei der Ablehnung des Lügendetektors. Das LG Wuppertal⁴¹² etwa sah ebenfalls in der Zulassung des Geräts eine Verletzung der Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, die durch § 136a StPO geschützt werde. Aus diesem Grunde sei auch eine erteilte Einwilligung unbeachtlich, § 136a III StPO. Darüber hinaus werde der Beschuldigte in seinem Persönlichkeitsrecht und in seiner Menschenwürde berührt, da er die gemessenen Reaktionen nicht beeinflussen könne, mithin eine willkürliche Kontrolle über eine Informationsfreigabe nicht mehr existiere. Auch das LAG Rheinland-Pfalz⁴¹³ hält jedenfalls im Bereich des zivilprozessualen Strengbeweises den Lügendetektor nicht für ein zulässiges Beweismittel.

Allein im Jahre 1998 wurden fünf Entscheidungen zur Problematik des Lügendetektors veröffentlicht; interessant sind sie weniger wegen des einhelligen Ergebnisses als wegen der unterschiedlichen Begründung.

Das BVerfG⁴¹⁴ hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Einzelnen auf Zulassung des Polygraphen-Tests zum Nachweis seiner Unschuld existiert. Das Gericht wies zunächst darauf hin, daß die Auffassung, nach der der Lügendetektor verfassungsrechtlich unzulässig sei, den Schutz der Menschenwürde und des Persönlichkeitsrechts bezwecke. Jedenfalls ergebe sich ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Zulassung des Tests weder aus Art. 2 I iVm 1 I GG noch aus Art. 103 GG noch aus dem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren.

Auch das OLG Karlsruhe⁴¹⁵ lehnte die Beweiserhebung mittels des Lügendetektors ab, da hierin ein Verstoß gegen den entsprechend anzuwendenden § 136a StPO liege; das Einverständnis des Beschuldigten vermöge hieran nichts zu ändern. In gleicher

⁴¹¹OLG Bamberg, Beschluß vom 14. März 1995 - 7 WF 122/94 - NJW 1995, 1684

⁴¹²LG Wuppertal, Beschluß vom 04. Oktober 1996 - 25 Kls 17/96 XV - NSTZ-RR 1997, 75

⁴¹³LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 18. November 1997 - 4 Sa 639/97 - NZA 1998, 670

⁴¹⁴BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluß vom 07. April 1998 - 2 BvR 1827/97 - NJW 1998, 1938f = NSTZ 1998, 523; offen gelassen bereits in der Entscheidung vom 15. Oktober 1997 - 2 BvR 1211/97 - StraFo 1998, 16

⁴¹⁵OLG Karlsruhe, Urteil vom 16. Juli 1998 - 1 Ss 247/97 - StV 1998, 530

Weise judizierte das LG Düsseldorf⁴¹⁶, beschränkte seine Ausführungen jedoch auf die sogenannte Kontrollfragenmethode, bei der der Beschuldigte gezielt über die Fähigkeiten des Geräts und die Relevanz der Fragen getäuscht wird; nach Auffassung des Landgerichts liegt darin eine gemäß § 136a StPO unzulässige Täuschung.

Der dritte Senat ließ in seinem Beschluß vom 14. Oktober 1998⁴¹⁷ die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Lügendetektors ausdrücklich offen. Jedenfalls gebiete es die Amtsaufklärungspflicht nicht, die Ergebnisse eines privat und ohne Wissen des Gerichts durchgeführten Tests zu berücksichtigen. Verlässliche Ergebnisse seien hierdurch nicht zu erwarten, da der Angeklagte es in der Hand habe, ungünstige Resultate dem Gericht zu verschweigen. Hinzu komme, daß er dies bereits bei Durchführung des Tests wisse.

Anders der erste Senat. In seinen Urteilen vom 17. Dezember 1998⁴¹⁸ wird der Lügendetektorentest allein deshalb verworfen, weil er aufgrund seiner wissenschaftlichen Fragwürdigkeit keinerlei Beweiswert habe und demzufolge als ungeeignetes Beweismittel anzusehen sei. Im übrigen distanziert sich der Senat ausdrücklich von seiner Entscheidung vom 16. Februar 1954; hieran werde nicht mehr festgehalten. Ein Verstoß gegen die Menschenwürde könne in der Durchführung des Tests nicht gesehen werden. Art. 1 I GG solle nicht der Einschränkung, sondern dem Schutz der Würde des Menschen dienen; hierzu gehöre auch die Freiheit, über sich selbst zu verfügen. Die Versagung einer potentiell entlastenden Beweisführung mittels des Lügendetektors bedeute einen dem Willen und den Interessen des Beschuldigten zuwiderlaufenden „Schutz“, der nicht gerechtfertigt sei⁴¹⁹. Schließlich sei auch ein - faktischer - unzulässiger Zwang nicht zu erkennen. Denn die Ablehnung des Tests durch den Beschuldigten dürfe vom Gericht nicht zu seinen Lasten verwertet werden.

Hier hat also eine Trendwende stattgefunden. Der erste Senat hat seine frühere Rechtsprechung aufgegeben und hegt nunmehr keine rechtlichen, sondern nur noch tatsächliche Bedenken gegen den Lügendetektor. Die anderen Senate des BGH haben sich bislang noch nicht ausdrücklich geäußert.

Es verbleibt mithin nur die Entscheidung des - Vorprüfungsausschusses des - BVerfG aus dem Jahre 1981, in der die Aussage-

⁴¹⁶LG Düsseldorf, Beschluß vom 09. Oktober 1998 - IV-14/98 - StV 1998, 647f

⁴¹⁷BGH, Beschluß vom 14. Oktober 1998 - 3 StR 236/98 - StV 1999, 4 = NJW Heft 52/1998 S. XII

⁴¹⁸BGH, Urteile vom 17. Dezember 1998 - 1 StR 156/98 - NJW 1999, 657 = StV 1999, 74, und 1 StR 258/98 - NJW 3/99, S. XIV; zustimmend Hamm NJW 1999, 922, vorsichtig zustimmend auch Meyer-Mews NJW 2000, 916f

⁴¹⁹BGH StV 1999, 76

freiheit des Beschuldigten hervorgehoben wurde. Die vorsichtige Formulierung der Kammerentscheidung aus dem Jahre 1998 läßt jedoch offen, ob das BVerfG letztlich an dieser Rechtsprechung festhalten wird.

Dritter Teil: Die Rechtfertigung des Geständnisbonus

Der Geständnisbonus manipuliert den Beschuldigten, nötigt ihn, von seiner Aussagefreiheit nur in einer bestimmten Weise Gebrauch zu machen. Indes ist diese Tatsache als solche noch kein Grund, die Strafzumessungspraxis als rechtswidrig abzutun. Immerhin wird „seit unvordenklichen Zeiten“⁴²⁰ das Geständnis mit einer Strafmilderung honoriert. Also, so läßt sich denken, kann das so falsch nicht sein. Es müßten mithin Gründe zu finden sein, die so schwer wiegen, daß die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit als hinnehmbar erscheint.

Erster Abschnitt: Strafzumessungsinterne Gründe

Zunächst ist zu ermitteln, ob das Strafzumessungsrecht selbst eine Belohnung des geständigen Angeklagten wenn nicht gebietet, so doch zuläßt.

Gemäß § 46 I 1 StGB ist die Schuld des Täters die Grundlage der zu verhängenden Strafe. Ein Geständnis könnte dazu führen, diese Schuld als geringer anzusehen.

I. Die Tragfähigkeit der doppelspurigen Indizkonstruktion

Hierzu bietet sich die doppelspurige Indizkonstruktion an, die immerhin von der Rechtsprechung ins Feld geführt wird. Es ist daher zu fragen, ob dieses Konstrukt eine tragfähige Begründung für die Besserstellung des geständigen Angeklagten bieten kann. Mit anderen Worten: kann ernsthaft angenommen werden, daß das Geständnis Schuldeinsicht und Reue indiziert, diese wiederum eine geringere Tatschuld indizieren?

1. Der tiefenpsychologische Ansatz

Eingangs des Jahrhunderts entwickelte sich, basierend auf der psychoanalytischen Schule Sigmund Freuds, eine Verbrechenslehre, die versuchte, Normverletzung und Sanktion mit den Mitteln der Tiefenpsychologie zu erfassen.

*Reik*⁴²¹ und, ihm folgend, *Bohne*⁴²² gingen davon aus, daß Triebfeder eines Normverstosses der Ödipuskomplex sei. Das hieraus resultierende Schuldgefühl verursache ein unbewußtes Strafbedürfnis; der Täter werde zur Tat getrieben, weil er die nachfolgende Strafe ersehne⁴²³. Die Aussicht auf die spätere Strafe sei daher der eigentliche Grund für das verbotene Tun⁴²⁴. Der

⁴²⁰ so Seibert MDR 1952, 457, 458

⁴²¹ Reik (1925) S. 130ff

⁴²² Bohne ZStW 47 (1927), 439ff

⁴²³ Reik aaO S. 133; Bohne aaO S. 444, 455

⁴²⁴ Reik aaO S. 136

Täter stehe unter einem Geständniszwang: das Eingestehen der Tat diene bereits partiell der Befriedigung des inneren Strafbedürfnisses⁴²⁵. Indem er seine Tat eingestehe, verwandele er seine latente Angst in Lust an der Bestrafung⁴²⁶. Gleichzeitig befriedige er das Strafbedürfnis der Gesellschaft, die sich unbewußt mit dem Straftäter identifiziere: sie – die Gesellschaft – werde durch das Geständnis von einem eigenen unbewußten Schuldgefühl entlastet, welches durch eine mildere Strafe honoriert werde⁴²⁷.

Einzig ein übergroßes Strafbedürfnis könne dem Geständnis entgegenstehen. Wenn dem Täter der – dem Geständnis innewohnende – Strafcharakter nicht ausreiche, provoziere das Schuldgefühl gewissermaßen die Tatwiederholung durch freches Auftreten und trotziges Leugnen; gerade hierin zeige sich das Strafbedürfnis⁴²⁸.

2. Das Geständnis als Indiz für innere Umkehr

In Abgrenzung hiervon sieht *Wulffen*⁴²⁹ als maßgebliches Geständnismotiv die im Inneren aufbegehrenden sittlichen Kräfte, die den Täter dazu bewegen, sein Innerstes zu entlasten und einen ersten Schritt zur Sühne zu tun. Es handele sich um eine „Flucht in das Geständnis“ vor dem eigenen grübelnden Geist, der vor der Tat selbst erschrecke. Das Geständnis habe – gleich einer Beichte – eine erlösende Kraft, die es der erschöpften Seele erlaube, sich zu erholen.

Die Tatsache, daß der Täter die ihm vorgeworfene Tat eingestehe, zeige bereits eine reumütige Seele und eine ethische Besserung⁴³⁰. Es sei daher durchaus unbedenklich, einem reumütigen Geständnis strafmildernde Wirkung beizulegen⁴³¹. Selbst ein absprachegemäßes – und damit taktisch motiviertes – Geständnis erfordere eine nicht unerhebliche Überwindung und könne also eine innere Umkehr bewirken. Da sich dies jedenfalls nicht ausschließen lasse, müsse auch das ausgehandelte Geständnis strafmildernd wirken⁴³². Schon die Tatsache des Geständnisses als solchem wirke dabei indiziell⁴³³.

In die gleiche Richtung, letztlich nur mit umgekehrten Vorzeichen, argumentieren andere Autoren, die aus dem Schweigen des Angeklagten ungünstige Schlüsse ziehen wollen. Wenn auch der

⁴²⁵ Reik aaO S. 107; Bohne aaO S. 440, 442

⁴²⁶ Bohne aaO S. 442

⁴²⁷ Reik aaO S. 119, 133f

⁴²⁸ Bohne aaO S. 444ff, 451

⁴²⁹ Wulffen (1926) S. 274f

⁴³⁰ Kohler GA 54 (1907), 16, 18; ähnlich Hülle DRiZ 1951, 4, 37

⁴³¹ Siolek DRiZ 1989, 321, 326

⁴³² Rex DRiZ 1991, 31; Kintzi JR 1998, 249f; Schlüchter FS Spindel (1992), 737, 749: so auch Cramer FS Rebmann (1989), S. 145, 148

⁴³³ Schluchter aaO

nemo-tenetur-Satz besage, daß sich infolge des Schweigens die prozessuale Lage nicht verschlechtern dürfe, sei das Gericht in seiner Würdigung desselben nicht gehindert. Nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen des Angeklagten seien daher im Rahmen der freien Beweiswürdigung durchaus zulässig⁴³⁴; letzthin sei es psychologisch gar nicht möglich, das Schweigen als offen zutage tretenden Faktor aus der Meinungsbildung zu eliminieren⁴³⁵.

Eher pragmatisch schließlich argumentiert *Seibert*⁴³⁶: seit jeher werde für ein Geständnis eine Strafmilderung in Aussicht gestellt. Eine Rechtsprechung, die dies nur für den Fall der Reumütigkeit gutheißen wolle, stelle sich auf einen zu akademischen Standpunkt.

3. Die Entbehrlichkeit der Indizkonstruktion

Die seitens der Rechtsprechung angenommene Indizwirkung wird von Teilen der Literatur für überflüssig gehalten.

Leugnen und Gestehen ließen die Schuld unberührt; zum Zeitpunkt dieses Prozeßverhaltens sei „die Schuld längst in einen unwandelbaren Aggregatzustand übergegangen“⁴³⁷. Überhaupt sei der Rückgriff auf eine fragwürdige Indizkonstruktion überflüssig; hierin sind sich die Autoren einig, allein die Begründung differiert. Während *Spendel*⁴³⁸ diverse Strafzumessungsgründe unterscheidet und im Prozeßverhalten einen besonderen, eigenständigen Strafmaßfaktor sieht, will *Stratenwerth*⁴³⁹ die Tat-schuld ohne Berücksichtigung taterspezifischer Besonderheiten ermitteln. Das Verhalten des Täters nach der Tat müsse nicht mehr auf die persönliche Schuld zum Zeitpunkt der Tat zurückprojiziert werden, sondern sei allein relevant auf der Ebene der spezialpräventiven Strafzumessungserwägungen⁴⁴⁰.

Ähnlich argumentiert *Frisch*⁴⁴¹: durch das Nachtatverhalten werde nicht die Tat - und der darin liegende Schuldgehalt - verändert, sondern lediglich der Strafzumessungssachverhalt. Nur unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention lasse sich das Nachtatverhalten konstruktiv widerspruchsfrei in die Strafzumessung einordnen; es bedürfe dann keiner Indizkonstruktion.

⁴³⁴ Unger JW 1930, 713; Stümpfler DAR 1973, 1, 6

⁴³⁵ Stümpfler aaO

⁴³⁶ Seibert MDR 1952, 457f

⁴³⁷ Mayer ZStW 27 (1907), 921f

⁴³⁸ Spendel NJW 1964, 1758, 1762f

⁴³⁹ Stratenwerth (1972) S. 25

⁴⁴⁰ Stratenwerth aaO S. 32

⁴⁴¹ Frisch ZStW 99 (1987), 751, 778

4. Die Untauglichkeit der Indizkonstruktion

Andere Teile der Literatur halten die Indizkonstruktion schlicht für untauglich.

Es sei realitätsfremd zu glauben, daß Geständnisse grundsätzlich von Reue getragen seien⁴⁴². Ein Geständnis, das abgelegt werde, nachdem das Gericht auf dessen strafmildernde Wirkung hingewiesen habe, könne nicht reumütig sein, sondern sei berechnend und kalkuliert⁴⁴³. Reue und Schuldeinsicht seien, so *Schünemann*⁴⁴⁴ in seinem Gutachten für den 58. Deutschen Juristentag 1990, bei einem ausgehandelten Geständnis nachgerade kontraindiziert.

Der Zweifelsgrundsatz könne ebenfalls nicht angewendet werden. Es handele sich hierbei um eine auf den verbleibenden Restzweifel zugeschnittene Ausnahmeregel, die erst nach Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel zum Tragen kommen könne⁴⁴⁵, dies sei jedenfalls bei abgesprochenen Geständnissen nicht der Fall. Die Indizkonstruktion werde so unterlaufen; die Ausnahmeregelung werde als Standardfall institutionalisiert.

5. Die Fragwürdigkeit der Indizkonstruktion

Die weitaus herrschende Meinung erkennt die innere Schlüssigkeit der Indizkonstruktion durchaus an⁴⁴⁶; allein die Aussagekraft des vermeintlichen Indizes wird in Zweifel gezogen.

Der Richter sehe den Angeklagten erstmals am Tage der Hauptverhandlung. In der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit sei es ihm aber schlechterdings nicht möglich, sich ein Bild von dessen Persönlichkeit zu machen⁴⁴⁷. Ein Rückschluß aus dem Prozeßverhalten auf die Motivation desselben komme einer Gleichung mit lauter Unbekannten nahe⁴⁴⁸. Leugne der Täter die Tat, so könne dies auf Uneinsichtigkeit, ebenso gut aber darauf beruhen, daß er Schande und Verachtung vermeiden, Achtung und Wertschätzung anderer erhalten will⁴⁴⁹, möglicherweise auch sein Privatestes nicht darlegen will: „mancher aber wird es trotzig ablehnen, in seinem Richter den Beichtvater zu sehen,

⁴⁴² Braun (1998) S. 72

⁴⁴³ Grünwald NJW 1960, 1941f; ebenso Moos (1983) S. 72, Rönnau wistra 1998, 49, 53 und Kruse, StraFo 2000, 146, 147

⁴⁴⁴ Schünemann, Gutachten (1990) B 111

⁴⁴⁵ Rönnau (1990) S. 99f; derselbe wistra 1998, 49, 53

⁴⁴⁶ vgl etwa Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 560

⁴⁴⁷ Brandt JW 1925, 2719f; Ackermann DRiZ 1958, 330; derselbe MschrKrim 40 (1957), 129, 135; Schmidt-Hieber DRiZ 1990, 321

⁴⁴⁸ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 580

⁴⁴⁹ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 569f; ebenso Hauck ZStW 27 (1907), 926, 928; Kallmann GA 54 (1907) 230f; Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 662; Wessels JuS 1966, 169, 174

dem er den Einblick in sein Innerstes eröffnen müßte⁴⁵⁰. Ein pathetisches Geständnis andererseits könne auf Reue, aber auch darauf beruhen, daß der Täter schlicht Sympathiegefühle erwecken wolle⁴⁵¹. Aus der Komplexität des Prozeßverhaltens könne daher kein sicherer Schluß auf die Motive gezogen werden⁴⁵².

Angeichts der besonderen psychologischen Situation bestehe nicht einmal eine Vermutung dafür, daß der Angeklagte so sei, wie er sich in der Hauptverhandlung gebe⁴⁵³. Im Gegenteil: die außergewöhnliche Atmosphäre im Gerichtssaal erzeuge einen Zustand „forensischer Befangenheit“⁴⁵⁴, der es ihm unmöglich mache, sich frei zu verhalten. Kein Sachverständiger würde es wagen, allein aufgrund der Situation der Hauptverhandlung eine Beurteilung der Beziehung Täterpersönlichkeit – Tat vorzunehmen; umso gefährlicher sei daher „laienhaftes Psychologisieren“ an der Richterbank, welches mit dem Etikett der Menschenkenntnis verbrämt werde⁴⁵⁵.

Ein Geständnis aus echter Reue sei in realiter höchst selten⁴⁵⁶; oftmals handele es sich nur um einen Verteidigungstrick. Der Angeklagte stelle sich vielmehr auf seinen Richter ein, aufgeklärt durch Mitgefangene, Verteidiger oder Bekannte. Er überlege, ob er besser leugnen oder gestehen, Mitleid erheischen oder zerknirscht tun solle und trage sozusagen seinen „charakterlichen Sonntagsanzug“⁴⁵⁷. Selbst der Verteidiger werde oftmals „mit Staunen Zeuge einer sehr geschickten Verwandlung und Maskierung“⁴⁵⁸. Es komme, wie Dürkop⁴⁵⁹ in einer Befragung jugendlicher Straftäter ermittelt hat, zu einer diffusen Selbstdarstellung, die gekennzeichnet sei durch eine Anpassung des Verhaltens an die (vermeintlichen) Erwartungen des Gerichts: Ziel sei es, möglichst nicht als abweichend zu erscheinen und keine Angriffsflächen zu bieten.

Andererseits spreche dies nicht entscheidend gegen die Indizkonstruktion. Zwar seien die Gerichte mit der Erforschung der Motive überfordert, da regelmäßig ganze Motivbündel vorlägen. Prozeßtaktische Motive ließen sich nie ganz ausschließen, seien aber auch unschädlich: denn es reiche aus, wenn das Geständnis auch durch Schuldeinsicht und Reue motiviert sei⁴⁶⁰.

⁴⁵⁰ Kallmann GA 54 (1907), 230, 232

⁴⁵¹ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 570; ebenso Hauck ZStW 27 (1907), 926, 928

⁴⁵² Hellwig, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 8 (1911-12), 616, 620; Wimmer NJW 1947/48, 176, 178; Heinitz ZStW 63 (1951), 57f; Dencker ZStW 102 (1990), 51, 56; im Ergebnis ebenso Castringius (1965) S. 70f; Stamp (1998) S. 120

⁴⁵³ Tröndle DRiZ 1970, 213, 215

⁴⁵⁴ Hellwig (1951) S. 44; Höra (1970) S. 106

⁴⁵⁵ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 595

⁴⁵⁶ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 679; derselbe (1927) S. 890; Tröndle DRiZ 1970, 213, 216; Hellwig (1951) S. 49; Höra (1970) S. 106

⁴⁵⁷ Ackermann MschKrim 40 (1957), 129, 135

⁴⁵⁸ Ackermann DRiZ 1958, 330f

⁴⁵⁹ Dürkop (1977) S. 137f

⁴⁶⁰ Beulke/ Satzger JuS 1997, 1072, 1078

Im Zweifel müsse zugunsten des Angeklagten eine solche gemischte Motivation angenommen werden.

Diese Argumentation ist nicht zu widerlegen. Die Indizkonstruktion ist in ihrer Grundannahme sicherlich naiv, wenn sie Glauben machen will, daß aus dem Geständnis auf Schuldeinsicht und Reue geschlossen werden kann. In der Tat ist die Situation in der Hauptverhandlung viel zu künstlich und oberflächlich, als daß dies ernsthaft angenommen werden könnte. Auf der anderen Seite - und das ist ihre Stärke - beschränkt sich die Indizkonstruktion darauf, Indizien zugunsten des Täters zu verwerten. Da der Zweifelsgrundsatz auch im Bereich der Strafzumessung gilt, genügt bereits ein leiser Hinweis, um - nach Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten - eine für den Täter positive Annahme zu begründen. Die Motive für ein Geständnis sind, da sich dies ausschließlich im subjektiven Bereich des Angeklagten abspielt, dem Gericht letztlich nicht zugänglich; daher ist sogar die gängige Praxis⁴⁶¹, die Gründe für das Eingestehen des Vorwurfs nicht zu hinterfragen, kaum angreifbar. Die Kritik Rönnaus⁴⁶² kann so im Ergebnis nicht verfangen: eine vom Angeklagten ggf ausdrücklich behauptete Reue als Motiv für das Eingestehen der Tat muß - da nicht widerlegbar - als existent unterstellt werden.

Es kann daher gerade nicht apodiktisch behauptet werden, ein abgesprochenes Geständnis könne nur auf Taktik und Berechnung beruhen: in dieser Ausschließlichkeit ist das schlichte Vermutung, die nicht zu Lasten des Angeklagten gehen kann.

Nicht einmal der tiefenpsychologische Ansatz vermag die Indizkonstruktion zu erschüttern. Denn das Streben des Über-Ichs - um in der Terminologie Freuds zu bleiben - nach Bestrafung beruht schlußendlich auf dem Wissen, durch die Tat Unrecht verübt zu haben. Damit liegt - wenn nicht Reue, so doch sicherlich - Schuldeinsicht auf der Hand.

Fragwürdig erscheint jedoch die weitere Annahme, daß hieraus auf eine geringere Schuld geschlossen werden könne. Schon im Jahre 1907 hat Mayer⁴⁶³ herausgestellt, daß das spätere (Prozeß-)verhalten die durch die Tat verwirkte Schuld nicht mehr beeinflussen kann; diese ist in einen festen Aggregatzustand übergegangen. Das gilt indes nur, wenn man auch im Rahmen der Strafzumessung einen engen Tatschuldbegriff zugrundelegt. Versteht man hingegen den Begriff der Strafzumessungsschuld weiter und schließt auch präventive Gesichtspunkte ein, dann ist die Annahme einer geringeren Schuld folgerichtig. Es bedarf keiner verstärkten Einwirkung auf den reuigen Täter, um ihn zu

⁴⁶¹ so Hanack StV 1987, 500, 503

⁴⁶² Rönnaus (1990) S. 99f; derselbe wistra 1998, 49, 53

⁴⁶³ ZStW 27 (1907), 921f

künftigem normgetreuen Verhalten zu bewegen. Für ein derartiges Verständnis der Strafzumessungsschuld spricht auch § 46 I 2 StGB, der ausdrücklich die prognostizierten spezialpräventiven Wirkungen der Strafe als Zumessungstatsache benennt.

Im Ergebnis zeigt sich daher, daß die doppelspurige Indizkonstruktion

- zwar schlüssig,
- indes wenig lebensnah, vielmehr ausgeprägt konstruiert,
- letztlich aber auch nicht widerlegbar ist.

Zugunsten des Angeklagten muß im Zweifel davon ausgegangen werden, daß sein Geständnis jedenfalls auch auf Schuldeinsicht und Reue beruht, dies wiederum ein nicht zu widerlegendes Indiz für eine geringere Schuld ist.

II. Das Geständnis als Anerkennung der Rechtsordnung

Das Einräumen der Tat in öffentlicher Hauptverhandlung kann noch mehr bedeuten: die Unterwerfung unter die Geltung des Gesetzes, das Anerkenntnis der Verbindlichkeit des Normbefehls.

Die psychoanalytische Theorie bietet hierfür - und für die darob gemilderte Strafe - eine schlüssige Erklärung.

Jeder Mensch komme als kriminelles, das heißt sozial nicht angepasstes Wesen auf die Welt. Die Beherrschung und Domestizierung seiner asozialen Tendenzen erfolge erst im Laufe der Erziehung; Kriminalität sei daher kein Geburts-, sondern ein Erziehungsfehler⁴⁶⁴. Triebfeder der Bildung des Über-Ichs seien Angst vor Strafe und Liebesverlust einerseits, Hoffnung auf Geliebtwerden andererseits. Beim Rechtsbruch nun verliere das Über-Ich seine hemmende Macht über das Ich, welches nun ungestört den Trieben des Es nachgeben könne⁴⁶⁵. Von einer Willensfreiheit im eigentlichen Sinne könne daher nicht gesprochen werden.

Gleichwohl sei das moralische Prinzip der Verantwortlichkeit für die Gesellschaft unentbehrlich, denn nur so könne dem affektiven Moment, welches nach Sühne und Vergeltung verlange, entsprochen werden. Das Verlangen nach Sühne liege darin begründet, daß der eigene Triebverzicht an Sinnhaftigkeit verliere, wenn ein anderer seine Triebe ausleben könne, ohne eine Strafe zu erleiden⁴⁶⁶. Der trotzige und verstockte Täter sei ein ständiger Verführer der eigenen, verdrängten Triebansprüche; lebender Beweis dafür, daß eine solche Auflehnung über-

⁴⁶⁴ Alexander/ Staub (1928) S. 232f

⁴⁶⁵ Alexander/ Staub (1928) S. 239ff

⁴⁶⁶ Alexander/ Staub (1928) S. 387; ebenso Haffke (1976) S. 164

haupt möglich sei. Er müsse besonders hart bestraft werden, um die eigenen Verdrängungen zu stützen. Mit der Bestrafung des Täters werde auch das eigene Strafbedürfnis der Gesellschaft befriedigt, welche sich unbewußt mit dem Verbrecher identifiziere; auf diese Weise habe die Bestrafung kathartische Wirkung⁴⁶⁷.

Der geständige Täter hingegen sei ein starker Helfer des Über-Ichs; er habe daher Anspruch auf Milde. Das Geständnis als Akt der Unterwerfung unter die gesellschaftliche Ordnung⁴⁶⁸ zeige den Willen des Täters, sich wieder in die Gesellschaft einreihen zu wollen⁴⁶⁹; hierin liege die eigentliche Sühneleistung. Weiter: das Bekenntnis zur Tat müsse als Bitte um Verzeihung und Liebeswerben an die Gesellschaft verstanden werden⁴⁷⁰.

Es erscheint fraglich, ob der psychoanalytische Ansatz in der radikalen Form, in der *Alexander* und *Staub* dies 1928 getan haben heute noch vertreten wird. Jedenfalls ist der Gedanke, die Geste der Unterwerfung mit Milde zu honorieren, auch heute nicht fremd. *Cramer*⁴⁷¹ etwa spricht von einer Aufrechterhaltung des Gemeinschaftsfriedens, *Jerouschek*⁴⁷² sieht im Geständnis ein Moment, welches dem „durch den Normbruch ausgelösten Delegitimierungseffekt“ entgegenwirkt.

*Frisch*⁴⁷³ wiederum spricht von einer Behebung des Geltungsschadens der Norm, der verursacht worden sei durch den Rechtsbruch und die darin liegende Störung des Rechtsfriedens. Dieser Geltungsschaden werde durch ein Geständnis reduziert, weil die jetzt vorhandene Schuldeinsicht und Reue dokumentiere, daß der Täter die Verantwortung für seine Tat übernehme. Das wiederum setze gedanklich die Anerkennung der Norm voraus. Nicht zuletzt der BGH stellt in seinem Grundsatzurteil vom 28. August 1997⁴⁷⁴ darauf ab, daß der Angeklagte, der sich zu seiner Tat bekenne, hierdurch das Prozeßziel des Rechtsfriedens fördere.

Ob Delegitimierung, Geltungsschaden, Gemeinschafts- oder Rechtsfrieden: gemeinsam ist allen Ansichten, daß allein das Faktum des Geständnisses im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung finden müsse. Es erscheint aber durchaus fraglich, ob - wie *Frisch* meint - aus dem Geständnis darauf geschlossen

⁴⁶⁷ Reik (1925) S. 134; Haffke (1976) S. 165; Alexander/ Staub (1928) S. 228 gehen so weit, Chirurgen und Staatsanwälten eine domestizierte sadistische Komponente zuzusprechen

⁴⁶⁸ Wimmer ZStW 50 (1930) 538, 542

⁴⁶⁹ Reik (1925) S. 119; Wulffen (1926) S. 278; so auch Streng ZStW 92 (1980), 637, 652

⁴⁷⁰ Bohne ZStW 47 (1927), 439, 443

⁴⁷¹ Cramer FS Rebmann (1989) S. 145, 148

⁴⁷² Jerouschek ZStW 102 (1990), 793, 817

⁴⁷³ Frisch ZStW 99 (1987), 751, 781

⁴⁷⁴ BGH, Urteil vom 28. August 1997 - 4 StR 240/97 - BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31 = StV 1997, 583

werden kann, daß der Angeklagte die Verantwortung für die Tat übernehme und die Norm anerkenne. Diese Sichtweise erscheint denn doch etwas zu idealistisch, schließt sie doch die Gruppe der Überzeugungstäter aus und verkennt überdies die oft eher profanen Gründe, die Angeklagte zu einem Geständnis bewegen. Auch der hehre Glaube *Wulffens*⁴⁷⁵, daß der „deutsche Charakter“ Rede und Antwort stehe, wenn ihm eine Beschuldigung ins Gesicht gesagt werde, kann wohl niemand mehr überzeugen.

Eine Einschränkung scheint daher geboten. Unter dem Gesichtspunkt der negativen Spezialprävention bedarf es nur mehr einer geringeren Einwirkung auf den Täter, wenn er – durch das Geständnis – die Geltung der Norm anerkennt und hieraus geschlossen werden kann, daß er künftig keine Rechtsbrüche mehr begehen wird. Nun ist diese Annahme durchaus fragwürdig, wie bereits dargelegt. Das Geständnis als solches ist neutral und beinhaltet keine Anerkennung der Rechtsordnung; das Beispiel des Überzeugungstäters mag dies verdeutlichen. Er brüstet sich unter Umständen mit der Tat und erklärt offen seine Mißachtung der Rechtsordnung. Eine Anerkennung der Normgeltung kann dem Geständnis daher nur dann entnommen werden, wenn gleichzeitig angenommen wird, daß der Beschuldigte damit Reue und das Versprechen künftigen normgetreuen Verhaltens zum Ausdruck bringen will.

Es bleibt der Aspekt der positiven wie negativen Generalprävention: in der Unterwerfung liegt das Anerkenntnis der Überlegenheit, zumindest der Verbindlichkeit der Rechtsordnung und damit der gesellschaftlichen Ordnung. Indem der Täter diese nicht mehr in Frage stellt, bedarf es auch keiner harschen Sanktion mehr, um das Vertrauen der Bevölkerung in die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung zu stärken. Gleichzeitig werden potenzielle Rechtsbrecher abgeschreckt.

Unter Hinweis auf die sozialpsychologischen Realitäten kritisiert *Haffke*⁴⁷⁶ den generalpräventiven Ansatz, sieht darin aber gleichwohl einen verhaltensregulierenden Faktor, auf den zur Zeit nicht verzichtet werden könne. Insbesondere Delikte aus dem Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität sowie der Ordnungswidrigkeiten müßten aus generalpräventiven Gründen geahndet werden, da die hierzu gehörenden Ge- und Verbote noch nicht hinreichend internalisiert seien⁴⁷⁷. Zwar sei die generalpräventive Lehre weit davon entfernt, stets sicheres und wirksames Mittel zur Verbrechensverhütung zu sein; auf der anderen Seite aber könne durchaus davon ausgegangen werden, daß sich der Durchschnittsmensch in normalen Situationen durch Strafdrohungen beeinflussen lasse⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ Wulffen (1926) S. 272

⁴⁷⁶ Haffke (1976) S. 168

⁴⁷⁷ Haffke aaO S. 170

⁴⁷⁸ Haffke (1976) S. 80

*Frisch*⁴⁷⁹ hingegen hält die Annahme eines Abschreckungseffekts für blanke Fiktion und wirft dem BGH vor, seine Äußerungen zum Schuldausgleich bewegten sich im Bereich der Glaubensbekenntnisse.

Angesichts der Tatsache, daß die Gerichtsverhandlungen in Strafsachen faktisch in Abwesenheit der Öffentlichkeit stattfinden - sieht man einmal von den wenigen Sensationsprozessen und den unvermeidlichen „Berufszuschauern“ ab -, kann von einer Hebung der gesellschaftlichen Moral durch standhafte Strafurteile gegen stockende Straftäter nicht ernsthaft gesprochen werden. Zu Beginn des Jahrhunderts mag das Interesse an Criminalfällen noch anders gewesen sein; Veröffentlichungen wie *Sellos* „Die Irrtümer der Strafjustiz und ihre Ursachen“ von 1911 oder die gesammelten Reportagen des Berliner Gerichtsreporters *Sling* „Richter und Gerichtete“ von 1929 sind für die heutige Zeit nicht mehr zu finden. Lediglich die Lokalpresse berichtet noch über Verhandlungen im örtlichen Amtsgericht; ein Stadtgespräch ergibt sich daraus aber längst nicht mehr.

Auf der anderen Seite kann den erwähnten Präventionsgedanken nicht pauschal jede Effektivität abgesprochen werden. Gerade weil die Wirkung von Strafurteilen - auf den Täter und auf die Gesellschaft - nur unzulänglich erfaßt werden kann, ist auch spezial- und generalpräventiven Überlegungen zuzugestehen, daß sie unter Umständen zutreffen. Für die vorliegende Frage bedeutet das, daß ein Geständnis - verstanden als Unterwerfung unter die Rechtsordnung - als Strafmilderungsfaktor keine sachfremde Erwägung darstellt.

Zweiter Abschnitt: Strafzumessungsexterne Gründe

Neben den Strafzumessungstatsachen, die sich aus § 46 StGB selbst ergeben, sind weitere Gründe denkbar, die einen Geständnisbonus rechtfertigen könnten. Es handelt sich dabei namentlich um übergeordnete Gesichtspunkte der Effektivität und der Ökonomie der Strafrechtspflege.

I. Die Effektivität der Strafrechtspflege

Ausgangspunkt der Untersuchung soll eine Kontrollüberlegung sein: wenn es nicht so wäre, wenn also der geständige Angeklagte nicht privilegiert würde, dann gäbe es auch keinen Anreiz mehr, ein Geständnis abzulegen - mit möglicherweise fatalen Folgen für die Effektivität der Strafrechtspflege.

⁴⁷⁹ Frisch ZStW 99 (1987), 349, 365ff

Eine solche Argumentation kann nicht allein deswegen, weil sie ergebnisorientiert ist, von der Hand gewiesen werden. Eine Rechtsordnung, in der eine große Zahl schuldiger Täter straflos ausginge, wäre sicherlich einigen Anfechtungen ausgesetzt.

Die Rechtsprechung hat daher stets Wert auf eine leistungsfähige Strafjustiz gelegt, die Leistungsfähigkeit dabei offensichtlich an der Verurteilungsquote gemessen. So hat das BverfG⁴⁸⁰ bereits 1977 ausgeführt, daß das Rechtsstaatprinzip als wesentlichen Bestandteil die Idee der Gerechtigkeit enthalte, diese wiederum ohne eine leistungsfähige Rechtspflege nicht verwirklicht werden könne. Anerkannt sei deshalb das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsfindung im Strafprozeß, das Bedürfnis nach einer wirksamen Strafverfolgung sowie die Aufklärung schwerer Straftaten als Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens.

Damit ist indes die Frage, ob die Leistungsfähigkeit der Justiz tatsächlich beeinträchtigt wäre, wenn ein Geständnis keinen Strafzumessungsvorteil mehr brächte, noch nicht beantwortet. Die Antwort ist auch keineswegs so selbstverständlich, wie sie auf den ersten Blick scheint. Es ist nicht damit getan, das eigene mutmaßliche Verhalten an die Stelle des Angeklagten zu setzen und dann festzustellen, daß kein Grund besteht, sich sehenden Auges der sicheren Strafe zu unterwerfen; dies wäre – wie *Wimmer*⁴⁸¹ zutreffend formuliert hat – „laienhaftes Psychologisieren“. Tatsächlich scheint die Geständnisbereitschaft robuster zu sein, als man gemeinhin denkt. Dies kann auf mehrere Gründe zurückgeführt werden.

1. Die Unfähigkeit zu Schweigen

Die Entscheidung des Angeklagten über sein Aussageverhalten kann nicht losgelöst betrachtet werden von der Besonderheit der prozessualen Situation, in der er sich befindet.

Boy und *Lautmann*⁴⁸² haben bereits 1979 aus soziologischer Sicht über die besonderen Schwierigkeiten berichtet, denen sich der Angeklagte in der extraordinären Situation der Hauptverhandlung ausgesetzt sieht. Das richterliche Auftreten sei autoritär geprägt; es überwiege Geringschätzung, achtungsloses, taktloses und unhöfliches Sprachverhalten. Die Kommunikation laufe asymmetrisch ab; der Richter bestimme apodiktisch den Ablauf der Verhandlung. Seine Überzeugungsbildung sei abhängig von der Kommunikationssituation, die sich einstelle: je aktiver der Angeklagte sei, desto geringer falle die Strafe aus.

⁴⁸⁰ BverfG, Beschluß des Zweiten Senats vom 24. Mai 1977 – 2 BvR 988/75 – BverfGE 44, 353; ebenso BverfG, Beschluß der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 18. September 1995 – 2 BvR 103/92 – NSTZ 1996, 45

⁴⁸¹ *Wimmer* ZStW 50 (1930), 538, 595

⁴⁸² *Boy/Lautmann* (1979) S. 49ff

Angehörige der Unterschicht seien tendenziell weniger in der Lage, sich an der Kommunikation zu beteiligen. Ihnen würden im Gegenzug leichter subjektive Tatmerkmale zugeschrieben.

Eine fehlende Kommunikations- und Handlungskompetenz beschreiben auch Müller⁴⁸³, Müller-Dietz⁴⁸⁴ und Roschmann⁴⁸⁵. Selbst Beschuldigte mit hohem intellektuellen Niveau seien in der konkreten Situation emotional überfordert und nicht in der Lage, eine sichere Entscheidung über ihr Kommunikationsverhalten zu treffen⁴⁸⁶. Die Ritualisierung des Verfahrens habe verfremdenden Charakter, der Hemmungen auslöse und so verhindere, daß sie sich unverfälscht und unmittelbar artikulieren. Dies gelte umso mehr für Beschuldigte, die in ihrem Verhaltensrepertoire und sozialen Durchsetzungsvermögen reduziert seien; sie könnten im Prozeß die Subjektrolle nicht einnehmen, die sie im „normalen Leben“ nie gelernt hätten⁴⁸⁷. Gleiches berichtet Leodolter⁴⁸⁸: Es komme entscheidend darauf an, die situativen Normen und die Erwartungen des Richters zu erkennen, um ein positives Image aufzubauen.

Hinzu kommt die Unsicherheit über die konkrete Strafzumessung, die angesichts bestehender Strafrahmen und der herrschenden Spielraumtheorie letztlich nicht präjudizierbar ist.

2. Die Unberechenbarkeit richterlichen Urteilens

„Erfahrungsgemäß verweigern Beschuldigte nur selten die Einlassung. Sie richten sich immer noch instinktiv nach der alten Schülerweisheit, daß selbst die dümmste Ausrede besser sei als gar keine“.

Diese Feststellung Ostermeyers⁴⁸⁹ wird heute wohl auch noch Gültigkeit beanspruchen können. Angesichts der bedrohlichen Ungewißheit, die aus der Verfahrenssituation erwächst, ist jeder Angeklagte einem erheblichen seelischen Druck ausgesetzt⁴⁹⁰.

Schon Franz von Liszt⁴⁹¹ hat bemängelt, daß Strafzumessung bei näherer Betrachtung ein „Taschenspielerkunststück“ sei. Für die Höhe der zuerkannten Strafe seien Zufall und Willkür maßgebend, Strafzumessung sei daher ein Griff ins Dunkle⁴⁹². Hier-

⁴⁸³ Egon Müller NJW 1981, 1801, 1804

⁴⁸⁴ Müller-Dietz ZStW 93 (1981), 1177, 1232

⁴⁸⁵ Roschmann (1983) S. 171

⁴⁸⁶ Roschmann aaO

⁴⁸⁷ Müller-Dietz ZStW 93 (1981), 1177, 1255

⁴⁸⁸ Leodolter (1975) S. 250

⁴⁸⁹ Ostermeyer NJW 1967, 915

⁴⁹⁰ Müller-Dietz ZStW 93 (1981), 1177, 1219

⁴⁹¹ von Liszt (1905) S. 332

⁴⁹² von Liszt (1905) S. 393

an scheint sich nicht viel geändert zu haben. *Heinitz*⁴⁹³ stellt fest, daß unbewußte und unausgesprochene Elemente bei der Strafzumessung eine bedeutsame Rolle spielen; diese hänge ab von dem – nicht ohne weiteres in Worte zu fassenden – Eindruck, den der Richter vom Angeklagten in der Hauptverhandlung bekomme. Eine sich bessernde Stimmungslage des Gerichts⁴⁹⁴ müsse in das Kalkül ebenso einbezogen werden wie die Frage, ob das Gericht für den Angeklagten persönliche Sympathie empfinde⁴⁹⁵. Die Strafzumessung hänge daher weitgehend von „Alltagstheorien und Persönlichkeitsvariablen des Richters“ ab⁴⁹⁶.

*Leodolter*⁴⁹⁷ hat, basierend auf einer von ihr durchgeführten Studie in Österreich, die folgenden richterlichen Alltagstheorien festgestellt:

„1.) Wer Vorstrafen hat, ist zu einem neuen Delikt eher fähig, als ein Angeklagter, der bisher unbescholten war.

2.) Wer alkoholisiert gefahren ist, ist auf jeden Fall schuldig.

3.) Wer gesteht, bereut gleichzeitig.

4.) Wer die technischen Details eines Autos kennt, ist ein guter Autofahrer.

5.) Wer einen „plausiblen“ Sachverhalt ohne Widersprüche darstellt, spricht „wahr“.

6.) Wer auf alles rasch antworten kann, verbirgt nichts.

7.) Polizei, Gendarmerie und Sachverständige in Zeugenrollen sprechen immer die Wahrheit.

8.) Wer ein fleissiger, arbeitsamer und im Beruf erfolgreicher Mensch ist, dem ist der Unfall nur „passiert“.

Manche Angeklagte verstünden nicht, daß der Richter „auf jeden Fall immer Polizisten und Gendarmeriebeamten im Zeugenstand rechtgibt“⁴⁹⁸; diese Angeklagten hätten die Machtverhältnisse und die Machtstruktur bei Gericht nicht begriffen.

Mit dieser Meinung steht *Leodolter* nicht allein da. Das Gericht, das den Eröffnungsbeschluß erlassen habe, habe eine

⁴⁹³ Heinitz ZStW 63 (1951), 57

⁴⁹⁴ Rückel NSTZ 1987, 297, 301

⁴⁹⁵ Hassemer/ Hippler StV 1986, 360f

⁴⁹⁶ Streng ZStW 92 (1980), 637, 665

⁴⁹⁷ Leodolter (1975) S. 236

⁴⁹⁸ Leodolter (1975) S. 248

vorgefaßte Meinung⁴⁹⁹; durch Aktenkenntnis, Eröffnungsbeschluß und inquisitorische Vernehmung in der Hauptverhandlung erlange der Richter faktisch eine Parteistellung gegenüber dem leugnenden Angeklagten⁵⁰⁰. Dies bestätigt *Schünemann*⁵⁰¹ als Ergebnis einer empirischen Untersuchung. Tendenziell halte der Richter an dem Tatbild fest, das er aus den Ermittlungsakten übernommen habe. Dazu dissonante Informationen unterschätze er nicht nur – wie es der Dissonanztheorie entspräche –, sondern nehme sie häufig nicht einmal wahr. Dies könne informationspsychologisch erklärt werden durch die bevorzugte Apperzeption und Speicherung redundanter, dh bereits bekannter Informationen. Weiter sei feststellbar eine Orientierung des Richters an der zuvor von der Staatsanwaltschaft abgegebenen Beurteilung; ein Phänomen, das man als „Schulterschlusseffekt“ bezeichnen könne. Insgesamt führe dies zu einer systematischen Verzerrung der Informationsverarbeitung in der Hauptverhandlung zu Lasten des Angeklagten⁵⁰².

Diese Zustandsbeschreibung kann nicht anders als verheerend bezeichnend werden. Es nimmt daher nicht wunder, wenn *Geerds*⁵⁰³ feststellt, daß es vernünftig sein dürfte, von der Schweigebefugnis keinen Gebrauch zu machen.

Befürchtungen, ein Wegfall des Geständnisbonus könne die Effektivität der Strafrechtspflege beeinträchtigen, scheinen demnach eher unbegründet zu sein. In der Rechtstatsächlichkeit wäre eher damit zu rechnen, daß die Angeklagten – nach wie vor – es tunlichst zu vermeiden suchen, das Gericht nicht durch eine langwierige Beweisaufnahme zu verärgern. Denn wer das Strafmaß definiert, der definiert auch die Aussagefreiheit; diese Definitionsmacht wiederum ist direkt proportional zur Strafgewalt.

Indes darf dies kein relevanter Gesichtspunkt im Rahmen einer Untersuchung sein, die sich mit der Frage befaßt, ob die Bevorzugung des geständigen Täters rechtlich zulässig ist. Sollte sich die Unzulässigkeit dieser Ungleichbehandlung herausstellen, so ist – für diese Untersuchung – davon auszugehen, daß sich die Gerichte an das geltende Recht halten und den Geständnisbonus nicht (mehr) zur Anwendung bringen. Unter diesem Vorzeichen ist sodann die Frage zu stellen, ob die Effektivität der Strafrechtspflege gefährdet erscheint.

⁴⁹⁹ Klug ZRP 1999, 288, 291

⁵⁰⁰ Salditt NSTZ 1999, 420, 422

⁵⁰¹ Schünemann (1995) S. 226

⁵⁰² Schünemann (1995) S. 229

⁵⁰³ Geerds FS Stock (1966) S. 193

3. Die bisherigen Erfahrungen

Die kriminalistische Erfahrung lehrt, daß die meisten Beschuldigten nicht schweigen, sondern versuchen, sich zu entlasten⁵⁰⁴; dies gilt umso mehr, je schwerer der Tatvorwurf ist⁵⁰⁵ und mag auf einen natürlichen Abwehrinstinkt des Menschen zurückzuführen sein, sich aktiv zu verteidigen⁵⁰⁶. Auf der anderen Seite berichtet *Wimmer*⁵⁰⁷ schon 1930 von Erfahrungen aus der Praxis, nach denen eine Aufforderung zum Geständnis unter Hinweis auf dessen Bedeutung für die Strafzumessung nur selten Erfolg zeige; in der Regel geschehe dies nur dann, wenn der Beschuldigte sowieso dahin tendiert habe, ein Geständnis abzugeben.

Es hat daher den Anschein, als ob die Geständnisbereitschaft relativ unabhängig ist von den jeweiligen Umständen der Vernehmung. Dieser Eindruck bestätigt sich, betrachtet man die Erfahrungen, die mit der Neufassung des § 136 StPO durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes (StPÄG) vom 19. Dezember 1964 gemacht werden konnten. Die konsequentere Behandlung der Schweigebefugnis durch eine - nunmehr - dezidierte Belehrung gefährdete in keiner Weise die Wahrheitsfindung; der Prozentsatz schweigender Angeklagter ist nach wie vor äußerst gering geblieben⁵⁰⁸. Gleiches gilt für die in den siebziger Jahren einsetzende Kehrtwende in der Rechtsprechung; auch das nunmehr anerkannte, aus einer fehlerhaften Belehrung resultierende Verwertungsverbot führte nicht zu einer Beeinträchtigung der Effektivität der Strafrechtspflege.

*Kleinknecht*⁵⁰⁹ weist auf die in England gemachten Erfahrungen hin, wo trotz ausführlicher Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht gemäß den judge-rules nur selten hiervon Gebrauch gemacht werde, und nennt auch gleich den Grund hierfür: „*Wer sich unschuldig fühlt, hofft den Verdacht bald entkräften zu können; wer sich schuldig fühlt, will sich möglichst wie ein Unschuldiger gerieren*“.

Zusammenfassend läßt sich daher festhalten, daß der Gesichtspunkt der Effektivität der Strafrechtspflege kein wirklich tragfähiges Argument für eine Strafmilderung beim geständigen Angeklagten darstellt. Dahingehende Befürchtungen haben derzeit keine sachliche Grundlage.

⁵⁰⁴ Eser ZStW 79 (1967), 565, 576f; Engelhard ZStW 58 (1939), 335, 343; Tröndle DRiZ 1970, 213, 216; Rüping JR 1974, 135, 137

⁵⁰⁵ Günther GA 1978, 193, 202

⁵⁰⁶ so Günther aaO; ebenso Engelhard ZStW 58 (1939), 335, 343

⁵⁰⁷ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 551

⁵⁰⁸ Höra (1970) S. 138

⁵⁰⁹ Kleinknecht JZ 1965, 153, 156

Andererseits: Wenn eine strafprozessuale Situation gegeben wäre, in der ein Angeklagter sicher sein könnte, daß sein Schweigen oder Leugnen in keiner Weise strafscharfend wirkt, dann kann in der Tat nicht ausgeschlossen werden, daß schuldige Täter in größerer Zahl als heute von dieser Befugnis Gebrauch machen, hierdurch nicht verurteilt werden können und so die Effektivität der Strafrechtspflege Schaden leidet – mag auch diese Wahrscheinlichkeit angesichts der vorstehenden Ausführungen nicht groß sein.

Damit ist die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Strafzumessungserwägung noch nicht beantwortet. Der Gesichtspunkt der Effektivität der Strafrechtspflege läßt sich schwerlich unter § 46 StGB subsumieren; ein Bezug zur Schuld des Täters ist nicht herstellbar. Auch ist keines der Regelbeispiele des Abs. 2 erfüllt; unter den verschuldeten Auswirkungen der Tat werden üblicherweise nur solche verstanden, die sich auf das geschützte Rechtsgut beziehen⁵¹⁰. De lege lata ist es daher nicht zulässig, Strafzumessung unter dem Blickwinkel der Effizienz zu betreiben.

Auf der anderen Seite ist zu bedenken, daß nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG die Effektivität der Strafrechtspflege ein Rechtsgut von Verfassungsrang ist⁵¹¹. Der Gesetzgeber wäre mithin frei, den Katalog des § 46 II StGB um den Gesichtspunkt der

„Auswirkungen auf die Effektivität der Strafrechtspflege“

zu erweitern. Einerlei, ob im Wege verfassungskonformer Auslegung des § 46 StGB oder nur de lege ferenda: Im Ergebnis wird man sagen müssen, daß es jedenfalls verfassungsrechtlich zulässig wäre, bei der Strafzumessung auch die Effektivität der Strafrechtspflege zu berücksichtigen.

II. Die Verfahrensökonomie

Ein Geständnis führt – das ist eine Binsenweisheit – zu einer erheblichen Abkürzung des Verfahrens. Eine, unter Umständen langwierige Beweisaufnahme – womöglich mit schwer erreichbaren Auslandszeugen – wird vermieden; der prozessuale Aufwand verringert sich beträchtlich. Es liegt daher nahe, dies dem Angeklagten, in dessen Hand die mögliche Abkürzung des Verfahrens gelegt ist, in Form eines Strafnachlasses zu entgelten.

Die Diskussion um das „do ut des“ zwischen Gericht und Angeklagtem hat sich vornehmlich am Modell der strafprozessualen

⁵¹⁰ vgl. Sch-Sch-Stree § 46 Rn. 18 mwN

⁵¹¹ vgl. die Darstellung auf Seite 24

Absprache entzündet, seit der Strafverteidiger *Hans-Joachim Weider* im Jahre 1982 unter dem Pseudonym Detlef Deal aus Mausechelhausen⁵¹² erstmals das gegenseitige Aushandeln der Strafe thematisierte. Er bezeichnete dies als „Schmierentheater“; das schlechte Gewissen aller Beteiligten zeigte sich darin, daß bis dato nur heimlich darüber gesprochen wurde und auch *Weider* sich genötigt sah, ein Pseudonym zu verwenden.

Tatsächlich ist die Praxis der Absprachen wahrscheinlich so alt, wie es Strafverfahren gibt⁵¹³. *Liepmann*⁵¹⁴ zitiert aus einem Urteil aus dem 18. Jahrhundert, in welchem als Strafmilderungsgrund angeführt wird, daß der Angeklagte „...mit einem böshaften Leugnen der Obrigkeit keine vergebliche Arbeit und Kosten verursacht hat“.

So ist es. Denn im Kern geht es stets um die gleiche Frage: wie honoriert das Gericht den Verzicht des Angeklagten auf die Durchführung einer streitigen Verhandlung? Es macht dann aber keinen Unterschied, ob ein derartiger Handel ausdrücklich angeboten oder nur konkludent in den Raum gestellt wird; ebenso irrelevant ist, wer zuerst die Möglichkeit einer Abkürzung des Verfahrens „andenkt“. Sobald und solange in der Strafzumessungspraxis eines Gerichts ein Geständnis strafmildernd berücksichtigt wird, solange steht auch ein Angeklagter vor der Wahl, sein Schweigerecht gegen eine mildere Strafe einzutauschen – einer verbalen Aufforderung des Gerichts bedarf es dann durchaus nicht.

Der Unterschied zwischen – verpönte – Absprache und – akzeptiertem – Geständnisbonus besteht daher allein in der Verbalisierung des Rabatts. Hierauf allerdings kann verzichtet werden, und deshalb ist die „Absprache“ auch unausrottbar: BVerfG und BGH mögen die Absprache verbieten (was sie nicht tun), das aus der Erfahrung früherer Prozesse resultierende, unausgesprochene Übereinkommen können sie nicht untersagen. Die Republik ist groß und Karlsruhe ist weit.

Die Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt der Aussagefreiheit gegen die Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen geäußert werden, können daher nicht bei der ausdrücklich getroffenen Abrede stehen bleiben; sie müssen, wenn sie denn durchgreifen sollten, gegen die gängige Strafzumessungspraxis insgesamt erhoben werden. Ob diese Bedenken durchgreifen, ist allerdings zunächst zu prüfen.

Das Leugnen „...verursacht den Richtern zeitraubende Arbeit, vermeidliche Anspannung der Geisteskräfte und vermehrt ihre

⁵¹² StV 1982, 545; das Pseudonym lüften Schönemann StV 1993, 657, 659 Fn. 24, Rönnau wistra 1998, 49, 51 Fn. 1 sowie Janke (1997) S. 15 Fn.11

⁵¹³ Bussmann KritV 1989, 376f

⁵¹⁴ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 680

Gewissensbedenken bei Fällung des Urteilsspruchs"; es sei daher menschlich begreiflich, so *Kallmann*⁵¹⁵ bereits im Jahre 1907, wenn dies zu einer Verstimmung und damit, bewußt oder nicht, zu einer höheren Strafe führe. Ähnliches menschliches Verständnis äußerte *Justizrat Kurnicki*⁵¹⁶ in der Deutschen Juristenzeitung: es möge menschlich erklärlich sein, daß ein leugnender Angeklagter den Nachweis der Tat erschwere und so bei den Richtern eine gewisse Verbitterung hervorrufe, die sich im Strafmaß niederschlage. In gleicher Weise argumentierte *Hellwig*⁵¹⁷, der darauf verwies, daß der geständige Angeklagte infolge der Arbeitersparnis für das Gericht ein Anrecht auf eine milde Behandlung erwerbe. De lege ferenda plädierte *Haußner*⁵¹⁸ für die Aufnahme einer Vorschrift in den Allgemeinen Teil, wonach im Falle des Geständnisses eine zwingende Strafmilderung vorzunehmen sei. Dies entspreche der Billigkeit, da der Täter dem Staat hierdurch Arbeitslast und Kosten erspare.

Es verwundert nicht, wenn auch nationalsozialistischen Autoren wie *Braß*⁵¹⁹ Ehrlichkeit als eine der ersten Grundpflichten eines jeden Volksgenossen galt und deshalb keine Milde zu walten hatte, wenn infolge des Leugnens ein großer Ermittlungsapparat notwendig wurde.

Als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung wird auch heute noch in Teilen der Literatur⁵²⁰ dem Geständnis strafzumessungsrechtliche Relevanz zugeschrieben, ohne daß es auf Reue und Schuldeinsicht ankomme. *Schmidt-Hieber*⁵²¹ kommt das Verdienst zu, als erster den Versuch unternommen zu haben, dem verfahrensabkürzenden Geständnis und der hierfür gewährten Strafmilderung eine strafzumessungsrechtlich sichere Grundlage zu geben.

Unabhängig von den Beweggründen des Täters besitze ein Geständnis strafzumessungsrechtliche Relevanz, wenn es die Auswirkungen der Tat beeinflusse⁵²². Dies sei der Fall, weil hierin regelmäßig ein Beitrag zur Sachaufklärung liege. Der Begriff der Tat als Grundlage der Strafzumessung dürfe nicht nur in der tatbestandsmäßigen Handlung gesehen werden; vielmehr seien auch die Umstände zu berücksichtigen, die diesem Geschehen vorausgehen oder nachfolgen, sofern nur ein Bezug zum

⁵¹⁵ Kallmann GA 54 (1907), 230, 233

⁵¹⁶ Kurnicki DJZ 1906, 538

⁵¹⁷ Hellwig Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 8 (1911-12), 616f

⁵¹⁸ Haußner Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik XIII-XIV (1903), 267, 278

⁵¹⁹ Braß DR 1939, 849

⁵²⁰ Niemöller StV 1990, 34, 36 Fn. 16; Frisch ZStW 99 (1987), 751, 782

⁵²¹ Schmidt-Hieber: Verständigung im Strafverfahren (1986); FS Wassermann (1985), 995; StV 1986, 355; DRiZ 1990, 321; NJW 1990, 1884

⁵²² Schmidt-Hieber (1986) Rn. 172 sowie FS Wassermann (1985) 995, 998, sowie NJW 1990, 1884f

tatrelevanten Verhalten bestehe⁵²³. Das Geständnis, welches die Aufklärung des Sachverhalts erleichtere, beeinflusse daher in positivem Sinne die „Auswirkungen der Tat“ im Sinne des § 46 II StGB.

Aus einer Reihe bestehender Vorschriften, wie etwa den §§ 153 ff StPO, 258 StGB, ergebe sich, daß der Gesetzgeber die Verhinderung der Sachaufklärung als ebenso strafzumessungsrelevant betrachte wie das Bekenntnis zur Wahrheit, welches in den §§ 158 StGB, 371 III AO, 31 Nr. 1 BTMG, 45, 47 JGG prämiert werde⁵²⁴. Die schematische Strafmilderung durch die Tatgerichte sei daher nicht zu beanstanden⁵²⁵.

Hinzu komme, daß das Eingestehen der Tat für den Geschädigten eine Vorstufe zur Genugtuung darstelle; überdies würden hierdurch unter Umständen weitere Belastungen des Opfers vermieden, wie etwa die Vernehmung des kindlichen Opfers einer Sexualstraftat⁵²⁶.

Ein Hinweis auf die mögliche Verkürzung der Hauptverhandlung durch ein Geständnis sei daher nicht zu beanstanden, oft sogar geboten⁵²⁷; allerdings sei darauf zu achten, daß damit kein unzulässiger Druck ausgeübt werde. Der Hinweis müsse daher vor allem als Rechtsbelehrung verstanden werden⁵²⁸.

Dieser konsequent verfahrensökonomische Ansatz ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung lange Zeit unbeachtet geblieben, sozusagen verschämt geduldet, aber nie legitimiert worden. Erst in jüngster Zeit finden sich Anzeichen, daß sich auch der BGH dieser Strafzumessungserwägung nicht mehr länger verschließen will. In der Entscheidung vom 28. August 1997⁵²⁹ wird das Geständnis ausdrücklich als Beitrag zur Verfahrensabkürzung zugutegehalten. Dies bedeutet nichts anderes als die Anerkennung der *Schmidt-Hieber'schen* Fiskaltheorie.

In der Literatur ist dieser Ansatz nicht unwidersprochen geblieben. Kritik entzündet sich zunächst daran, daß der Wortlaut der in § 46 II StGB genannten Regelbeispiele überdehnt werde. Sofern dort von den „Auswirkungen der Tat“ die Rede sei, beziehe sich dies nur auf die durch die Tat verursachten Sozialschäden, nicht aber auf den Strafverfolgungsaufwand⁵³⁰. Andernfalls müßte sich jede längere Prozeßdauer strafscharfend auswirken: das aber wäre unvereinbar mit den Rechten des Ange-

⁵²³ Schmidt-Hieber (1986) Rn. 168 ff

⁵²⁴ Schmidt-Hieber FS Wassermann (1985) 995, 998 sowie StV 1986, 355f

⁵²⁵ Schmidt-Hieber (1986) Rn. 173

⁵²⁶ Schmidt-Hieber FS Wassermann (1985) 995, 998f

⁵²⁷ Schmidt-Hieber NJW 1982, 1017, 1021 sowie FS Wassermann (1985) 995

⁵²⁸ Schmidt-Hieber StV 1986, 355f

⁵²⁹ BGH, Urteil vom 28. August 1997 - 4 StR 240/97 - BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NStZ 1998, 31 = StV 1997, 583

⁵³⁰ Schönke-Schröder-Stree (1997) § 46 Rn. 41a; Janke (1997) S. 189

klagten, insbesondere seinem Recht zu schweigen oder zu leugnen. Da die Entlastung der Justiz kein anerkannter Strafmilderungsgrund sei, sei es auch nicht vertretbar, ein Geständnis als Beitrag zur Sachaufklärung und Verfahrensabkürzung strafmildernd zu berücksichtigen.

Darüber hinaus könne das zeitlich weit nachfolgende Prozeßverhalten den Schuldgehalt der Tat nicht mehr verändern. Zu diesem Zeitpunkt sei die Schuld längst in einen „unwandelbar festen Aggregatzustand“ übergegangen⁵³¹. Das Strafmaß aber hänge allein vom Schuldgrade ab, nicht von fiskalischen Interessen des Staates, der an einer erleichterten Tataufklärung interessiert sei⁵³². Gesichtspunkte wie Kosten- und Zeitersparung seien von § 46 StGB gerade nicht gedeckt⁵³³, eine entsprechende Strafmilderung daher mit dem Schuldvergeltungsprinzip nicht vereinbar⁵³⁴. Lediglich *Schünemann* konzediert, daß nachträgliche Ereignisse auch Einfluß auf das Maß der Tatschuld haben können, indes: eine Strafmilderung für eine Verfahrensabkürzung sei mit der herrschenden Strafzumessungsdogmatik nicht vereinbar, da die Tatschuld durch nachträgliche Ereignisse nur in bescheidenem Rahmen anders zugemessen werden könne⁵³⁵.

Der maßgebliche Einwand ist allerdings ein anderer: die Berücksichtigung der Mühen und Kosten des Verfahrens bei der Strafzumessung bewirke, quasi auf kaltem Wege, eine Verpflichtung des Angeklagten zur Mitwirkung bei der Sachaufklärung.

Die gesamte Struktur der strafprozessualen Eingriffsrechte zeige, daß vom Beschuldigten lediglich ein passives Dulden, niemals jedoch eine aktive Mitarbeit am Strafprozeß im Sinne einer Rechtspflicht verlangt werde⁵³⁶. Im akkusatorisch ausgestalteten Strafprozeß sei es allein Aufgabe der Strafverfolgungsbehörde, den Sachverhalt zu erforschen und die Beweise zu sammeln. Eine Pflicht des Beschuldigten, diese Arbeit zu erleichtern, bestehe nicht und würde in der Sache auf eine unzulässige Ungehorsamsstrafe hinauslaufen⁵³⁷.

Arbeitserleichterung und fiskalische Interessen der Strafverfolgungsbehörden dürften demzufolge keine Grundlage für eine Strafmilderung sein⁵³⁸. Es sei normativ unzumutbar, vom Angeklagten loyale Kooperation zu erwarten⁵³⁹ und strafprozessual

⁵³¹ Max Ernst Mayer ZStW 27 (1907), 921f

⁵³² Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 544; Weßlau KJ 26 (1993), 461, 466

⁵³³ Braun (1998) S. 72

⁵³⁴ Dencker/ Hamm (1988) S. 56

⁵³⁵ Schünemann FS Baumann (1992) S. 361, 379

⁵³⁶ Rogall (1977) S. 104; gegen Schmidt-Hieber auch Naucke KritV 76 (1993), 135, 152 Fn. 57

⁵³⁷ Rogall (1977) S. 179

⁵³⁸ Zierl AnwBl 1985, 505; iE auch Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 680; Moos (1983) S. 150

⁵³⁹ Kindhäuser NSTZ 1987, 529, 532

unstimmig, wenn einerseits Rechte gewährt würden, andererseits deren Nichtwahrnehmung belohnt werde⁵⁴⁰. Über Umwege werde so eine Prozeßförderungspflicht eingeführt⁵⁴¹. Die prozessualen Rechtspositionen des Beschuldigten würden so zur Farce, denn:

„...das begründungslose Postulat einer Prämie für prozessuales Wohlverhalten hat ja die Strafschärfung für die Wahrnehmung der dem Beschuldigten von Grundgesetz und StPO zuerkannten Verfahrensrechte zur unablösbaren Kehrseite, ist also nur eine vordergründig harmlose Paraphrase der in einem rechtsstaatlichen Verfahren mit Recht verpönten Forderung, daß der Angeklagte umso schwerer bestraft werden müsse, je schwerer er seine Überführung mache“⁵⁴².

Dencker/ Hamm⁵⁴³ stellen gar den Ausgangspunkt in Frage: es sei durchaus fragwürdig, ob durch eine so motivierte Strafmilderung prozeßökonomische Vorteile erwirtschaftet würden. Denn manche Widerstände seitens der Verteidigung seien dadurch motiviert, das Gericht vergleichsbereit zu machen. Wären alle Gerichte und Staatsanwaltschaften gegen diese Versuchung gefeit, würde manche Konfliktverteidigung so nicht geführt.

Diese Überlegung ist nicht von der Hand zu weisen. Bereits Lüdemann/ Bußmann⁵⁴⁴ haben im Rahmen einer empirischen Studie herausgearbeitet, daß die Justiz umso eher absprachebereit sei, je ohnmächtiger sie sich fühle. Im Falle einer relativen Machtunterlegenheit - die sich auf tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten gründe könne - steige die Kommunikationsdichte zwischen den Verfahrensbeteiligten; auf diese Weise würden Absprachen gefördert. In Fällen schwerer Wirtschaftsdelinquenz werde besonders häufig das Strafmaß ausgehandelt, im Gegensatz zu kleinen und weniger aufwendigen Verfahren⁵⁴⁵. Dieses Ergebnis wird durch Heiland/ Lüdemann⁵⁴⁶ bestätigt: in allgemeinen Strafverfahren führe der relativ große Machtunterschied zugunsten der Strafjustiz dazu, daß diese ihre Ziele einer angemessenen und gerechten Bestrafung zumeist durchsetzen könne. Anders sei dies in komplexen Wirtschaftsstrafverfahren; wegen der zumeist auftretenden Schwierigkeiten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht sei die Justiz auf die Mitarbeit der Beteiligten angewiesen. Das Machtdifferential verschiebe sich zugunsten der Verteidigung.

⁵⁴⁰ Dencker ZStW 102 (1990), 51, 59

⁵⁴¹ Bosch (1998) S. 199

⁵⁴² Schönemann Gutachten (1990) B 113

⁵⁴³ Dencker/ Hamm (1988) S. 87

⁵⁴⁴ Lüdemann/ Bußmann KrimJ 21 (1989), 54, 60

⁵⁴⁵ Lüdemann/ Bußmann KrimJ 21 (1989), 54, 66f

⁵⁴⁶ Heiland/ Lüdemann Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1992, 35, 43

Die Verteidigung könne eine Reihe verfahrensverzögernder Maßnahmen einsetzen, wie zum Beispiel die Benennung von Auslandszeugen. Je mehr die Justiz hierdurch unter Zeit- und Entscheidungsdruck gerate, desto mehr gewinne das Ziel „Verfahrensökonomie“, verliere das Ziel „gerechte Strafe“ an Bedeutung⁵⁴⁷.

Strafverteidiger haben diese Achillesferse der Justiz längst erkannt: schon *Deal*⁵⁴⁸ alias *Weider* hat betont, daß der Rechtsanwalt konsequent verteidigen und Gericht sowie Staatsanwaltschaft dies auch wissen müßten. *Gatzweiler*⁵⁴⁹ etwa schreibt, daß die Verteidigung das richtige Maß an Konfliktbereitschaft aufweisen müsse; *Rückel*⁵⁵⁰ und auch *Hanack*⁵⁵¹ weisen darauf hin, daß (nur) unter dem Druck eines langen Verfahrens eine Geständnisbereitschaft besonders honoriert werde. Es sei daher oft günstiger, wenn Geständnisse erst nach bestimmten Verfahrensabläufen abgelegt werden. So auch *Widmaier*⁵⁵²: die im Geständnis liegende Unterwerfungsgeste sei nur dann etwas wert, wenn ein gewisser Kampf vorausgegangen sei; eine zu frühe Unterwerfung führe zu nichts.

Beinah absurd erscheint daher die Beobachtung, die *Heiland/Lüdemann*⁵⁵³ gemacht haben: die durch eine Absprache bewirkte Beschleunigung und Vereinfachung sei im individuellen Falle erheblich, führe jedoch kaum zu einer Verringerung der Arbeitsbelastung insgesamt.

Es stellt sich daher die Frage, weshalb die Gerichte überhaupt die Verfahrensabkürzung mit einem Strafnachlaß honorieren. Die immer wieder – weniger von den Anwälten als vielmehr von Richtern und Staatsanwälten – beklagte Überlastung der Justiz kann, jedenfalls in Bezug auf die persönliche Arbeitsbelastung des einzelnen Richters oder Staatsanwalts, der Grund hierfür nicht sein. Denn mehr als Verhandeln kann ein Strafrichter nicht. Sollte der Fall eintreten, daß infolge eines komplizierten und langwierigen Verfahrens ein Verfahrensstau in der Strafabteilung auftritt, so ist dies für seine Arbeitsbelastung ohne Belang. Die auflaufenden Verfahren, die nicht erledigt werden können, bleiben im wahrsten Sinne des Wortes auf der Geschäftsstelle „liegen“; da die Ermittlungen abgeschlossen sind, verursacht eine solche Verfahrensweise nach Erlaß des Eröffnungsbeschlusses nicht einmal mehr Dezernatsarbeit.

⁵⁴⁷ Heiland/ Lüdemann Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1992, 35, 45

⁵⁴⁸ Deal StV 1982, 545

⁵⁴⁹ Gatzweiler NJW 1989, 1903, 1905

⁵⁵⁰ Rückel NStZ 1987, 297, 301f

⁵⁵¹ Hanack StV 1987, 500f

⁵⁵² StV 1986, 357f

⁵⁵³ Heiland/ Lüdemann Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 1992, 35, 50

Ein Problem resultiert hieraus sicherlich für die Justizverwaltung, die die Geschäftsverteilung ändern, unter Umständen sogar eine Hilfsstrafkammer einrichten muß; auch mag die Gerechtigkeit Schaden erleiden, wenn Straftäter erst lange nach der Tat abgeurteilt, womöglich zwischenzeitlich aus der Untersuchungshaft entlassen werden. Allein: die Arbeitsbelastung des einzelnen Strafrichters ändert sich hierdurch nicht.

Diese Erkenntnis ist, für sich genommen, wertneutral. Global betrachtet, wird die Justiz durch abgekürzte Verfahren entlastet; Penseschlüssel müssen nicht abgeändert, keine zusätzlichen Richter eingestellt werden. Dem Beschuldigten, dem dies zu verdanken ist, kann sein Entgegenkommen durchaus vergütet werden; sachfremd wäre eine derartige Überlegung nicht. Auch hier stellt sich allerdings die Frage nach der strafzumessungsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Erwägung.

Es gab einmal eine gesetzliche Regelung, die ausdrücklich dem Angeklagten den kurzen Prozeß vergalt. § 64 GKG in der Fassung vom 18. Juni 1878⁵⁵⁴ ordnete an:

„Hat weder eine Voruntersuchung, noch in dem Hauptverfahren eine Beweisaufnahme stattgefunden, so kann das Gericht die Sätze des § 62 bis auf fünf Zehntele ermäßigen.“

Die Vorschrift des § 62 GKG bezog sich auf die Gebühren in Strafsachen.

Auch wenn *Brückmann*⁵⁵⁵ meint, daß die genannte Regelung nicht ernsthaft als Geständnisprämie aufgefaßt werden kann, so kann ebensowenig bezweifelt werden, daß sie faktisch genauso wirkte.

Noch heute findet sich in § 467 III Ziffer 1.) StPO eine Regelung, die dem Angeschuldigten die Erstattung seiner Auslagen verweigert, wenn er sich selbst wahrheitswidrig belastet, sogar wenn er trotz Einlassung zur Sache entlastende Umstände verschwiegen hat. Hier existiert also eine prozessuale Mitwirkungspflicht, deren Verletzung der Gesetzgeber mit einer negativen Kostenfolge sanktioniert hat. *Meyer*⁵⁵⁶ leitet hieraus eine Verpflichtung des Staatsbürgers ab, die gegen ihn sprechenden Verdachtsmomente nach Kräften auszuräumen. *Dencker*⁵⁵⁷ hält gar ein sektoral und auf finanzielle Lasten beschränktes Kostenrisiko für diskutabel, wenn von dem Recht auf Verweigerung prozessualer Mitwirkung Gebrauch gemacht werde.

⁵⁵⁴ RGBI 141

⁵⁵⁵ *Brückmann* GA 52 (1905), 145, 148

⁵⁵⁶ *Dieter Meyer* MDR 1971, 357, 359; ebenso *Laier* NJW 1977, 1139

⁵⁵⁷ *Dencker* StV 1985, 498

Nach dem Wortlaut des § 46 II StGB ist es ohne weiteres möglich, den durch die Tat kausal - und überdies vorhersehbar - verursachten Strafverfolgungsaufwand als „verschuldete Auswirkung der Tat“ zu betrachten. Ebenso gut stellt das Geständnis ein Nachtatverhalten dar, welches den Strafverfolgungsaufwand und damit den der Gesellschaft entstehenden fiskalischen Schaden reduziert. Indes griffe eine derart formale Sichtweise zu kurz. Der Katalog des § 46 II StGB enthält typisierte Umstände, die einen Anhalt bieten sollen für das Maß der Tatschuld und somit den in Absatz 1 Satz 1 enthaltenen Schuldgrundsatz konkretisieren. Eine allein am Wortlaut orientierte Auslegung würde dem nicht gerecht.

Insgesamt führt die Diskussion über den Anwendungsbereich des § 46 II StGB aber nicht weiter. Es kann schlußendlich dahinstehen, ob die Vorschrift die Berücksichtigung der Verfahrensdauer bei der Strafzumessung zuläßt oder nicht. Denn wenn dies zu verneinen wäre, so wäre es dem Gesetzgeber ein Leichtes, die Vorschrift entsprechend zu ändern. So könnte etwa § 46 II StGB ergänzt werden durch den Halbsatz

„die Dauer und der Aufwand der Strafverfolgung“.

Hieraus erhellt sich, daß die Frage der Berücksichtigung der Verfahrensdauer grundsätzlicher angegangen werden muß.

Das Schuldprinzip stünde einer Berücksichtigung bei der Strafzumessung jedenfalls dann nicht entgegen, wenn man im Rahmen des § 46 I 1 StGB von einem weiten Begriff der Strafzumessungsschuld ausgeht. Legt man ein solches Verständnis der Schuld zugrunde, dann stellen auch die nur mittelbaren Folgen der Tat für das Gemeinwesen einen schuldbeeinflussenden Faktor dar. Opfer der Straftat ist nicht nur der einzelne Mensch, an dem das Delikt begangen wurde, sondern auch die Gesellschaft, die in Form der Justiz sachliche und personelle Ressourcen bereitstellen muß, um auf die Tat zu reagieren. Je größer der Schaden bei den Opfern ist, und sei es auch nur materieller Art, desto größer ist dann auch die Strafzumessungsschuld.

Der bloße Zeitablauf zwischen Tatbegehung und Tatfolge ist ebenfalls kein taugliches Kriterium, um das Maß der Schuld zu fixieren. Bei einer Straftat gegen die körperliche Unversehrtheit etwa wirkt sich der - unter Umständen Wochen oder gar Monate - später eintretende Tod des Opfers durchaus auf den Schuldgehalt der Tat aus, besteht hierin doch der Unterschied zwischen schlichter Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge, zwischen Totschlag und versuchtem Totschlag. Gleiches gilt für den Vermögensschaden des Betrugsopfers, der sich unter Umständen erst im Laufe des Strafverfahrens herausstellt.

Vollends untauglich ist die Differenzierung *Schünemanns*⁵⁵⁸, der darauf abstellt, daß nachträgliches Verhalten den Schuldgehalt zwar im Grundsatz, jedoch nur in „bescheidenem Rahmen“ beeinflussen kann. Angesichts der Unmöglichkeit, Schuld objektiv und präzise zu erfassen, führt das Hinzufügen eines bescheidenen Abänderungsrahmens zur begrifflichen Auflösung der Schuldangemessenheit.

Letztlich ergibt sich hieraus, daß eine Berücksichtigung verfahrensökonomischer Aspekte bei der Strafzumessung mit dem in § 46 StGB niedergelegten Schuldprinzip vereinbar sein kann.

Als Zwischenergebnis kann bis hierhin festgehalten werden, daß

- das Geständnis ein - wenn auch nur schwaches - Indiz für Schuldeinsicht und Reue und damit für geringere Schuld sein kann,
- darüber hinaus im Geständnis auch Unterwerfung und Anerkennung der Rechtsordnung gesehen werden kann mit der Folge, daß ein spezial- und/ oder generalpräventives Strafbedürfnis ganz oder zumindest in Teilen entfällt,
- der Gesichtspunkt der Effektivität der Strafrechtspflege bei der Strafzumessung zwar nicht *de lege lata*, wohl aber *de lege ferenda* berücksichtigt werden könnte,
- jedenfalls dann das in § 46 I StGB niedergelegte Schuldprinzip eine Berücksichtigung des ersparten Strafverfolgungsaufwands bei der Strafzumessung zuläßt, wenn ein weites Verständnis des Begriffs der Tatschuld zugrundegelegt wird.

Übrig bleibt mithin allein das Bedenken, daß die Geständnisprämie dennotwendig eine Ungehorsamsstrafe für den nicht geständigen Angeklagten bedeute, die strafprozessual garantierten Rechtspositionen auf diese Weise zur Farce würden. Diesem Bedenken gilt es weiter nachzugehen.

⁵⁵⁸ Schünemann FS Baumann (1992) S. 361, 379

Vierter Teil: Die Bedenken gegen den Geständnisbonus

Aussagefreiheit, Wahrheitsfindung und sogar Menschenwürde sind die Begriffe, die zu diskutieren sind bei der Suche nach der Legitimation des Geständnisbonus.

Erster Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit

Dies ist der naheliegendste Einwand: wenn und sobald ein bestimmtes Aussageverhalten privilegiert wird, liegt darin gleichzeitig ein faktischer, die Willensfreiheit beschränkender Druck.

I. „...aber es bedeutet denn nun doch eine ganz unglaubliche Verirrung, wenn sich ein Richter mit unbefangener Offenheit zur bewußten Übung einer solchen Praxis bekennt, ...“⁵⁵⁹

Der sich hier so entrüstet, ist *Wimmer*, der im Jahre 1930 noch eine andere Vorstellung von der Aussagefreiheit und damit vom Zweck der richterlichen Vernehmung hatte. Seinerzeit war die Erinnerung an die engagierte Diskussion um die Reform des deutschen Strafprozesses im letzten Jahrhundert noch frischer als heute. Es sei zwar verständlich, gleichwohl unverzeihlich, wenn der Richter auf der Suche nach Arbeitersparnis ein bestimmtes Prozeßverhalten – gar offenkundig und systematisch – vergelte⁵⁶⁰. Die Aufgabe des Richters sei eine andere.

*Mittermaier*⁵⁶¹ etwa hatte schon 1845 verlangt, daß der Richter bei der Vernehmung die besondere seelische Situation des Beschuldigten zu bedenken habe; „Grundrücksicht“ bei Verhören solle es sein, diesem jede Gelegenheit zur Rechtfertigung zu geben. Im Anklageverfahren werde die Beschuldigung ohne Rückhalt vorgehalten; die Vernehmung sei gerade nicht – wie zu Zeiten der Folter⁵⁶² – auf die Erlangung eines Geständnisses gerichtet⁵⁶³.

Ganz in diesem Sinne hatte ein Wolfenbütteler Obergericht im Jahre 1871 zur Braunschweigischen Strafprozeßordnung von 1849, die eine ausführliche Belehrung über das Schweigerecht vorschrieb, geurteilt⁵⁶⁴:

⁵⁵⁹ *Wimmer* ZStW 50 (1930), 538, 544

⁵⁶⁰ so im wesentlichen auch *Max Ernst Mayer* ZStW 27 (1907), 921f

⁵⁶¹ *Mittermaier* (1845/1996) Deutsches Strafverfahren Teil 1 IV. Abtheilung § 100 S. 587ff

⁵⁶² so auch *Henschel* Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 13

⁵⁶³ so auch *Rosenfeld* (1901) S. 216; später noch *Eb. Schmidt* (1967), Vorbemerkung 5 vor § 133

⁵⁶⁴ zitiert nach *Rüping* JR 1974, 135, 140

„Der Polizeimann mag vielleicht bei einigen dieser Bestimmungen erschrecken. Der Unbefangene wird gestehen, daß jede andere Prozedur im Grunde den Namen eines richterlichen Verfahrens nicht verdient“.

Immerhin, so gibt Alexander Graf zu Dohna⁵⁶⁵ zu bedenken, stehe dem Angeklagten ein mit der ganzen Autorität der Staatsgewalt ausgerüstetes Staatsorgan gegenüber. Die moralische Wucht des Anklägers dürfe den Angeklagten nicht erdrücken, ihm die Wahrung seiner Rechte nicht unmöglich machen. Vielmehr müsse ihm *„gegen jede denkbare Vergewaltigung unbedingter Schutz geboten“* werden.

Dieser unbedingte Respekt vor der Aussagefreiheit erodierte im Laufe der Jahrzehnte, wie Grünwald⁵⁶⁶ anhand der verschiedenen Auflagen des Löwe-Rosenberg eindrucksvoll nachwies; stand doch dort zu lesen:

- 9. Auflage 1898: die Erlangung eines Geständnisses dürfe nicht bezweckt werden, selbstverständlich dürfe der Richter keine Fangfragen stellen
- 19. Auflage 1934: in erster Linie diene die Vernehmung der Verteidigung
- 20. Auflage 1958: Überlistungs- und Verwirrungsfragen seien zulässig, unter Umständen sogar empfehlenswert
- 23. Auflage 1980: der Vernehmende müsse den Beschuldigten auch dazu anhalten, zur Aufklärung des Sachverhalts beizutragen, Fangfragen seien zulässig

Das klassisch-liberale Verständnis der Aussagefreiheit entspricht bester englischer Tradition, worauf Seibert⁵⁶⁷ am Beispiel des Prozesses gegen den „Witwenarzt“ Dr. John Bodkin Adams hinwies. Dieser hatte im Jahre 1957 während der 17-tägigen Verhandlung in Old Bailey nur zweimal gesprochen, nämlich zu Beginn der Verhandlung *„Ich bin nicht schuldig, Mylord“* sowie nach dem Freispruch *„Danke“*. Der Vorsitzende Richter, Justice Devlin, hatte in der mehrstündigen Belehrung der Geschworenen folgendes ausgeführt:⁵⁶⁸

„Ein anderer außergewöhnlicher Umstand ist die Tatsache, daß der Angeklagte nicht den Zeugenstand betreten hat. Vielleicht ist es für Laien und vielleicht auch für Rechtskundige nur na-

⁵⁶⁵ Alexander Graf zu Dohna (1929) S. 49f

⁵⁶⁶ Grünwald (1993) S. 61; einen Überblick über die gesetzgeberischen Motive sowie die geschichtliche Entwicklung gibt auch Degener GA 1992, 443

⁵⁶⁷ Seibert NJW 1965, 1706

⁵⁶⁸ zitiert nach Seibert aaO

türlich zu sagen: `Warum ist er nicht in den Zeugenstand gegangen, wenn er keine Schuld hat? Etwa weil er fürchtete, daß ihm Fragen gestellt würden, die er nicht zufriedenstellend beantworten könnte?` Sie hörten, was Mr. Lawrence (der Verteidiger) zu diesem Punkt bemerkte. Sie hörten ihn die Gründe nennen oder wenigstens einige der Gründe, warum der Doktor auf seinen Rat hin nicht in den Zeugenstand gegangen ist. Diese Gründe mögen Sie überzeugt haben oder nicht. Damit habe ich mich nicht zu befassen. Ich möchte Ihnen nur sagen, daß es gar nicht darauf ankommt. Der Doktor hat das Recht, die Aussage zu verweigern. - Lassen Sie mich erklären, daß es meiner Meinung nach, und auch vor dem Gesetz, vollkommen falsch wäre, das Schweigen irgendwie als ein Zeichen seiner Schuld zu betrachten. Ein Angeklagter, der in den Zeugenstand geht, tut das nur zu seinem eigenen Besten und zu seiner Verteidigung. Es ist vollkommen richtig, daß er manchmal die Sache nur noch verschlimmert. Die Anklage jedoch hat keinerlei Recht, das für sich auszuwerten. Pflicht der Anklage ist es, ihren Fall zu beweisen, bevor überhaupt die Frage auftaucht, ob der Beschuldigte vernommen werden soll oder nicht. - Wenn Sie, die Geschworenen, eine Lücke in den übrigen Aussagen finden sollten, die er vielleicht ausgefüllt hätte, so bleibt diese Lücke eben bestehen. Es ist nicht Ihre Sache, zu überlegen, weder zu seinen Gunsten noch zu seinem Nachteil, was er vermutlich gesagt hätte`.

In krassem Gegensatz hierzu stehe das Versprechen einer Strafmilderung durch das Gericht. Dies müsse im Beschuldigten den Eindruck erwecken, der Richter halte ihn schon für überführt; es vertrage sich aber nicht mit der Würde des Gerichts, ein Geständnis zu erschleichen⁵⁶⁹.

Die in den siebziger Jahren aufflammende Diskussion um die Einführung des § 153a StPO - der von der Praxis längst vorweggenommen war⁵⁷⁰ - machte dies erneut deutlich: die Verquickung von staatlichem Strafanspruch mit der gleichzeitig eingeräumten Möglichkeit des Freikaufs stelle eine Gefahr für die Würde des Gerichts und das Ansehen der Justiz dar⁵⁷¹. Es sei fatal für das allgemeine Rechtsbewußtsein, wenn der staatliche Strafanspruch in den Bereich gemeinsamer Manipulation gerate. Hinzu komme, darauf weisen Dencker⁵⁷² und Frister⁵⁷³ hin, daß die Norm einen bestehenden Tatverdacht als Zurechnungskriterium für die dem Beschuldigten gemachten Auflagen heranzieht,

⁵⁶⁹ Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 551

⁵⁷⁰ vgl dazu Schmidhäuser JZ 1973, 529, 531

⁵⁷¹ Schmidhäuser JZ 1973, 529, 532; ebenso Bartsch ZRP 1969, 128, 130

⁵⁷² Dencker JZ 1973, 144, 150

⁵⁷³ Frister (1988) S. 97; Engels/ Frister ZRP 1981, 111, 113 weisen im übrigen darauf hin, daß der Beschuldigte durch § 153a StPO einer „nötigungsähnlichen Pression“ ausgesetzt sei

ohne daß eine rechtskräftige Verurteilung vorliege, und damit gegen die Unschuldsvermutung verstoße.

Dieser Gedanke kann nicht auf § 153a StPO beschränkt bleiben, sondern gilt vielmehr für jede Form der Einhandelbarkeit eines Strafnachlasses. In einem Prozeß des Aushandelns der Strafe werde die Unschuldsvermutung umgekehrt in eine Schuldvermutung; dies sei nachgerade Basis jeglicher Vergleichsverhandlungen, die ohne die Prämisse der Schuld eine schlechthin sittenwidrige Zumutung wären⁵⁷⁴. Der Richter gebe hierdurch zu erkennen, daß er den Angeklagten für schuldig halte und die Prämisse seiner Schuld zur Richtschnur seines Handelns mache⁵⁷⁵. Wer so vom Beschuldigten eine Einlassung einfordere, um Nachteile zu vermeiden, stempele ihn „bereits zum Schuldigen, dem allerdings ein Entlastungsbeweis zugebilligt wird mit der Folge, daß er freigesprochen werden kann, wenn er das Gericht von seiner Unschuld überzeugt“⁵⁷⁶. Der leugnende oder schweigende, jedenfalls nicht geständige Beschuldigte, der außer der Bezeugung seiner Unschuld nichts zu bieten habe, werde so mittelbar benachteiligt⁵⁷⁷; *Blumberg*⁵⁷⁸ spricht von „Wühltischjustiz“, die den Schuldigen privilegiere. Mit der in Art. 6 II EMRK verbrieften Unschuldsvermutung sei das unvereinbar⁵⁷⁹.

Hieraus ergebe sich ein unzulässiger Geständnisdruck. Zwar begegne es keinen Bedenken, so *Mittermaier*⁵⁸⁰, wenn ein Geistlicher in Absprache mit dem Richter ein Geständnis dadurch zu erlangen suche, daß an die christliche Einstellung appelliert, eine Belohnung im Jenseits versprochen werde⁵⁸¹; das Inaus-sichtstellen irdischer Vorteile sei jedoch unzulässig⁵⁸².

Denn von wirklicher Freiheit vom Selbstbeziehungszwang könne nur dort die Rede sein, wo an die Ausübung des Aussageverweigerungsrechts keine – wie auch immer geartete – negative Konsequenz geknüpft sei⁵⁸³. Zwischen der Drohung des Kriminalbeamten mit Festnahme und der Belehrung des Richters über die Auswirkungen eines reumütigen Geständnisses auf die Strafzumessung bestehe „nur ein Unterschied des Grades, nicht der Art“⁵⁸⁴. Der Angeklagte stehe dann vor der psychisch belastenden Situation, seine strafprozessualen Rechte wahrzunehmen

⁵⁷⁴ Nestler-Tremel KJ 22 (1989), 448, 453; so auch Weigend JZ 1990, 774, 777

⁵⁷⁵ Schönemann Gutachten (1990) B 96; derselbe FS Baumann (1992), 361, 372

⁵⁷⁶ Tzschach DAR 1973, 286, 288

⁵⁷⁷ Gropp JZ 1991, 804, 812; Nestler-Tremel DRiZ 1988, 288, 291; Hassemer JuS 1989, 890, 892

⁵⁷⁸ Blumberg StV 1988, 79, 82

⁵⁷⁹ Haberstroh NSTz 1984, 289, 293; Hassemer JuS 1989, 890, 892; Siolek DRiZ 1989, 321, 327

⁵⁸⁰ Mittermaier (1845/1996) Teil 2 VI. Abtheilung § 161 S. 355

⁵⁸¹ vgl hierzu auch Schön Theologisch-Praktische Quartalsschrift 1936, 783

⁵⁸² so im Ergebnis auch bereits Henschel (1909) S. 35

⁵⁸³ Kirsch (1995) S. 236; ebenso Peters (1932) S. 107

⁵⁸⁴ Jonas JW 1927, 365

oder das Risiko einer härteren Strafe in Kauf zu nehmen⁵⁸⁵. Jeder Versuch aber, den Angeklagten zum Zwecke der Wahrheitsfindung einzubinden, sei unvereinbar mit der Anerkennung eines Rechts, über das eigene Aussageverhalten frei und autonom zu entscheiden⁵⁸⁶. Die Belehrung über das Bestehen eines Schweigerechts würde so durchaus unehrlich⁵⁸⁷. Meyer⁵⁸⁸ vergleicht die Situation mit der eines aussageverweigerungsberechtigten Angehörigen: dieser könne von seinem Recht nur dann frei und unbefangenen Gebrauch machen, wenn er wisse, daß sein Schweigen nicht gegen den Angeklagten verwertet werde. Was aber für den Angehörigen gelte, müsse erst recht für den Angeklagten selbst gelten.

Andere Autoren ziehen eine Parallele zum Inquisitionsprozeß. Der Zwang zur Selbstbezeichnung verletze den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 I, 1 I GG⁵⁸⁹ und bewege sich „in den Bahnen inquisitionsprozessualer Lügen- und Ungehorsamsstrafen“⁵⁹⁰. In Ermangelung eines gesetzlichen Fixpunktes für die Strafzumessung habe die für das Geständnis gewährte Strafmilderung auf der anderen Seite denknötwendig eine Strafschärfung zur Folge; das aber sei ein Rückfall in den Inquisitionsprozeß⁵⁹¹. Die mildere Strafe sei nichts anderes als eine Prämie für den Verzicht auf prozessuale Rechte⁵⁹², ihre Ankündigung konkludent auch Androhung eines entsprechenden Nachteils im Falle der Unbotmäßigkeit⁵⁹³: so werde auf subtile Weise die peinliche Befragung erneuert, ein Geständnis erzwungen. Der Unterschied bestehe nur noch in der Art der Peinlichkeit: während früher die körperliche Marter zur Anwendung gekommen sei, werde heute die Strafschärfung stillschweigend ange droht⁵⁹⁴. Dies sei nur graduell, nicht aber prinzipiell anders als bei einer erfolgter Aussage⁵⁹⁵.

Insbesondere könne nicht argumentiert werden, daß eine Verschlimmerung nicht drohe, wenn – lediglich – eine von der „Normalstrafe“ abzusetzende Vergünstigung nicht gewährt werde, denn: eine „Normalstrafe“ existiere nicht. Es gebe lediglich eine Strafe x bei Kooperation sowie $x + n$ im anderen Falle; die Strafmaßdifferenz sei unverzichtbarer Grundstein dieses Systems⁵⁹⁶.

⁵⁸⁵ Siolek DRiZ 1989, 321, 327; Tzschach DAR 1973, 286, 288

⁵⁸⁶ Rüping JR 1974, 135, 139; Kirsch (1995) S. 241; Sinner (1999) S. 100

⁵⁸⁷ Kleinknecht JR 1966, 270f

⁵⁸⁸ J. Meyer JR 1988, 79f

⁵⁸⁹ Rogall ZRP 1975, 278, 280; Salger (1998) S. 14

⁵⁹⁰ Rogall ZRP 1975, 278, 281; Wessels JuS 1966, 169, 174

⁵⁹¹ Schünemann NJW 1989, 1895, 1901; ebenso Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/ 57 (1914), 10, 13

⁵⁹² Schünemann Gutachten (1990) B 148; Moos (1983) S. 71

⁵⁹³ Schünemann FS Baumann (1992), 361, 372f; ebenso Grünwald (1993) S. 67

⁵⁹⁴ Schünemann NJW 1989, 1895, 1902; ebenso Weigend JZ 1990, 774, 778

⁵⁹⁵ Dencker/ Hamm (1988) S. 83

⁵⁹⁶ Weigend JZ 1990, 774, 778

Schließlich verstoße das Angebot einer Strafmilderung auch gegen § 136a StPO⁵⁹⁷. Die durch diese Norm geschützte Freiheit der Willensentschließung und -betätigung werde auf die schlichte Möglichkeit reduziert, dem seelischen Zwang unter Umständen auch widerstehen zu können⁵⁹⁸. Jedenfalls die Zusage einer Strafmilderung sei daher das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils im Sinne des § 136a I 3 StPO⁵⁹⁹.

Noch weiter geht *Degener*⁶⁰⁰: Nicht nur das in § 136a StPO erwähnte Drohen mit einer unzulässigen Maßnahme und das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils sei verboten. Vielmehr sei jegliches Drohen, jegliches Versprechen untersagt, auch wenn es sich auf - als solche - gesetzlich zugelassene Maßnahmen bzw. gesetzlich vorgesehene Vorteile beziehe. Denn § 136 II StPO garantiere das rechtliche Gehör; Drohen oder Versprechen aber würden dieses in ein inquisitorisches Verhör verwandeln, damit gegen § 136 II StPO verstoßen. Es sei ein Trugschluß zu glauben, daß alles, was nicht durch § 136a StPO verboten sei, erlaubt sei⁶⁰¹.

II. Zur natürlichen Grenze der Aussagefreiheit

Das Problem mit dem Geständnisbonus - wenn es denn eins ist - ist nicht neu und wohl eher ein psychologisches, menschliches. Möglicherweise ist daher die Privilegierung des geständigen Täters unvermeidlich, weil in der menschlichen Unzulänglichkeit der Richter gründend. Der Justizrat *Kurnicki*⁶⁰² etwa schrieb schon 1906, recht einfühlsam, den Richtern ins Stammbuch:

„So sehr es menschlich erklärlich ist, daß ein Beschuldigter, der durch hartnäckiges Leugnen den Strafbehörden den Nachweis der Straftat erschwert, bei den Richtern eine gewisse Erbitterung hervorruft, welche in dem zuerkannten Strafmaß ihren Ausdruck findet, umso mehr müßten die Richter darauf bedacht sein, dieses Gefühl der Erbitterung zu bezwingen und lediglich objektiven Erwägungen bei Verhängung der Strafe zu folgen“.

⁵⁹⁷ Siolek DRiZ 1989, 321, 326; Erdmann (1969) S. 252; Moos (1983) S. 71; zumindest zweifelnd Weigend NSTZ 1999, 57, 59

⁵⁹⁸ Schönemann Gutachten (1990) B 103, der in dem Fall, daß ein exaktes Strafmaß benannt wird, einen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil iSd § 136a StPO annimmt

⁵⁹⁹ Schönemann Gutachten (1990) B 114; Salger (1998) S. 85; ähnlich Schäfer DRiZ 1989, 294f, sowie Seier JZ 1988, 683, der allerdings wohl eher auf den Begriff der Täuschung abstellt

⁶⁰⁰ Degener GA 1992, 443, 464

⁶⁰¹ hierauf hatte schon Grünwald StV 1987, 453 hingewiesen

⁶⁰² Kurnicki DJZ 1906, 538

Gleichzeitig aber stellt *Kurnicki* fest:

„Gesteht er (der Angeklagte) die Tat, so zeigt er damit ein Entgegenkommen und wird deshalb fast immer auf milde Aburteilung rechnen können“.

In einer Entgegnung hierauf verteidigt ein Amtsrichter *Schmidt*⁶⁰³ aus Ostpreußen die mildernde Berücksichtigung des reuevollen Geständnis. Die härtere Bestrafung des leugnenden Angeklagten erfolge nicht etwa aus Verbitterung über die Mehrarbeit; wenn dies so wäre, *„...so hätten wir es allerdings mit einem nicht scharf genug zu mißbilligenden, weil die vornehmste richterliche Pflicht grob verletzenden Mißbrauche zu tun“.*

Der Grund liege vielmehr darin, daß die ganze Persönlichkeit des Täters bei der Strafzumessung berücksichtigt werden müsse. Dem Lügner im gewöhnlichen Leben aber entspreche der Leugner im Recht; eine Justiz, die den reumütig zu seiner Schuld sich bekennenden Täter auf eine Stufe stelle mit demjenigen, der hartnäckig und verstockt die Tat ableugne, sei nicht geeignet, das in der Bevölkerung geschundene Vertrauen zur Rechtspflege wiederzugewinnen. Denn in der Volksseele ruhe das Bewußtsein vom psychologischen Zusammenhang zwischen Lügner und Verbrecher: *„Junger Lügner, alter Dieb“.*

Diese hehre Motivation fand nicht überall Glauben; *Hellwig*⁶⁰⁴ etwa meinte, daß bei der härteren Bestrafung des Leugnenden wohl auch eine Rolle spiele, daß der Geständige dem Gericht Arbeit erspare und so das Anrecht auf eine milde Behandlung habe. Ähnliches klingt bei *Dölp*⁶⁰⁵ - seines Zeichens Richter am OLG - an, der bemerkt, daß es sich herumgesprochen haben dürfte, daß eine „Schmuseverteidigung“ einem Angeklagten auch vom Ergebnis her wahrlich nicht zum Nachteil gereiche.

Andere Autoren sehen ebenfalls die menschliche Unmöglichkeit, jedwedes Aussageverhalten gleich zu werten. Die normale Bedeutung des Schweigens gehe dahin, daß der Angeklagte nichts zu seiner Verteidigung vorbringen könne⁶⁰⁶. Es müsse daher die Frage aufgeworfen werden, ob es nicht der Lebenserfahrung entspreche, daß ein Mensch sich gegen erhobene Vorwürfe wehrt und nicht schweigt, mithin das Schweigen als Zeichen des schlechten Gewissens verdächtig sei⁶⁰⁷. Die vom BGH ausgesprochene rechtliche Unzulässigkeit der nachteiligen Wertung des Schweigens sei nur ein Danaergeschenk für die Beschuldigten; die Tatrichter würden dann eben revisions sicher

⁶⁰³ Amtsrichter Schmidt DJZ 1906, 876

⁶⁰⁴ Hellwig Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 8 (1911-12), 616f

⁶⁰⁵ Dölp NSTZ 1998, 235f

⁶⁰⁶ Wimmer NJW 1947/48, 126, 128

⁶⁰⁷ Schmidt-Leichner NJW 1966, 189

formulieren⁶⁰⁸. Es sei dies nichts als ein Postulat, das zwar aus voller Absicht geboren sei, sich aber an der Realität stoße. Das natürliche Rechtfertigungsbedürfnis des Menschen sei eine jahrtausendealte psychische Tatsache. Die Ausübung eines Rechts sei menschliches Handeln, und jedem Handeln seien seine unumgänglichen Folgen zudiktiert. So könne es dem Richter nicht verwehrt sein, aus dem Schweigen Rückschlüsse zu ziehen; der Hinweis hierauf schränke die Aussagefreiheit nicht ein, sondern sei nur ein Gebot der Redlichkeit⁶⁰⁹. Rechtstatsächlich könne ein Angeklagter nicht ausschließen, daß sein Schweigen – ggf unbewußt – nachteilig gewertet wird⁶¹⁰.

Der nemo-tenetur-Satz bedeute lediglich, daß sich wegen des Schweigens die prozessuale Lage des Angeklagten nicht verschlechtern dürfe. Dies hindere den Richter aber nicht, im Wege der freien Beweiswürdigung aus dem Schweigen Schlüsse auf die verbrecherische Gesinnung des Angeklagten zu ziehen⁶¹¹. Es begegne daher keinen Bedenken, das Geständnis strafmildernd, das Schweigen strafscharfend zu bewerten; im Gegenteil sei dies kriminalpolitisch zu begrüßen.

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO seien daher auch nachteilige Schlüsse aus dem Schweigen zulässig⁶¹²; der Richter dürfe zu dem Ergebnis kommen, daß der Angeklagte nicht geschwiegen hätte, wenn er sich hätte entlasten können. Das Schweigerecht werde hierdurch nicht angetastet⁶¹³, denn es sei in der StPO nicht durch ein Beweisverwertungsverbot abgesichert⁶¹⁴. Gegenfurtner⁶¹⁵ sieht gar eine sittliche Pflicht zur wahrheitsgemäßen Einlassung:

„...es fragt sich, ob ein solcher (leugnender) Angeklagter sich nicht einfach einer Verletzung jeglichen Rechtsempfindens als einer inneren, objektiven Norm schuldig macht, die straferschwerend ins Gewicht fallen muß“.

Der Hinweis auf die mögliche strafmildernde Wirkung eines Geständnisses wird daher nicht selten als unproblematisch empfunden⁶¹⁶. Hierin liege kein unzulässiges Versprechen im Sinne des § 136a StPO, da es sich bei der Strafmilderung für ein Geständnis um einen gesetzlich vorgesehenen Vorteil handle⁶¹⁷.

⁶⁰⁸ Ostermeyer NJW 1967, 915, 916

⁶⁰⁹ Ostermeyer NJW 1967, 915, 916f

⁶¹⁰ Eisenberg (1999) Rn. 699

⁶¹¹ Unger JW 1930, 713

⁶¹² Stümpfler DAR 1973, 1, 6; Ostermeyer NJW 1969, 1187

⁶¹³ Kohlhaas DRiZ 1965, 294

⁶¹⁴ Fuhrmann JR 1965, 417f

⁶¹⁵ Gegenfurtner DAR 1966, 98f

⁶¹⁶ Engelhard ZStW 58 (1939), 335, 355 Fn. 61; Zschockelt NStZ 1991, 305, 309; Meyer-Goßner (1995) 136a Rn. 23; KK-Boujong (1999) § 136a Rn. 33;

Pfeiffer (1995) § 136a Rn. 10

⁶¹⁷ Joerden JuS 1993, 927, 930

Somit könne der Hinweis auf die etwaigen Folgen des Schweigens auch nicht als Drohung, sondern müsse als Ausdruck der richterlichen Fürsorge aufgefaßt werden⁶¹⁸.

Andere Autoren wiederum sehen zwar ein Spannungsfeld, halten dies jedoch im Ergebnis jedoch für hinnehmbar. Das Dilemma der Schlechterstellung des sich anderweitig verhaltenden Angeklagten sei unvermeidlich, werde aber zu einem Gutteil kompensiert durch „ungleich höhere Aussichten“ auf einen Freispruch⁶¹⁹. Auch wenn eine gewisse Zwangslage nicht in Abrede gestellt werden könne, sei dies doch hinnehmbar, sofern kein „illegitimer Druck“ ausgeübt werde⁶²⁰. Die Wahrheitsfindung und somit die Gerechtigkeit würden hierdurch nicht beeinträchtigt⁶²¹.

Wesentlich sei die Intensität des aus der in Aussicht gestellten Strafmilderung herrührenden Zwangs. Die Vorschrift des § 136a StPO sei hierbei eine Auslegungshilfe: die Lage müsse im Hinblick auf die Selbstbelastungsfreiheit derartig aussichtslos sein, daß dem Angeklagten keine andere Entscheidung als ein Geständnis möglich sei; das aber sei in der Praxis nicht zu beobachten⁶²². Realistisch betrachtet, stehe der Angeklagte nicht so unter Druck, daß sein Verhalten nicht mehr in seiner Willensmacht stünde.

Einen anderen Weg zur Lösung des Problems verfolgt *Schlüchter*⁶²³. Sie beleuchtet zunächst die Reform der italienischen Strafprozeßordnung im Oktober 1989⁶²⁴, bei der konsensuale Verfahrensformen mit zum Teil erheblichen Strafmilderungen als Anreiz für die Beschuldigten eingeführt worden seien. Die Entwicklung habe sich vom konsensualen Verfahrenstyp hin zu einem Anspruch auf Strafmilderung verschoben. Es sei daher zu überlegen, ob - ähnlich einer Schmerzensgeldtabelle oder einem Bußgeldkatalog - eine Reaktionstabelle mit Durchschnittswerten für den Normalfall erstellt werden solle. Es bedürfe eines Durchschnittsmasses, damit die von der Konsensbereitschaft ausgehende strafmildernde Wirkung nicht in ihr Gegenteil verkehrt werde⁶²⁵.

⁶¹⁸ Schorn MDR 1966, 639f

⁶¹⁹ Jerouschek ZStW 102 (1990), 793, 819

⁶²⁰ Behrendt GA 1991, 337, 354; Schmidt-Hieber FS Wassermann (1985), 995

⁶²¹ Schäfer (1992) Rn. 296

⁶²² Janke (1997) S. 159

⁶²³ Schlüchter (1995) S. 205ff

⁶²⁴ vgl zum italienischen patteggiamento auch Sinner ZRP 1994, 478

⁶²⁵ Schlüchter (1995) S. 205, 224

III. Zur Auflösung des unauflösliehen Widerspruchs

Der Ansatz *Schlüchters* ist aller Ehren wert, zielt er doch darauf ab, die als Gerechtigkeitsproblem erkannte Ungleichbehandlung der unterschiedlich optierenden Beschuldigten zu auflösen. Indes: mag auch die Schwierigkeit, die Elle zu finden, an der die Straftaten und -täter gemessen werden sollen, noch beherrschbar sein, so bleibt doch das Dilemma der relativ ungleichen Bestrafung ungelöst: jedes Versagen einer Strafmilderung stellt - zwangsläufig - eine Strafschärfung für streitiges Verhandeln dar⁶²⁶. Das eigentliche Problem bleibt dadurch ungelöst.

1. Die Verhüllung des Widerspruchs

Der gängige Hinweis⁶²⁷, daß Schweigen oder Leugnen nicht strafscharfend, ein Geständnis allerdings strafmildernd berücksichtigt werden dürfe, trägt daher nicht zur Lösung, sondern allenfalls zur Vernebelung des Problems bei. Gleiches gilt für die Auffassung *Braß*⁶²⁸, daß ein Geständnis eine Selbstverständlichkeit und damit nicht strafmildernd zu berücksichtigen sei, Leugnen dagegen strafscharfend wirken müsse.

Der BGH⁶²⁹ hat einmal den Tatgerichten empfohlen, strafscharfende Umstände nicht negativ zu umschreiben, sondern positiv zu formulieren. So könne der Gefahr entgegengewirkt werden, daß das Fehlen eines Strafmilderungsgrundes fälschlich strafscharfend berücksichtigt werde. Bezogen auf das Aussageverhalten würde dies bedeuten, daß

- die Formulierung: „strafscharfend hat die Kammer berücksichtigt, daß der Angeklagte kein Geständnis abgelegt hat“ unzulässig wäre;
- die Formulierung: „strafscharfend hat die Kammer berücksichtigt, daß der Angeklagte die Tat geleugnet hat“ hingegen zulässig wäre, da der strafscharfende Umstand positiv benannt wird.

Es liegt auf der Hand, daß dieses Ergebnis widersinnig ist. In der Sache bleibt es in beiden Fällen dabei, daß das Leugnen - relativ - strafscharfend wirkt. Gleiches gilt natürlich, wenn noch subtiler formuliert wird, daß „die Kammer nicht in der Lage war, Reue und Schuldeinsicht zugutezuhalten, da der Angeklagte kein Geständnis abgelegt“ habe; oder - perfider - „die Tatsache, daß der Angeklagte kein Geständnis abgelegt, die Tat

⁶²⁶ darauf hat bereits Frister GA 1999, 85, 88 hingewiesen

⁶²⁷ so etwa LK-Hirsch (1995) § 46 Rn. 95f

⁶²⁸ Braß DR 1939, 849

⁶²⁹ BGH Urteil vom 28. Mai 1980 - 3 StR 176/80 - NJW 1980, 2821 = DRiZ 1980, 352 = NStZ 1981, 60 mit Anmerkung Bruns NStZ 1981, 60

vielmehr bis zum Schluß geleugnet hat, wurde von der Kammer nicht strafscharfend berücksichtigt, da der Angeklagte hierbei nur von seinen strafprozessualen Rechten Gebrauch gemacht hat“.

2. Das Wesen der Aussagefreiheit

Hierin zeigt sich, daß Formulierungen das Problem nicht auflösen können; es bleibt dabei: der Angeklagte, vor die Wahl gestellt, sieht sich einem Geständnisdruck ausgesetzt. Die Frage, die es zu beantworten gilt, lautet daher nicht, ob ein solcher Druck existiert, sondern ob er hinnehmbar ist. Die Meinungsverschiedenheit ist damit grundsätzlicher Art; sie ist reduzierbar auf die Frage: was macht Aussagefreiheit eigentlich aus?

a) Freiheit von rechtlichem Zwang

Einigkeit besteht im wesentlichen darüber, daß die Freiheit von rechtlichem Zwang gewährleistet sein muß. Die abweichende Auffassung von *Fischer*⁶³⁰, *Pawlik*⁶³¹ sowie in Ansätzen auch *Stümpfler*⁶³² stellt eine Aussagefreiheit de lege ferenda grundsätzlich in Frage und ist daher an dieser Stelle der Diskussion ohne Belang. Wenn Aussagefreiheit anerkannt wird, kann dennotwendig ein rechtlicher Zwang nicht bestehen.

b) Freiheit von körperlichem Zwang

Weiterhin ist außer Diskussion, daß die Freiheit von körperlichem Zwang zum Wesen der Aussagefreiheit gehört. Dieses Wissen war auch schon vor Einführung des Grundgesetzes Allgemeingut; wohl nicht nur wegen der Erinnerung an die Qualen der peinlichen Befragung. Wenn sich *Freisler* etwa in den Beratungen der StPO-Kommission⁶³³ gegen die Normierung einer Wahrheitspflicht ausspricht, so dürfte dies weniger seinen Grund in humanitären Erwägungen als vielmehr in der Erkenntnis haben, daß auch körperlicher Zwang die Wahrheitsfindung nicht fördert.

c) Freiheit von psychischem Zwang

Heftig umstritten ist indes – wie dargestellt – die Frage, ob der nemo-tenetur-Satz auch die Freiheit von psychischem Zwang

⁶³⁰ Bianca Fischer (1979) S. 93ff

⁶³¹ Pawlik GA 1998, 378

⁶³² Stümpfler DAR 1973, 1

⁶³³ Protokoll der 20. Sitzung der Großen Strafprozeßkommission vom 15. März 1937, S. 19 ff

gewährleisten soll. Hier stehen sich zwei Sichtweisen gegenüber, die mit dem Begriffspaar formelle - materielle Aussagefreiheit skizziert werden sollen. Beide Sichtweisen sind in sich konsequent und stützen die jeweiligen Ergebnisse.

aa) Formelle Aussagefreiheit

Geht man davon aus, daß der nemo-tenetur-Satz allein die formelle Aussagefreiheit schützt, so beschränkt sich diese auf die Gewährleistung des prozessualen Rechts der Aussageverweigerung. Aussagefreiheit bedeutet dann nicht mehr als die Abwesenheit von Aussagezwang.

Das - ausdrückliche oder konkludente - Angebot einer Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses ist hiermit problemlos zu vereinbaren. Denn durch das Inaussichtstellen verschiedener Resultate des Verfahrens, je nach Aussageverhalten, wird die Wahlfreiheit nicht in Frage gestellt. Nach wie vor hat der Angeklagte die Möglichkeit, sich formal frei zu entscheiden, wie er sich verhalten will. Die Tatsache, daß seine Entscheidung unter Umständen ergebnisorientiert ausfällt, kann an ihrer begrifflichen Einordnung als autonome „Entscheidung“ zwischen zwei Möglichkeiten nichts ändern.

Im übrigen sind die Motive des Angeklagten, da höchstpersönlich, jeder Kritik von außen entzogen. Die Verlockung eines Strafrabatts mag das Ergebnis in vielen Fällen determinieren; dies besagt jedoch nur, daß der einzelne Angeklagte sein Verhalten von einer Kosten-Nutzen-Abwägung abhängig macht. Gerade die Finalität dieses Verhaltens belegt, daß eine echte Wahlfreiheit gegeben ist. Ein Strafnachlaß kann/ muß dann gewährt werden, wenn das Gericht zu der Überzeugung kommt, daß echte Schuldeinsicht und Reue vorliegt. Wenn dies aber - infolge des Schweigens - nicht festgestellt werden kann, ist auch ein Strafnachlaß nicht möglich.

Jeder Angeklagte kann sich daher frei entscheiden, ob er dem Gericht diese für ihn günstige Feststellung ermöglichen will oder nicht. Die Tatsache, daß das Gericht auf diese Sachlage hinweist, stellt die Wahlfreiheit nicht Frage, sondern eröffnet sie gerade erst.

Die Situation ist durchaus vergleichbar der Drohung mit einem rechtmäßigen Handeln: der Angeklagte mag sich subjektiv unter Druck gesetzt fühlen. Bei näherer Betrachtung ist es aber nicht der Erklärende, sondern die Situation, die den Druck ausübt. Genauer: der Angeklagte selbst setzt sich unter Druck, weil er in den Genuß des Vorteils kommen will, auf den er keinen Rechtsanspruch hat. Hier wie dort kann von einer Nötigung keine Rede sein, wenn von ihm ein „Standhalten in besonnener Selbstbehauptung“ erwartet werden kann. Das aber ist eine reine Frage der Wertung.

Die Argumente der liberalen Gegenauffassung um *Mittermaier*, *Wimmer* und *Schünemann* sind danach sämtlichst nicht stichhaltig:

- Aufgabe des Richters ist - gerade § 244 II StPO zeigt dies - das Auffinden der Wahrheit; hierzu gehört auch gerade die Einvernahme des Beschuldigten, der - wenn er denn der Täter war - das ergiebigste Mittel zur Erforschung des historischen Sachverhalts ist. Wenn das materielle Recht - und auch das Strafzumessungsrecht gehört hierzu - eine Strafmilderung im Falle des Geständnisses zulässt, dann kann es der formellen Aussagefreiheit keinen Abbruch tun, wenn das Gericht auf diese Rechtslage hinweist. Eine Prämisse der Schuld, mithin eine Verletzung der Unschuldsvermutung kann darin durchaus nicht gesehen werden: die Möglichkeit der Strafmilderung wird ja nur für den - zu Beginn der Hauptverhandlung noch gar nicht feststehenden - Fall in Aussicht gestellt, daß das Gericht am Ende der Hauptverhandlung von der Schuld des Angeklagten zweifelsfrei überzeugt ist. Sowenig dem einen gütliche Einigung gemäß § 279 ZPO anregenden Zivilrichter unterstellt werden kann, er habe mit seinem Vergleichsvorschlag bereits ein irreversibles Vor-Urteil gefällt, so wenig kann dies in den rechtlichen Hinweis des Strafrichters hineingedeutelt werden.
- Ein hieraus resultierender Geständnisdruck ist dann zwar gegeben, aber nicht unzulässig. Im Gegenteil: die Anerkennung des Einzelnen als freies, autonomes Wesen gebietet es, ihm die Entscheidung über das Für und Wider seines Aussageverhaltens mit allen Konsequenzen allein zu überlassen.
- Aus diesem Grunde kann dann auch nicht davon gesprochen werden, daß der Hinweis auf die mögliche Strafmilderung gegen § 136 StPO oder gar § 136a StPO verstößt: die Aussagefreiheit wird nicht verletzt, der in Aussicht gestellte Vor- teil ist rechtlich zulässig.

bb) Materielle Aussagefreiheit

Mit Fug und Recht kann man sich auch auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen:

Von einer echten Entscheidungsfreiheit kann jedenfalls dann keine Rede mehr sein, wenn das drohende Übel von derart existentieller Bedeutung wie eine Freiheitsstrafe ist. Ein rein formelles Verständnis der Aussagefreiheit leugnet in beinahe zynischer Weise, daß Menschen sich nur dann wirklich frei zwischen zwei oder mehr Möglichkeiten entscheiden können, wenn die Konsequenzen wenigstens annähernd gleich sind. Gerade der Vergleich mit der Drohung mit einem rechtmäßigen Handeln

zeigt, daß die Situationen nicht vergleichbar sind. Wenn die Rechtsprechung⁶³⁴ in diesen Fällen - Konnexität zwischen der in Aussicht gestellten Situationsverschlechterung und dem erstrebten Erfolg vorausgesetzt - eine tatbestandliche Nötigung verneint, dann hat dies seinen Grund darin, daß sich zwei Freiheitsbereiche tangieren: der potentiell Unterlassende ist nicht zum Handeln verpflichtet; er übt letztlich nur sein eigenes Freiheitsrecht aus, wenn er unterläßt. Sein Gegenüber wird daher in seiner Freiheit nicht eingeschränkt; im schlimmsten Fall hat er nicht mehr, aber auch nicht weniger als vorher. Im Gegenteil: da neben dem Unterlassen auch ein Tun in Aussicht gestellt wird, welches für das „Opfer“ positive Auswirkungen hätte, wird letztlich die Handlungsfreiheit um eine zusätzliche Option erweitert.

Die Ankündigung eines Strafnachlasses durch das Gericht ist damit nicht vergleichbar. Denn das Unterlassen wäre nicht rechtmäßig. Jeder Angeklagte hat einen Anspruch darauf, daß seine Aussagefreiheit gewährleistet wird. Eine Differenz in der Strafzumessung würde jedoch bedeuten, daß er sein Recht unter Umständen mit Jahren seines Lebens erkaufen muß. Hier kann von Freiheit nicht mehr gesprochen werden. Auch der - einfache - Gesetzgeber geht von einem materiellen Freiheitsbegriff aus, wie sich in der bloßen Existenz der §§ 240, 253 StGB zeigt. Diese Vorschriften dienen dem Schutz der Willensfreiheit. Jedes Opfer einer Nötigung oder Erpressung hat die „Freiheit“, sich für das angedrohte Übel zu entscheiden. Gleichwohl geht der Gesetzgeber davon aus, daß die Willensfreiheit verletzt ist, wenn sich das Opfer dafür entscheidet, sich erschießen zu lassen, anstatt die Kombination des Tresors zu verraten. Gleiches muß im Prozeß gelten: schon Kohler⁶³⁵ hat 1907 gesehen, daß - streng genommen - das Inaussichtstellen einer geringeren Strafe für den Fall des Geständnisses als Erpressung bewertet werden muß.

Daraus ergibt sich, daß der Freiheitsbegriff materiell zu verstehen ist. Von einer echten Aussagefreiheit kann nur dann gesprochen werden, wenn jedes denkbare Aussageverhalten jedenfalls annähernd gleiche Konsequenzen hat. Nur in diesem Fall wird ein psychischer Druck vermieden, der die Aussagefreiheit zur inhaltslosen Hülle degenerieren ließe.

Ein Geständnisbonus greift demnach in den Schutzbereich der Aussagefreiheit ein. Diese Freiheit wird umso stärker verletzt, je größer der in Aussicht gestellte Strafnachlaß ist.

Die Argumente der Vertreter einer formellen Sichtweise greifen danach zu kurz:

⁶³⁴ vgl die Nachweise bei Tröndle/ Fischer (1999), § 240 Rn. 18 sowie bei Lackner/ Kühl (1997), § 240 Rn. 14

⁶³⁵ Kohler GA 54 (1907), 16, 18

- Der Hinweis auf die - angeblich - menschliche Unmöglichkeit kann nicht verfangen, da Strafzumessungsgesichtspunkte rechtlich und nicht tatsächlich vorgegeben werden. Wenn Schweigen oder Reden in strafzumessungsrechtlicher Sicht unbedeutend zu sein hat, so muß sich auch der Richter daran halten; gelingt ihm das nicht, so wird der Rechtsbruch nicht durch sein Unvermögen legalisiert.
- Gleiches gilt für die freie Beweiswürdigung: diese ist nur insofern frei, als nicht gesetzliche Wertungen entgegenstehen. Das aber ist gerade der Fall; nemo tenetur verbietet, das Schweigen - wie auch immer - nachteilig zu berücksichtigen.
- Daher liegt auch ein Verstoß gegen §§ 136, 136a StPO; genauer: das dahinter liegende Prinzip der Aussagefreiheit vor. Beide Normen sind lediglich einfach-gesetzliche Ausprägungen des nemo-tenetur-Prinzips, welches stets dann verletzt ist, wenn der Beschuldigte nicht frei über sein Aussageverhalten entscheiden kann.

Es zeigt sich, daß ohne weiteres in beide Richtungen argumentiert werden - ein Phänomen, das in der Rechtswissenschaft nicht unbekannt ist. Der erste Senat des BGH hat dies beispielhaft vorgeführt in seiner Rechtsprechung zur rechtlichen Zulässigkeit des Lügendetektors; die dort angeführten Argumente können auch für die vorliegende Diskussion fruchtbar gemacht werden.

cc) Die Lehren aus dem Lügendetektor

Ursprünglich, im Jahre 1954, sah der Senat⁶³⁶ in der Verwendung des Lügendetektors einen Verstoß sowohl gegen Art. 1 I GG als auch § 136a StPO; und zwar auch dann, wenn der Angeklagte zustimme. Der Blick in die Seele des Menschen und seine unbewußten Regungen verletze die Freiheit der Willensentschließung und den lebensnotwendigen, unverzichtbaren seelischen Eigenraum, der auch im Strafverfahren unangetastet bleiben müsse.

Die Kehrtwende erfolgte im Jahre 1998. Der Senat⁶³⁷ distanzierete sich ausdrücklich von seiner alten Entscheidung. Die Würde des Menschen schließe auch die Freiheit ein, über sich selbst zu verfügen. Versage man hingegen dem Beschuldigten die - potentiell entlastende - Beweisführung mittels des Lügendetektors, so bedeute dies einen nicht gerechtfertigten, seinem

⁶³⁶ BGH, Urteil vom 16. Februar 1954 - 1 StR 1954 - BGHSt 5, 332 = NJW 1954, 649

⁶³⁷ BGH, Urteile vom 17. Dezember 1998 - 1 StR 156/98 - NJW 1999, 657 = StV 1999, 74, und 1 StR 258/98 - NJW 3/99, S. XIV; zustimmend: Hamm NJW 1999, 922

Willen und seinen Interessen zuwiderlaufenden „Schutz“. Ein unzulässiger Zwang sei nicht zu erkennen.

Das Ergebnis hängt auch hier davon ab, welches Freiheitsverständnis, letztlich: welches Menschenbild zugrundegelegt wird. In der seit Jahrzehnten geführten Diskussion um den Lügendetektor kann dies wie unter einem Brennglas beobachtet werden, wird doch unter Umständen die Freiheit zu Tode geschützt, wenn der vom Beschuldigten als letztes Mittel zum Beweise seiner Unschuld angebotene Test zurückgewiesen wird.

Eine starke Meinung in der Literatur will den Test selbst dann nicht zulassen, wenn er vom Beschuldigten angeboten wird. Auch in diesem Falle würde die Menschenwürde berührt, durch die Erforschung des Innersten ein Mindestmaß an sittlicher Freiheit der Persönlichkeit im Strafprozeß außer Acht gelassen⁶³⁸. Entziehe er sich dem Test, so bedeute das nur allzu leicht ein Indiz für seine Schuld, hierdurch werde die Aussagefreiheit im Kern angetastet⁶³⁹. Eine Weigerung des Beschuldigten würde beim Richter – möglicherweise auch nur unbewußt – die Frage nach dem Grund der Weigerung aufwerfen; dies könne in Zweifelsfällen der ausschlaggebende Punkt in der Überzeugungsbildung des Richters sein⁶⁴⁰. Hierdurch entstünde ein mittelbarer Druck, sich dem Test zu unterziehen; das aber sei mit einem an Freiheitsrechten orientierten Strafverfahren unvereinbar⁶⁴¹. Bei einer generellen Zulassung des Tests würde künftig jede Verweigerung desselben im Einzelfall präjudizierend wirken⁶⁴²; der daraus resultierende Zwang zur Einwilligung sei „nahezu unvermeidlich“⁶⁴³. Entsprechend § 136a I StPO sei daher der Test auch im Falle der Einwilligung nicht als Beweismittel zuzulassen⁶⁴⁴. Radbruch gar hat den Lügendetektorentest als „Rückfall in den Inquisitionsprozeß“, als Verrat am rechtsstaatlichen Prozeßdenken bezeichnet⁶⁴⁵.

Die Befürworter des Tests ,angeführt von *Undeutsch*⁶⁴⁶, verweisen darauf, daß Art. 1 I GG nicht der Einschränkung, sondern dem Schutz der Freiheit, über sich selbst zu verfügen, diene. Als Einwilligungsschranke könne diese Norm daher nicht in Be-

⁶³⁸ Würtenerberger JZ 1951, 772, 774

⁶³⁹ Peters ZStW 87 (1975), 663, 676

⁶⁴⁰ Volckart R & P 1988, 138, 141

⁶⁴¹ Volckart R & P 1988, 138, 142; ebenso Eisenberg (1999) Rn. 699; Grünwald (1993) S. 73; Rieß JA 1980, 293

⁶⁴² Delvo (1981) S. 213

⁶⁴³ Rieß GA 1984, 140f

⁶⁴⁴ Pfeiffer (1995) § 136a Rn. 11; Meyer-Goßner (1995) § 136a Rn. 24; KK-Boujong (1999) § 136a Rn. 34; SK-Rogall (1997) § 136a Rn. 76

⁶⁴⁵ Radbruch (1998) S. 275

⁶⁴⁶ Undeutsch ZStW 87 (1975), 650; Kriminalistik 1977, 193; MschKrim 1979, 228; FamRZ 1996, 329

tracht kommen⁶⁴⁷. Eine Freiwilligkeit der Einwilligung sei durchaus zu bejahen, vergleichbar mit §§ 56c III StGB, 148 II StPO oder § 3 II KastrationsG: der Betroffene wähle jeweils das geringere Übel, um legitimen staatlichen Zwang zu mildern oder für die Zukunft ganz auszuschließen⁶⁴⁸. Da es den Gerichten untersagt sei, die Verweigerung des Tests nachteilig zu berücksichtigen, könne ein psychischer Druck auch nicht entstehen⁶⁴⁹. Die Kunst der Bewertung der Aufzeichnungen sei in die Nähe der Graphologie zu rücken; auch dort komme niemand auf die Idee, freiwillig angebotene Aufzeichnungen als unverwertbar zu betrachten⁶⁵⁰. Die Verweigerung eines Entlastungsbeweises mit der Folge, daß unter Umständen ein Unschuldiger ins Gefängnis müsse, sei eine absurde⁶⁵¹, widersinnige und nicht zu rechtfertigende Interpretation der Menschenwürde⁶⁵². Ein etwaiger mittelbarer Zwang könne nicht ohne weiteres zur Unzulässigkeit führen, da der freiwillig angebotene Test dem in Art. 2 II 2 GG geschützten Interesse des Einzelnen an persönlicher Freiheit diene, dieses Interesse aber ebenso zu berücksichtigen sei wie die mittelbar gefährdeten Interessen anderer, künftiger Beschuldigter⁶⁵³.

Das Dilemma liegt mithin darin, ob man dem Beschuldigten gestatten darf oder sogar muß, seine Seele zu verkaufen, um den Hals zu retten. Diese Frage kann nicht auf den Lügendetektorrest beschränkt bleiben, sondern muß – worauf *Frister*⁶⁵⁴ zu Recht hinweist – umfassender gestellt werden: gehört es zu den Grundlagen eines fairen Verfahrens, dem Beschuldigten die Möglichkeit zu geben, seine Unschuld nötigenfalls durch eine „unfreie“ Aussage zu beweisen?

Die Gewährung einer Dispositionsbefugnis erzeuge einen indirekten Druck, von dieser Befugnis auch Gebrauch zu machen; auch ein Verwertungsverbot könne diesen Druck nicht wirklich mindern, da der Vorgang der Überzeugungsbildung auch für den Richter selbst nur begrenzt kontrollierbar sei⁶⁵⁵. Im Ergebnis sei die Dispositionsbefugnis zu versagen: die Abwägung zwischen dem Risiko der Verurteilung Unschuldiger – das die StPO an anderer Stelle auch in Kauf nehme, wenn sie die Beweisaufnahme nicht auf alle denkbaren Beweismittel erstrecke – einerseits und dem Schutz der Aussagefreiheit andererseits müsse

⁶⁴⁷ Lothar Schneider (1991) S. 141f

⁶⁴⁸ Lothar Schneider (1991) S. 143f; ebenso Prittwitz MDR 1982, 886, 888 und Amelung NSTZ 1982, 38

⁶⁴⁹ Klimke NSTZ 1981, 433f; Scherer StraFo 1998, 16f; Undeutsch ZStW 87 (1975), 650, 657

⁶⁵⁰ Steinke MDR 1987, 535, 537

⁶⁵¹ Schwabe NJW 1982, 367

⁶⁵² Schönemann Kriminalistik 1990, 131; Schwabe NJW 1979, 576, 578; Scherer StraFo 1998, 16f; Berning MschrKrim 76 (1993), 242, 253

⁶⁵³ Amelung NSTZ 1982, 38f

⁶⁵⁴ Frister ZStW 106 (1994), 303, 324

⁶⁵⁵ Frister aaO S. 325

zugunsten der letzteren ausfallen. Das Risiko einer Fehlverurteilung sei nicht allzu hoch einzuschätzen; der „indirekte“ Druck auf den Beschuldigten indes sei sehr wirksam. Die Interaktionsbedingungen im Strafprozeß hätten zur Folge, daß die Einräumung einer Dispositionsbefugnis über die Aussagefreiheit einen erheblichen Druck erzeuge, von dieser Befugnis auch Gebrauch zu machen⁶⁵⁶.

Frister hat Recht, jedoch nur dann, wenn von einem materiellen Verständnis der Aussagefreiheit ausgegangen wird. Denn rein formal hätte – auch bei genereller Zulassung des Tests – der Beschuldigte nach wie vor die freie Wahl, den Test anzubieten oder ein solches Angebot zu unterlassen.

Die Alternativen, vor die der Beschuldigte gestellt wird, sind durchaus vergleichbar; nicht umsonst zieht *Radbruch* die Parallele zum Inquisitionsprozeß. Dem Beschuldigten wird die Möglichkeit eingeräumt, über seine Aussagefreiheit zu verfügen, um einen Freispruch (Lügendetektor) bzw. eine mildere Strafe (Geständnis) zu erlangen. Die Existenz dieser Dispositionsbefugnis hat unweigerlich zur Folge, daß ein – und sei es auch nur subjektiv empfundener – psychischer Druck auf dem Angeklagten lastet, von der Aussagefreiheit in der intendierten Weise Gebrauch zu machen.

Dieser Druck kann dadurch von seinen Schultern genommen werden, daß ihm die Dispositionsbefugnis genommen wird. Darin liegt der besondere Wert der Form im Strafprozeß; erst das formalisierte Prozeßrecht gewährleistet die individuellen Grund- und Freiheitsrechte⁶⁵⁷. Allerdings bedeutet das auch, daß der Beschuldigte auf eine paternalistische Weise in seiner Freiheit beschränkt wird, um ihn vor sich selbst zu schützen.

Hier – Lügendetektor – wie dort – Geständnisbonus – fokussiert sich die Frage nach der Zulässigkeit also auf das zugrundegelegte Freiheitsverständnis.

Als Lehre kann aus der Diskussion um den Lügendetektor die Erkenntnis gezogen werden, daß angesichts der strukturell schwächeren Position des Beschuldigten im Strafverfahren die Einräumung einer Wahlfreiheit faktisch gleichbedeutend ist mit einem psychischen Zwang, diese nur in einer ganz bestimmten Richtung zu nutzen. Von der eingeräumten Freiheit bleibt dann nur eine formale, leere Hülle. Gleiches muß dann aber auch in der Frage des Geständnisbonus gelten. Eine Aussagefreiheit, die sich in der Möglichkeit erschöpft, dem unter Umständen massiven seelischen Druck auch widerstehen zu können, ggf un-

⁶⁵⁶ *Frister* aaO S. 330

⁶⁵⁷ auf die Gewährleistung der Subjektstellung durch Verfahrensprinzipien weist *Frister* ZStW 106 (1994), 303, 328 hin; ebenso *Volckart* R & P 1988, 138, 143

ter Inkaufnahme einer härteren Strafe, ist Freiheit im Sinne eines Manchester-Liberalismus und als solche abzulehnen.

Aus diesem Grunde ist festzuhalten, daß das nemo-tenetur-Prinzip auch die Freiheit von psychischem Zwang enthält. Ein Geständnisbonus ist hiermit nicht vereinbar.

Es bleibt die Frage, wie sich diese Erkenntnis in der Strafzumessung auswirken muß. In der Frage des Lügendetektors liegt die Lösung des Problems darin, daß dem Beschuldigten die Dispositionsbefugnis entzogen wird. Übertragen auf den Geständnisbonus würde dies bedeuten, daß dem Beschuldigten nicht mehr gestattet wird, ein Geständnis abzulegen.

Zwar wäre es überlegenswert, dem Angeklagten jede Befugnis zu entziehen, sich für schuldig zu erklären; im historischen England, nach der Revolution von 1688, war dies zeitweilig geltendes Recht⁶⁵⁸. Hierdurch würde zweifellos jeder Geständnisdruck entfallen. Doch würde man damit gleichzeitig dem Angeklagten jede Möglichkeit nehmen, sich redend zu verteidigen - unvereinbar mit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 I GG. Eine partielle Einlassungsfreiheit, die nur leugnenden Vortrag zuließe, wäre schon deshalb nicht durchführbar, weil es jedem Menschen auch erlaubt sein muß, mit dem Eingeständnis der Tat auch entlastende Umstände vorzutragen.

Das ist in der Frage des Schweigens oder Gestehens, wie dargelegt, nicht machbar; dem Angeklagten darf die Möglichkeit, sich zur Sache einzulassen, nicht genommen werden. Die einzig verbleibende Möglichkeit, den psychischen Druck zu vermindern und also inhaltliche Aussagefreiheit herzustellen, besteht dann darin, den in Aussicht gestellten Vorteil zu eliminieren; konkret: das Geständnis nicht mehr zu belohnen. Dies wird im einzelnen noch an anderer Stelle zu untersuchen sein.

d) Freiheit von Täuschung

Die weitere, sicherlich ebenso wichtige Frage, ob das nemo-tenetur-Prinzip nicht nur die Freiheit von Zwang, sondern auch die Freiheit von Täuschung gebietet, soll hier nur kurz angerissen, nicht aber entschieden werden. Denn für die Bewertung und rechtliche Behandlung des Geständnisbonus ist dies ohne Belang. Gleichwohl soll die Kontroverse nicht unerwähnt bleiben, zeigt doch auch sie, daß alle streitigen Fragen um die Reichweite der Aussagefreiheit ihren tieferen Grund in dem dargelegten unterschiedlichen Freiheitsverständnis haben.

⁶⁵⁸ vgl Dörr (1984) S. 32

Der Große Senat des BGH hat in seiner Grundsatzentscheidung zur Hörfalle⁶⁵⁹ die Reichweite der Aussagefreiheit restriktiv definiert. Der nemo-tenetur-Grundsatz schütze nur die Freiheit von Zwang, nicht die Freiheit von Irrtum; eine Verletzung der Selbstbezeichnungsfreiheit liege daher nicht vor. Bei wertender Betrachtung allerdings könne die Heimlichkeit der Ausforschung einem Verstoß gegen den nemo-tenetur-Grundsatz nahekommen.

Die Kritik an diesem Beschluß bezog sich nicht nur auf die Widersprüchlichkeit seiner Begründung⁶⁶⁰. Der wesentliche Einwand besteht darin, daß von einer Freiheit, autonom über das eigene Aussageverhalten gegenüber den Ermittlungsbehörden zu entscheiden nichts bleibt, wenn der Beschuldigte systematisch über den Zweck der arrangierten Befragung getäuscht wird⁶⁶¹. Die Belehrungsvorschriften - deren Verletzung ansonsten ein Verwertungsverbot nach sich zieht - würden so ad absurdum geführt.

Auch hierin, insbesondere in der dem Vorlagebeschluß⁶⁶² zugrundeliegenden Kontroverse zwischen dem fünften⁶⁶³ und dem ersten Senat⁶⁶⁴ zeigt sich ein grundsätzlich unterschiedliches Freiheitsverständnis. Von einem Zwang zur Selbstbezeichnung kann bei einer erschlichenen Aussage keine Rede sein; stellt man indes - wie der fünfte Senat - auf die effektive Möglichkeit der Durchsetzung von Beschuldigtenrechten ab, so liegt in der Hörfalle durchaus eine eklatante Verletzung des nemo-tenetur-Prinzips. Denn eine abstrakte Kenntnis der Aussagefreiheit ist wertlos, wenn der Betroffene nicht weiß, daß er im Begriff ist, eine strafprozessual relevante „Aussage“ zu machen⁶⁶⁵.

Die Kontroverse setzt sich fort in der Diskussion um die Reichweite des Rechts auf Konsultation eines Anwalts. Während der vierte⁶⁶⁶, vor allem aber der fünfte Senat (im „St. Pauli-Fall“)⁶⁶⁷ die Möglichkeit einer effektiven Betätigung des

⁶⁵⁹ BGH, Beschluß vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 - BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 = StV 1996, 465, differenzierend, im Ergebnis aber eher kritisch Rieß, NStZ 1996, 505 sowie Weßlau ZStW 110 (1998), 1; ablehnend ebenfalls Bernsmann StV 1997, 116, Roxin NStZ 1997, 18, Derksen JR 1997, 167, Renzikowski JZ 1997, 710, zustimmend hingegen Kudlich JuS 1997, 696

⁶⁶⁰ auf den methodischen Bruch in der Begründung weist Rieß NStZ 1996, 505 hin

⁶⁶¹ Bernsmann StV 1997, 116, 118; Derksen JR 1997, 167f; mit ähnlicher Begründung Roxin NStZ 1997, 18

⁶⁶² BGH, Beschluß vom 20. Dezember 1995 - 5 StR 680/94 - NStZ 1996, 200

⁶⁶³ BGH, Beschluß vom 22. März 1995 - 5 StR 680/94 - NStZ 1995, 410

⁶⁶⁴ BGH, Beschluß vom 08. Juni 1995 - 1 ARs 10/95 - NStZ 1995, 557

⁶⁶⁵ so auch Wollweber NStZ 1998, 311

⁶⁶⁶ BGH, Urteil vom 29. Oktober 1992 - 4 StR 126/92 - BGHSt 38, 372 = JR 1993, 332 = JZ 1993, 425

⁶⁶⁷ BGH, Urteil vom 12. Januar 1996 - 5 StR 756/94 - BGHSt 42, 15 = NJW 1996, 1547 = NStZ 1996, 291 = StV 1996, 187 = MDR 1996, 623 = JZ 1997, 364

strafprozessualen Rechts betonen, stellt der erste Senat⁶⁶⁸ allein auf die formale Entscheidungsmöglichkeit ab; Ventzke⁶⁶⁹ hebt zu Recht hervor, daß hier ein anderes Verständnis bürgerlicher Freiheitsrechte zugrundeliegt.

Zweiter Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung

Die Suche nach materieller Wahrheit, zu der § 244 II StPO die Gerichte verpflichtet, ist stets Suche nach einer historischen Wahrheit, die vollständig nicht reproduziert werden kann. Das Ziel einer jeden Beweisaufnahme kann daher nur sein, eine prozessuale Wahrheit zu finden, die der historischen Wahrheit möglichst nahe kommt. Das gelingt nicht immer, die Folge sind zahlreiche Fehlurteile⁶⁷⁰. „Das hängt mit der Überlastung der Berufsrichter und ihrer geringen Bezahlung in Deutschland und anderen Ländern zusammen. In den Vereinigten Staaten hat man erkannt, daß man das Richteramt durch hohe Bezahlung für befähigte Juristen anziehend machen muß und den Richter nicht überfordern darf. Ein Amtsrichter, der an einem Sitzungstage acht bis zehn Fälle und mehr abzuurteilen hat, teils allein, teils mit Schöffen, ist dem Irrtum natürlich in ganz anderem Maße ausgesetzt als einer der Richterkönige in England und Amerika, der auf jeden Fall genügend Zeit verwenden kann“.

Diesen klugen Worten Hirschbergs⁶⁷¹ ist eigentlich nichts mehr hinzuzufügen. Da indes seine Forderung de lege ferenda seit vierzig Jahren in den Fluren der Finanzministerien ungehört verhallt, muß einstweilen mit den vorhandenen sächlichen und personellen Mitteln versucht werden, die Wahrheit zu finden; mögen diese auch noch so unzulänglich sein. Umso wichtiger ist die Qualität der zur Verfügung stehenden Beweismittel. Der Angeklagte selbst wäre als Tatnächster die ergiebigste Quelle; vorausgesetzt, er hat die Tat auch wirklich begangen. Seinem Bekunden kommt daher erhöhte Bedeutung zu; ein Geständnis ist jedoch nur dann von Wert, wenn es auch der Wahrheit entspricht.

I. Pathologisches

Verurteilung und Bestrafung sind „unlustvolle Erfahrungen“, um einen psychoanalytischen Begriff zu benutzen⁶⁷²; der normale Mensch sucht sie zu vermeiden. Gleichwohl sind pathologische

⁶⁶⁸ BGH, Urteil vom 21. Mai 1996 - 1 StR 154/95 - BGHSt 42, 170 = NStZ 1996, 452 = StV 1996, 409 = JZ 1997, 367

⁶⁶⁹ Ventzke StV 1996, 524f; ähnlich auch Herrmann NStZ 1997, 209 und Roxin JZ 1997, 343

⁶⁷⁰ auf die Gefahr falscher Geständnisse - aus den unterschiedlichsten Gründen - weisen unter anderem Weigend JZ 1990, 774, 780, Degener GA 1992, 443, 467, Dauner FS Stutte (1979) S. 3 sowie Stamp (1998) S. 119f hin

⁶⁷¹ Hirschberg (1960) S. 15

⁶⁷² siehe dazu Alexander/ Staub (1928) S. 384

Selbstbezeichnungen nicht selten⁶⁷³. *Margulies*⁶⁷⁴, *Haymann*⁶⁷⁵, *Marx*⁶⁷⁶ sowie *Henschel*⁶⁷⁷ belegen durch Fallbeispiele aus dem Anfang des Jahrhunderts eindrucksvoll, daß Selbstanklagen auf paranoide Wahnbildung, Hysterie oder anderen psychopathologischen Ursachen beruhen kann. Dies belegt, daß jedes Geständnis auf seinen Wahrheitsgehalt überprüft werden muß, ist im übrigen für die vorliegende Untersuchung ohne Belang. Diesem Aspekt soll daher nicht weiter nachgegangen werden.

II. Der ruinierte Beweiswert

Menschliches Verhalten ist üblicherweise final, also auf einen bestimmten Zweck gerichtet. Mithin verfolgt auch der geständige Angeklagte mit seinem Eingeständnis der Tat ein Ziel. Sicherlich will er auf entlastende Umstände hinweisen. Gleichzeitig will er sich die Strafmilderung verdienen; gerade hierin mag eine korrumpierende Gefahr liegen.

Bereits *Feuerbach*⁶⁷⁸ weist auf die Gefahr eines falschen Geständnisses hin, ebenso wie *Mittermaier*⁶⁷⁹, der Art. 5, 20 und 56 der C.C.C. in Bezug nimmt: das Geständnis müsse als völlig freies Erzeugnis des Willens erscheinen; daher raube ihm jeder Zwang, jede Drohung die Beweiskraft. Man wisse dann nämlich nicht, ob das Bekenntnis nicht nur aus Furcht vor dem Übel abgelegt worden sei.

Insbesondere die Angst vor einer Inhaftierung bzw. die Hoffnung auf Haftverschonung könne Ursache eines falschen Geständnisses sein⁶⁸⁰. Die drohende Untersuchungshaft erzeuge einen wesentlichen Geständnisdruck; Haftentscheidungen, die vom Aussageverhalten abhängen, zeigten foltertypische Wirkungen. Dem Beschuldigten würden psychische Daumenschrauben angelegt⁶⁸¹. Dies verleite zu falschen Bekenntnissen, die der Verdächtige ablege, um sich zu befreien; ein so erlangtes Geständnis sei daher ohne Wert⁶⁸². Auch nach erlassenen Haftbefehl setze sich diese Wirkung fort; Untersuchungshaft sei immer auch ein Stück

⁶⁷³ Dreher FS Bockelmann (1979) S. 49, ebenso Peters StV 1987, 375; Rogall NSTZ 1989, 288 ist gar der Auffassung, daß ein Erfahrungssatz, wonach ein unschuldig Beschuldigter die Tat stets oder auch nur in der Regel bestreite, nicht aufgestellt werden könne

⁶⁷⁴ Margulies Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 20 (1900), 91

⁶⁷⁵ Haymann (1911)

⁶⁷⁶ Marx Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 1913, 540

⁶⁷⁷ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 15f

⁶⁷⁸ Paul Johann Anselm Feuerbach (1813) S. 42

⁶⁷⁹ Carl Joseph Anton Mittermaier (1845/1996) VI. Abtheilung § 161 S. 350f

⁶⁸⁰ Schlothauer StV 1981, 39f; Beneke (1990) S. 46f, 123

⁶⁸¹ Stern StV 1990, 563

⁶⁸² Amschl Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 45 (1925), 81, 85

Beugehaft⁶⁸³. Hierzu paßt der aus Gerichtskantinen bekannte Spruch von der U-Haft, die Rechtskraft schafft.

Eine recht plastische Schilderung der Bedrängnis, die zu einem falschen Geständnis führt, findet sich bei Henschel⁶⁸⁴:

„Von allen Seiten dringt der Verdacht auf den Beschuldigten ein. Aus den inquisitorischen Verhören, aus den einzelnen Bemerkungen der Beamten, aus den Aufforderungen zum Geständnisse und dgl. muß der Angeklagte die Überzeugung gewinnen, daß man ihn allgemein für schuldig hält und daß gegenüber dem sich anhäufenden Belastungsmaterial ein Bestreiten der Schuld doch aussichtslos ist. Dieser Zustand wird für den – vielleicht von Natur willensschwachen – Angeklagten allmählich unerträglich. In seiner seelischen Depression ist er bereits so weit gelangt, daß er schließlich nur e i n e n Wunsch hat: er will seine Ruhe haben und vor allem die Quälerei des endlosen Inquirierens los werden. So entsteht in ihm – zunächst vielleicht nur rein instinktiv – der Gedanke, durch ein falsches Geständnis aus dem ganzen Dilemma herauszukommen. Dann leuchten ihm allmählich die praktischen Vorteile dieser Idee ein: Er rechnet damit, auf solche Weise die drohende Verhaftung abzuwenden, resp. die bereits bestehende Untersuchungshaft zu beendigen oder doch wenigstens abzukürzen. Im Hintergrunde schlummert wohl auch die Hoffnung, daß trotz aller Belastungsmomente, ja auch trotz einer falschen Selbstbeschuldigung die Wahrheit schließlich doch an den Tag kommen muß. Und das Resultat dieser Empfindungen und Erwägungen ist die Ablegung eines unwahren Geständnisses“.

Richter können sich, worauf Dahs⁶⁸⁵ aus Sicht des Verteidigers hinweist, die Möglichkeit eines bewußt abgelegten falschen Geständnisses schwer vorstellen. Tatsächlich aber komme es in der Praxis nicht selten vor, daß Mandanten behaupteten, unschuldig zu sein, gleichzeitig aber erklärten, zur Vermeidung eines höheren Bestrafungsrisikos das erwartete Geständnis ablegen zu wollen. Falsche Geständnisse seien daher häufiger, als gemeinhin angenommen werde; der Verteidiger müsse kritisch sein⁶⁸⁶.

In deutlichem Gegensatz hierzu stehen allerdings die Thesen, die die Bundesrechtsanwaltskammer in Bezug auf strafprozessuale Absprachen herausgegeben hat. In These 41 heißt es⁶⁸⁷:

⁶⁸³ Ackermann MschrKrim 1957 (40), 129, 133

⁶⁸⁴ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 32

⁶⁸⁵ Dahs NSTZ 1988, 153, 156

⁶⁸⁶ Dahs (1999) Rn. 311

⁶⁸⁷ zitiert nach Fezer StV 1995, 263, 265 Fn. 35

„Auch im Rahmen einer Verfahrensabsprache darf der Verteidiger nicht an der Verurteilung eines Unschuldigen mitwirken. Deshalb hat der Verteidiger insbesondere auch darauf zu achten, daß ein Geständnis, das der Mandant im Rahmen einer Verfahrensabsprache abzulegen bereit ist, von diesem verantwortet wird“.

Fezer schließt daraus zu Recht, daß der Verteidiger – nach Auffassung der Bundesrechtsanwaltskammer – nicht unbedingt darauf zu achten habe, daß Geständnis der Wahrheit entspreche. Die Ansicht Schlüchters⁶⁸⁸, daß die Gefahr falscher Geständnisse durch anwaltliche Beratung und richterliche Anhörung vermieden werde, erscheint daher als zu optimistisch. Sie meint, das Gericht könne im Falle des Geständnisses von weiteren Beweiserhebungen regelmäßig absehen; etwas anderes gelte nur, wenn ein „schlankes“ Geständnis abgelegt oder gar nur die Aktenlage anerkannt werde. In diesem Falle verstieße die ungeprüfte Übernahme gegen die gerichtliche Aufklärungspflicht⁶⁸⁹. Eine derartige Sichtweise verkennt die Realitäten des Gerichtssaals, von der Anklagebank aus betrachtet.

Es kommt nicht einmal darauf an, wie schlecht die Sache wirklich steht. Außerhalb (oft nicht einmal innerhalb) des Beratungszimmers vermag dies niemand realistisch einzuschätzen. Erst recht in eigener Sache ist ein klares und objektives Urteil nicht möglich, wie Ackermann⁶⁹⁰ richtig feststellt. Wenn der Angeklagte daher seine Lage als hoffnungslos einschätze, könne ihn der Selbsterhaltungstrieb dazu bringen, (nur noch) auf eine mildere Strafe zu hoffen und deshalb ein falsches Geständnis abzulegen⁶⁹¹; dies gelte umso mehr, wenn der Richter durch das Hindrängen auf ein Geständnis den Eindruck erweckt habe, daß für ihn die Schuld schon feststehe⁶⁹². Angesichts einer Freispruchsquote von drei Prozent⁶⁹³ könne es daher unter Umständen Ergebnis einer ganz rational durchgeführten Kosten-Nutzen-Analyse sein, sich schuldig zu bekennen⁶⁹⁴. Der Beweiswert eines Geständnisses sinke daher in dem Maße, in dem es nicht auf freier Entscheidung, sondern auf psychischem Zwang beruhe⁶⁹⁵.

⁶⁸⁸ Schlüchter (1995) S. 224; eher unkritisch zur Gefahr falscher Geständnisse auch Meyer-Goßner NStZ 1992, 579

⁶⁸⁹ Schlüchter FS Spindel (1992) S. 749f

⁶⁹⁰ Ackermann MschrKrim 40 (1957), 129, 131

⁶⁹¹ so schon Kohler GA 54 (1907), 16, 18, im übrigen auch Beneke (1990) S. 54 und Schlothauer StV 1981, 39f

⁶⁹² Wimmer ZStW 50 (1930), 538, 547

⁶⁹³ so Siolek DRiZ 1989, 321, 327

⁶⁹⁴ Siolek DRiZ 1989, 321, 328; Damaska StV 1988, 398, 400; Schmidt-Hieber FS Wassermann (1985), 995, 1003

⁶⁹⁵ Henschel Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 56/57 (1914), 10, 30; Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 669; derselbe (1927) S. 889; im Ergebnis ebenso Schönemann Gutachten (1990) B 83; auf die besondere Gefahr eines falschen Geständnisses im Rahmen des Verfahrens gemäß § 45 JGG weisen Bohnert NJW 1980, 1927, 1929 und Nothacker JZ 1982, 57, 59 hin

Die Liste der reportierten Fallbeispiele falscher Geständnisse ist lang und soll hier nicht im einzelnen wiedergegeben werden; hingewiesen sei nur auf die nachhaltigen Schilderungen bei *Rosenblatt*⁶⁹⁶, *Näcke*⁶⁹⁷, *Haussner*⁶⁹⁸, *Kroch*⁶⁹⁹, *Jung*⁷⁰⁰, *Sello*⁷⁰¹, *von Karman*⁷⁰², *Bohlander*⁷⁰³ und *Prüfer*⁷⁰⁴ sowie die Untersuchungen von *Peters*⁷⁰⁵.

Gründe, ein falsches Geständnis abzulegen, gibt es viele; allein *Dauner*⁷⁰⁶ listet derer vierzehn auf. Für die vorliegende Untersuchung mag es ausreichen, daß einer dieser Gründe in der erhofften mildereren Bestrafung liegt. Der Geständnisbonus beeinträchtigt daher auch die Wahrheitsfindung.

Dritter Abschnitt: Die Beeinträchtigung der Würde des Angeklagten

Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger zeigen als professionell Beteiligte ein durchaus übereinstimmendes Interesse an der raschen Erledigung des Verfahrens; der Beschuldigte fühlt sich in dieser Situation regelmäßig unsicher und überfahren⁷⁰⁷. Die Ungewißheit über den Verfahrensausgang setzt ihn unter Druck und macht ihn willfährig⁷⁰⁸. Er weiß, daß ein von Reue und Schuldeinsicht getragenes Geständnis als Geste der Unterwerfung honoriert werden wird⁷⁰⁹; *Widmaier*⁷¹⁰ hat als Verteidiger die Erfahrung gemacht, daß ein Richter versöhnlich gestimmt wird, wenn er es ist, der den verstockt leugnenden Angeklagten zu Einsicht und Umkehr veranlaßt hat. *Dölp*⁷¹¹ spricht von „Schmuseverteidigung“; ein Begriff, der die Situation durchaus treffend kennzeichnet.

Es geht darum, sich nicht die „Milde des Gerichts“ zu verschmerzen⁷¹². Allein der Begriff ist schon verräterisch: „Milde“ weckt die Assoziation an väterliches – oder auch mütterli-

⁶⁹⁶ Rosenblatt GA 31 (1883), 446

⁶⁹⁷ Näcke Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 25 (1905), 377

⁶⁹⁸ Haussner Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 26 (1906), 221, 259

⁶⁹⁹ Kroch Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 27 (1907), 176

⁷⁰⁰ Jung Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 28 (1908), 313

⁷⁰¹ Sello (1911)

⁷⁰² von Karman Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik 51 (1931), 326

⁷⁰³ Bohlander NSTZ 1992, 578

⁷⁰⁴ Prüfer StV 1998, 232

⁷⁰⁵ Peters, Fehlerquellen im Strafprozeß (1970, 1972, 1974)

⁷⁰⁶ Dauner FS Stutte (1979), S. 3

⁷⁰⁷ Schmidhäuser JZ 1973, 529, 531

⁷⁰⁸ Dürkop (1977) S. 99

⁷⁰⁹ Jerouschek ZStW 102 (1990), 793, 818

⁷¹⁰ Widmaier StV 1986, 357f

⁷¹¹ Dölp NSTZ 1998, 235f

⁷¹² Jonas JW 1927, 365

ches - Wohlwollen, an großzügige, warmherzige Behandlung, auf die kein Anspruch besteht, die nur erhofft werden kann. Hierin liegt durchaus ein Denkfehler, da jeder Angeklagte einen Rechtsanspruch darauf hat, daß ihm eine (nur) schuldangemessene Strafe zuerkannt wird, unabhängig von Unterwerfungsgesten. Strafzumessung, die sich demgegenüber an Kriterien wie „Milde“ und „Strenge“ orientiert, führt ein unzulässiges paternalistisches Moment ein und verfällt dem Irrglauben, daß ein mildes Urteil ein persönlicher, unverdienter Gnadenerweis sei, für den der Angeklagte dankbar zu sein habe.

Schmidt-Hieber⁷¹³, einst engagierter Befürworter strafprozessualer Absprachen, ist insofern von der Wirklichkeit eingeholt worden. Er stellt resigniert fest, daß Wirtschafts-, aber auch Betäubungsmittel- und Umweltverfahren „wie Zivilprozesse gehobener Klasse“ abliefen. Die ganze Härte des Verfahrens träfe jedoch denjenigen, der sich nicht wehren könne, den Schwachen und Kleinen, den proletarischen Kriminellen. „Die Hauptverhandlung ist ... ein grotesk-zeremonieller Opferkult, gestaltet von düsteren, undurchschaubaren Akteuren. Wenn Gönnerhaftigkeit menschlich ist, dann klingt bei der Urteilsbegründung erstmals etwas wie Menschlichkeit an. Aber es ist nicht mehr als das stirnrunzelnde Wohlwollen, das dem Verurteilten klar machen soll, daß er noch ganz passabel weggekommen ist: Ein berechnetes richterliches Eigenlob, das dem Angeklagten den Rechtsmittelverzicht nahelegen soll, um ein abgekürztes Urteil schreiben zu können“.

Es ist unerheblich, ob das Gericht im konkreten Strafverfahren tatsächlich eine derartige Erwartung hegt. Denn es reicht aus, daß der Angeklagte hiermit rechnen muß. Da das Geständnis als solches nach ständiger Rechtsprechung keine Strafzumessungsrelevanz hat, lediglich die darin indiziell zu erblickende Schuldeinsicht und Reue, reicht das Eingestehen der Tat nicht aus. Der Angeklagte muß darauf bedacht sein, Schuldeinsicht und Reue möglichst glaubhaft zu demonstrieren.

Der Geständnisdruck ist mithin nicht nur ein einfacher, sondern ein qualifizierter: der Angeklagte wird zu einem Gang nach Canossa genötigt; er soll nicht nur eingestehen, sondern - darüber hinaus - Abbitte leisten. Es fragt sich, ob dies mit der Würde des Menschen und der anerkannten Stellung des Angeklagten als Subjekt des Verfahrens vereinbar ist.

Dürkop⁷¹⁴ etwa weist als Ergebnis einer Untersuchung mit jugendlichen Straftätern nach, daß die Erwartung von Reue (als Ausdruck der geforderten Sühneleistung) von den Straftätern

⁷¹³ Schmidt-Hieber DRiZ 1990, 321, 324

⁷¹⁴ Dürkop (1977) S. 82

als zusätzliche Auflage zur verhängten Strafe, gar als Zumutung empfunden werde.

Tatsächlich werde Reue nur selten empfunden. Angesichts der vermuteten Erwartung des Gerichts komme es aber zu einer diffusen Selbstdarstellung, die gekennzeichnet sei durch eine Anpassung an diesen Umstand⁷¹⁵. Der Angeklagte nimmt eine stereotype Haltung des reuigen, sich unterwerfenden Sünders ein; das Tribunal wird zur Szene⁷¹⁶, in der Verfahrenstaktik dominiert⁷¹⁷. Bevorteilt wird der schauspielernde Angeklagte⁷¹⁸, der den „charakterlichen Sonntagsanzug“⁷¹⁹ anzieht und so dem Richter gefällt. Nachgerade lächerlich wird die Situation, wenn er – dem Rat *Widmaiers*⁷²⁰ folgend – sich zunächst sträubt und erst nach gewissem Kampf unterwirft, um dem Richter das Gefühl zu vermitteln, daß er es gewesen ist, der den verstockt leugnenden Angeklagten zu Einsicht und Umkehr veranlaßt habe.

Es erscheint durchaus bedenklich, ob ein solches Verfahren mit der Würde des Angeklagten vereinbar ist. Indes scheint sich das Problem aufzulösen. Zwar hält die Rechtsprechung nach wie vor an dem Erfordernis fest, daß nur ein von Reue und Schuldeinsicht getragenes Geständnis geeignet sei, strafmildernd zu wirken. In den letzten Jahren, insbesondere seit der Grundsatzentscheidung des vierten Senats zur Zulässigkeit strafprozessualer Absprachen⁷²¹, wird die Bedeutung dieses Gesichtspunktes zunehmend reduziert. Schuldeinsicht und Reue seien subjektive, objektiv nur schwer meßbare Empfindungen; da auch im Bereich der Strafzumessung der Zweifelsgrundsatz gelte, müsse auch bei einem abgesprochenen Geständnis davon ausgegangen werden, daß es nicht nur auf prozeßtaktischen Erwägungen, sondern auch auf Schuldeinsicht und Reue beruhe.

Hierdurch ist das Erfordernis zwar formal beibehalten, in der Sache aber aufgegeben worden. Da bei keinem Geständnis ausgeschlossen werden kann, daß der Angeklagte – jedenfalls auch – seine Schuld einsieht und die Begehung der Tat bereut (warum auch immer), wirkt faktisch bereits die Tatsache des Geständnisses strafmildernd. Wenn *Rückel*⁷²² schreibt, das stets zu prüfen ist, ob ein „Kniefall“ des Mandanten erforderlich ist oder durch das Verlesen einer Verteidigungsschrift umgangen werden kann, ist das richtig für das Jahr 1987. Im Jahre 2000, nach der erwähnten Grundsatzentscheidung des BGH, kann davon ausgegangen werden, daß eine Verteidigungsschrift, jedenfalls

⁷¹⁵ Dürkop (1977) S. 137

⁷¹⁶ Fabricius (1996) S. 195

⁷¹⁷ Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 679; Busam (1983) S. 122

⁷¹⁸ Fuchs JW 1926, 2234; Schmidt-Hieber DRiZ 1990, 321

⁷¹⁹ Ackermann MSchrKrim 40 (1957), 129, 135

⁷²⁰ Widmaier StV 1986, 357f

⁷²¹ BGH, Urteil vom 28. August 1997 - 4 StR 240/97 - BGHSt 43, 195 = NJW 1998, 86 = NSTZ 1998, 31 = StV 1997, 583

⁷²² Rückel NSTZ 1987, 297, 302

aber ein „schlankes“ Geständnis, bei dem nur der Anklagevorwurf eingeräumt wird, ausreicht.

Unter dieser Prämisse kann festgehalten werden, daß das Inaus-sichtstellen eines Geständnisbonus die Würde des Angeklagten nicht (mehr) bedroht.

Fünfter Teil: Konsequenzen der gefundenen Ergebnisse

Resümierend kann festgehalten werden, daß sich Gründe sowohl für als auch gegen den Geständnisbonus finden lassen.

Es spricht für den Geständnisbonus

- die nicht zu widerlegende Annahme, daß hierin ein Zeichen für tatschuld mindernde Einsicht und Reue zu sehen ist,
- die im Geständnis zu sehende Anerkennung der Rechtsordnung,
- die durch das Geständnis bewirkte Einsparung von sachlichen und personellen Mitteln,
- letztlich auch der Gesichtspunkt der Effektivität der Strafrechtspflege, wenngleich dieses Argument eher spekulativ und nicht empirisch begründbar ist.

Es spricht gegen den Geständnisbonus

- die Tatsache, daß durch die Honorierung des Geständnisses eine materiell verstandene Aussagefreiheit korrumpiert wird,
- die weitere Tatsache, daß hierdurch die Wahrheitsfindung erschwert wird, also die Gefahr einer Verurteilung Unschuldiger wächst,
- nicht aber eine mögliche Beeinträchtigung der Würde des Angeklagten; ein Zwang zu demonstrativer Zerknirschung kann angesichts der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung nicht mehr angenommen werden.

Es stellt sich nun die Frage, zu welchen Konsequenzen dieses Ergebnis führen muß.

Erster Abschnitt: Der Ansatz Weißlau

Die Tatsache, daß der Geständnisbonus sowohl die Aussagefreiheit verletzt als auch die Wahrheitsfindung erschwert, besagt - für sich genommen - noch nichts.

Weißlau⁷²³ will hieraus keine Konsequenzen ziehen. Strafzumessungserwägungen seien nicht bereits deshalb unzulässig, weil

⁷²³ Weißlau KJ 26 (1993), 461

sie sich direkt oder indirekt auf das Aussageverhalten des Angeklagten bezögen.

Auch die Rechtsprechung des BGH sei so zu verstehen, daß nicht jede Strafzumessungserwägung, die an das Prozeßverhalten anknüpfe und so einen indirekten Geständnisdruck erzeuge, unzulässig sei. Verboten sei nur „unzulässiger“ Druck; wann ein unzulässiger Druck vorliege, sei aber nicht von der Aussagefreiheit her zu bestimmen, sondern ergebe sich aus dem Strafzumessungsrecht⁷²⁴. Sobald also ein strafzumessungsdogmatisch anerkannter Grund für eine Differenzierung zwischen geständigem und schweigendem Angeklagten vorliege, könne von unzulässigem Druck nicht gesprochen werden, auch wenn faktisch die Aussagefreiheit berührt werde. Es sei gerade nicht gerechtfertigt, die Zulässigkeit von Strafzumessungserwägungen davon abhängig zu machen, wie sie sich faktisch auf die Aussagefreiheit auswirkten; hierdurch würde der Gewährleistungsbereich der Aussagefreiheit überdehnt. Diese stehe nicht derart über allen anderen, von der Rechtsordnung anerkannten Zielen, daß deren Verwirklichung wegen möglicher Auswirkungen auf die Aussagefreiheit aufgegeben werden müsse⁷²⁵.

Das Strafzumessungsrecht ziele auf die Verhängung einer schuldangemessenen und spezialpräventive Bedürfnisse berücksichtigenden Strafe. Wenn es – hierauf bezogen – einen berechtigten Milderungsgrund für ein Geständnis gebe, so sei es nicht einzusehen, dem geständigen Täter die Milderung deshalb zu versagen, weil potentielle andere Beschuldigte sich hierdurch in ihrer Entscheidung über die Wahrnehmung ihres Schweigerechts beeinträchtigt fühlen könnten. Gegen die Aussagefreiheit verstießen daher nur solche Maßnahmen, die eine Beeinflussung des Angeklagten in Richtung eines bestimmten Aussageverhaltens intendierten⁷²⁶.

Weßlau ist zuzugeben, daß anerkannte Strafmilderungsgründe nicht allein deswegen unberücksichtigt bleiben dürfen, weil andernfalls die Aussagefreiheit indirekt berührt wird. Wenn und sobald die Hauptverhandlung einen Gesichtspunkt ergibt, der im Rahmen der Strafzumessung zugunsten des Täters spricht, hat dieser auch einen Rechtsanspruch darauf, daß jener Aspekt berücksichtigt wird. Diese Konsequenz ist unumgänglich, wie *Schlüchter*⁷²⁷ am Beispiel der Entwicklung des italienischen Rechts nachgewiesen hat. Nicht hinnehmbar ist indes die Schlußfolgerung *Weßlaus*, daß nur solche Maßnahmen gegen die Aussagefreiheit verstoßen, die eine Beschränkung derselben intendieren. Es macht für die Schwere der Beeinträchtigung der Aussagefreiheit keinen Unterschied, ob diese „final“ oder nur „bei Gelegenheit“ erfolgt. Der Angeklagte, der mit einer

⁷²⁴ *Weßlau* KJ 26 (1993), 461, 465

⁷²⁵ *Weßlau* KJ 26 (1993), 461, 466

⁷²⁶ *Weßlau* KJ 26 (1993), 461, 467

⁷²⁷ *Schlüchter* (1995) S. 220

Strafmilderung für ein Geständnis rechnen kann, ist in seiner Freiheit der Willensentschließung eben nicht mehr unbedrängt, auch wenn es diverse gute Gründe gibt, die für den Geständnisbonus sprechen. Die Aussagefreiheit mag nicht über allen anderen, von der Rechtsordnung anerkannten Zielen stehen, sie steht aber auch nicht darunter. Hierauf geht Weßlau nicht ein; sie beschreibt das Problem, löst es aber nicht. Keinesfalls kann die Lösung darin liegen, die Aussagefreiheit stets zurücktreten zu lassen.

Zweiter Abschnitt: Abwägung

Denkbar wäre es auch, die oben genannten, für und gegen den Geständnisbonus sprechenden Gesichtspunkte in eine umfassende Abwägung einzustellen. Die Beeinträchtigung der Aussagefreiheit wäre dann nur ein Gesichtspunkt unter mehreren und müßte ggf zurücktreten, wenn andere, schwerwiegendere Gründe die Zubilligung eines Geständnisbonus gebieten – natürlich stets unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.

Die Rechtsprechung des BGH zur Hörfalle könnte hierbei zum Vorbild genommen werden. Überträgt man die Argumentation des Großen Senats⁷²⁸ auf den Geständnisbonus, so hieße dies, daß stets eine Abwägung mit dem Gebot effektiver Strafverfolgung vorzunehmen sei. Die Zubilligung eines Geständnisbonus wäre – wenngleich die Aussagefreiheit beeinträchtigend – jedenfalls dann zulässig, wenn Straftaten von erheblicher Bedeutung aufzuklären sind und der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden (bzw. Beweismittel) erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre.

Die einleitend, auf Seite 1 formulierte Belehrung müßte dann wie folgt gefaßt werden:

„Sie haben die Anklage des Staatsanwalts gehört. Es steht Ihnen frei, sich zu den erhobenen Vorwürfen zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ob Sie aussagen oder schweigen, hat auf eine etwa zu verhängende Strafe keinen Einfluß. Dies gilt jedoch nur im Grundsatz. Sollte sich nämlich im Laufe der Verhandlung herausstellen, daß Ihnen die Tat mit anderen zur Verfügung stehenden Beweismitteln möglicherweise nicht nachgewiesen werden kann, dann würde ein Geständnis strafmildernd berücksichtigt werden“.

⁷²⁸ BGH, Beschluß vom 13. Mai 1996 - GSSt 1/96 - BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940 = NStZ 1996, 502 = StV 1996, 465

Eine derartige Abwägung würde die Aussagefreiheit bis zur Unkenntlichkeit relativieren und unter den Vorbehalt jederzeitiger Einschränkbarkeit stellen; die Chancen des Angeklagten wären wenig größer als die der Maus, mit der die Katze spielt. Grünwald⁷²⁹ hat schon früh das angebliche, aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Verfassungsgebot der effektiven Strafrechtspflege heftig kritisiert. Bislange habe das Rechtsstaatsprinzip dazu gedient, zum Schutze des Bürgers staatliche Strafverfolgungsinteressen zu limitieren. Durch die Aufnahme des Strafverfolgungsinteresses in das Rechtsstaatsprinzip würden traditionelle rechtsstaatliche Grundsätze relativiert und der einfachen Abwägung gegenüber staatlichen Strafverfolgungsinteressen ausgesetzt. Bei bloßer Abwägung gegenläufiger Interessen gebe es aber keine bestimmbare Grenze mehr, da es an rational überprüfbaren Bemessungskriterien fehle. Es stelle daher eine „Perversion des Rechtsstaatsbegriffs“⁷³⁰, diesen gegen den beschuldigten Bürger zu kehren und zur Legitimation staatlicher Strafverfolgung zu verwenden.

Dieses Bedenken kann nicht auf den Gesichtspunkt der Effektivität der Strafrechtspflege beschränkt bleiben. Sobald die Aussagefreiheit als nur ein Strafzumessungsgesichtspunkt unter mehreren zur Disposition einer verhältnismäßigen Abwägung gestellt wird, ist sie als gegen staatliche Strafverfolgung gerichtetes Prozeßgrundrecht faktisch nicht mehr existent. Angesichts unbestimmter Rechtsbegriffe und des Fehlens jeglicher Maßeinheiten ist sie in das Belieben des Strafverfolgungsorgans „Strafgericht“ gestellt. Paeffgen⁷³¹ bemerkt hierzu: *„Die bis zur Grenze des Kernbereichs des Rechts alles relativierende Verhältnismäßigkeit erlaubt grundsätzlich, fast jeden Eingriff zu legitimieren, solange das zu verteidigende Rechtsgut genug Gewicht besitzt“*.

Aus diesem Grunde ist auch die Berücksichtigung im Rahmen einer umfassenden Abwägung nicht hinreichend, um die im Geständnisbonus liegende Verletzung der Aussagefreiheit zu rechtfertigen.

Dritter Abschnitt: Die Gleichstellung von Reden, Schweigen, Leugnen

Die Lösung kann demzufolge nur darin liegen, das Reden, Schweigen und Leugnen – mithin das Aussageverhalten schlecht hin – strafzumessungsrechtlich gleich zu behandeln. Die Aussagefreiheit als sensibles, weil verletzliches Rechtsgut kann nur dann effektiv gewährleistet werden, wenn keine Form ihrer

⁷²⁹ Grünwald JZ 1976, 767, 772f

⁷³⁰ Grünwald JZ 1976, 767, 773

⁷³¹ Paeffgen StV 1999, 625, 627

Betätigung einen strafzumessungsrechtlichen Vorteil verspricht.

I. Grundsatz

Wie dargelegt, hat jeder Angeklagte einen Rechtsanspruch darauf, daß alle gefundenen strafmildernden Aspekte auch Einfluß auf die Bemessung der Strafhöhe haben. Wenn also ein Geständnis deshalb strafmildernd wirken kann, weil es

- Indiz für Schuldeinsicht und Reue ist,
- spezial- und generalpräventive Strafzwecke befriedigt, insbesondere durch eine öffentliche Anerkennung der Rechtsordnung den strafverfolgenden Staat der Notwendigkeit enthebt, die Unverbrüchlichkeit der Normgeltung durch Verhängung einer empfindlichen Strafe unter Beweis zu stellen,
- die Effektivität der Strafrechtspflege nicht in Frage stellt,
- schließlich die Durchführung eines langen und teuren Verfahrens entbehrlich macht,

dann dürfen diese Strafmilderungsgesichtspunkte nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil hierdurch die Aussagefreiheit berührt wird.

Wenn demzufolge dem geständigen Angeklagten die Milderung nicht versagt werden kann, dem schweigenden Angeklagten indes hieraus kein Nachteil erwachsen soll, dann kann die Lösung nur darin liegen, auch dem schweigenden oder leugnenden Angeklagten einen Geständnisbonus gutzubringen. Denn sämtliche Bedenken, die gegen den Geständnisbonus erhoben werden können, resultieren allein aus der unterschiedlichen Behandlung von geständigem und schweigendem Täter. Sobald das Geständnis keinen strafzumessungsrechtlichen Vorteil mehr verspricht, entfällt jeder psychische Geständnisdruck und die Gefahr falscher Selbstbezeichnungen.

Es bleibt allein die Frage, ob eine solche Gleichbehandlung strafzumessungsrechtlich zu rechtfertigen ist.

Die auf den Seiten 85ff dargelegten strafrechtsinternen Gründe lassen eine Gleichbehandlung von geständigem und schweigendem Angeklagten durchaus zu.

Die Indizkonstruktion steht dem nicht entgegen: da das Geständnis nicht als solches strafmildernd wirkt, sondern lediglich Indiz für Schuldeinsicht und Reue ist, kann dies auch zugunsten des schweigenden Täters unterstellt werden. Die Rechtsprechung hat wiederholt anerkannt, daß Schweigen und/oder

Leugnen auch auf Scham oder Reue beruhen kann. Da auch im Bereich der Strafzumessung der Zweifelsgrundsatz gilt, vom schweigenden/leugnenden Täter auch nicht gefordert werden kann, Schuldeinsicht und Reue zu zeigen, muß zu seinen Gunsten unterstellt werden, daß er die Tat bereut, seine Schuld ein-sieht. Der strafzumessungsrechtliche Unterschied beträgt dann „plus-minus-Null“⁷³².

Auch unter dem Gesichtspunkt der Anerkennung der Rechtsordnung ist eine gleiche Behandlung zu rechtfertigen. Zwar könnte eingewendet werden, daß sich der schweigende oder leugnende Angeklagte gerade nicht öffentlich der Rechtsordnung unterwirft. Dieses Bedenken greift jedoch nicht durch: Bis zur rechtskräftigen Verurteilung gilt jeder Angeklagte als unschuldig, Art. 6 II EMRK. Sein Leugnen oder Schweigen hat nicht den Erklärungswert, daß er die Geltung der Rechtsordnung in Frage stellt; da er den Rechtsbruch nicht eingesteht, gibt es auch nichts, dessen Geltung (wieder-)herzustellen ist. Selbst wenn er schuldig ist, kann er die eingeforderte Unterwerfung nicht anbieten, ohne seine Verteidigungsposition zu gefährden. Dies kann ihm daher nicht zum Nachteil gereichen. Sein guter Wille muß auch hier unterstellt werden. Unter dem Gesichtspunkt der positiven Generalprävention kann dies sogar positiv gewertet werden, wird doch das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die konsequente Gewährleistung rechtsstaatlicher Verfahrensgrundsätze gestärkt.

Schwieriger ist die Vereinbarkeit einer Gleichbehandlung mit den anderen, auf den Seiten 94ff angeführten strafrechtsexternen Gründen für einen Geständnisbonus.

Allerdings mag die Effektivität der Strafrechtspflege in Frage gestellt sein. Wenn diese davon abhängt, daß der geständige Täter - relativ - bevorteilt wird, dann ist sie durch eine vollständige Gleichbehandlung in der Tat bedroht.

Hinzu kommt der verfahrensökonomische Gesichtspunkt. Zweifels- ohne verkürzt ein Geständnis regelmäßig die Beweisaufnahme, erspart eine unter Umständen teure und langwierige Beweisaufnahme. Die Differenz läßt sich vermutlich in den meisten Fällen sogar auf Heller und Pfennig ausrechnen, so daß sich genau beziffern läßt, wie teuer den Staat⁷³³ das Schweigen oder Leugnen kommt.

Will man allerdings Aussagefreiheit inhaltlich gewährleisten und nicht nur auf ein formales Recht reduzieren, dann dürfen

⁷³² Grünwald StV 1987, 453; ebenso Rönnau wistra 1998, 49, 53

⁷³³ selbst wenn dem Verurteilten die Verfahrenskosten auferlegt und - was nicht der Regelfall ist - bei diesem sogar beigetrieben werden können, bleibt ein erklecklicher Kostenanteil beim Fiskus, da die Gerichtsgebühren nicht kostendeckend sind

weder Effektivität noch Kosten der staatlichen Strafverfolgung - die grundsätzlich dem Verurteilten auferlegt werden - eine Rolle spielen. Eine rechtsstaatliche Gewährleistung, die nur dann gewährt wird, wenn sie weder die Verurteilung noch das Budget gefährdet, verdient ihren Namen nicht. Geringere Effektivität zu höheren Kosten ist dann der Preis der Freiheit.

Es sei hier noch einmal hervorgehoben, daß auch eine andere Sichtweise möglich ist. Wenn schon Aussagefreiheit als solche nicht selbstverständlich ist, dann gilt das erst recht für die konkrete Ausgestaltung derselben. Es ist durchaus möglich, sie formal zu verstehen und das „Gebrauchsrisiko“ dem Angeklagten aufzuerlegen. Versteht man sie jedoch anders, nämlich als Garantie einer unbedrängten Freiheit der Willensentschließung und -betätigung, die der Bürger dem strafverfolgenden Staat entgegensetzen kann, dann muß im Widerstreit zwischen Effektivität und Verfahrenskosten einerseits sowie Aussagefreiheit andererseits die letztere obsiegen.

Um dem geständigen Täter aber diesen Strafmilderungspunkt nicht zu nehmen, muß dann zugunsten des schweigenden Angeklagten davon ausgegangen werden, daß sein Verhalten die Effektivität der Strafrechtspflege nicht beeinträchtigt. Dies fällt umso leichter, als eine solche Erwägung nur dann anzustellen ist, wenn das Gericht eine Strafe zu verhängen hat, mithin zu einer Verurteilung kommt.

Weiterhin muß im Rahmen einer wertenden Betrachtung bei dem schweigenden Angeklagten auf eine Zurechnung der tatsächlich entstandenen - höheren - Verfahrenskosten verzichtet werden. Die mit der Ausübung der Aussagefreiheit verbundenen Kosten werden um ihrer selbst willen strafzumessungsrechtlich nicht in Ansatz gebracht.

II. Grenzen

Die Gleichbehandlung von geständigem und schweigendem Täter stößt an Grenzen. Denn das Geständnis hilft nicht nur dem strafverfolgenden Staat.

*Jonas*⁷³⁴ schildert dies aus Sicht des Verteidigers: „Dabei ist zunächst und vor allem zu beachten, daß das Geständnis nicht nur Grundlage der Anklage ist. In zahlreichen Fällen bildet das Geständnis die einzige Unterlage für die Verteidigung, diejenige Aufklärung, die eine wirksame Verteidigung erst ermöglicht. Der des Mordes Angekl. bestreitet, am Tatort gewesen zu sein. Das wird ihm nachgewiesen. Er wird des Mordes für überführt erachtet und zum Tode verurteilt. Hätte der Angekl. sich zum Geständnis aufgerafft, seine Tat würde sich als Tot-

⁷³⁴ Jonas JW 1927, 365

schlag erwiesen, er würde durch Darlegung der in ihr liegenden Gründe die Zubilligung mildernder Umstände haben erwirken können".

Dieses Beispiel zeigt, daß erst das Schuldeingeständnis dem Verteidiger die Möglichkeit bietet, alle entlastenden Umstände zur Person und zur Sache vorzutragen⁷³⁵. Schweigt der Angeklagte, so geht er das Risiko, daß entlastende, schuldausschließende oder -mildernde Umstände unbekannt bleiben⁷³⁶. Der Richter geht von einem „Normalfallrahmen“ aus; allein das Geständnis bietet dem Angeklagten die Möglichkeit, diesen Rahmen zu seinen Gunsten zu verschieben, indem er entlastende Umstände vorträgt, die der Richter sonst nicht gesehen hätte, die zu erforschen er auch keinen Anlaß gehabt hätte⁷³⁷.

Es handelt sich dabei um das verbleibende Risiko, mit dem der schweigende Angeklagte unter der geltenden Prozeßordnung leben muß. Der Strafrichter, hierauf weist *Dencker*⁷³⁸ zu Recht hin, kann nur von einem Normalfall ausgehen; dem steht auch der Zweifelsgrundsatz nicht entgegen. Denn ohne irgendwelche Anhaltspunkte können Zweifel – zum Beispiel an der Schuldfähigkeit zum Zeitpunkt der Tat, an einer bösen Gesinnung des Täters oder an einer Provokation durch das Opfer – gar nicht auftreten. *Dahs*⁷³⁹ beklagt daher das Fehlen eines Schuldinterlokuts. Es mag dahinstehen, ob ein Schuldinterlokut alle Nachteile des jetzigen Verfahrens beseitigen könnte; jedenfalls derzeit bleibt das Risiko des Übersehens entlastender Umstände notwendig beim schweigenden Täter.

III. Ergebnis

Zusammenfassend kann folgendes festgehalten werden:

- 1.) Ein Geständnis wirkt strafmildernd, weil es
 - Schuldeinsicht und Reue indiziert,
 - als Anerkennung der Rechtsordnung auszulegen ist,
 - die Effektivität der Strafrechtspflege fördert und
 - den Strafverfolgungsaufwand reduziert.

- 2.) Eine Strafmilderung in gleichem Umfange kommt dem schweigenden oder leugnenden Angeklagten zugute, weil

⁷³⁵ Dahs (1999) Rn. 451

⁷³⁶ Haußner Archiv für Kriminalanthropologie und Kriminalistik XIII-XIV (1903), 267f; Liepmann ZStW 44 (1924), 647, 669

⁷³⁷ Dencker ZStW 102 (1990), 51, 74ff

⁷³⁸ Dencker ZStW 102 (1990), 51, 74ff

⁷³⁹ Dahs (1999) Rn. 451

- zu seinen Gunsten auch davon auszugehen ist, daß er die Tat bereut und seine Schuld einsieht,
- zu seinen Gunsten - und in Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte - davon auszugehen ist, daß er die Geltung der Rechtsordnung anerkennt,
- zu seinen Gunsten davon auszugehen ist, daß sein Aussageverhalten die Effektivität der Strafrechtspflege nicht berührt,
- ihm bei wertender Betrachtung der erhöhte Verfahrensaufwand nicht zugerechnet werden kann.

3.) Die Gleichbehandlung findet ihre Grenze dort, wo der geständige Täter zusätzlich auf entlastende Umstände hinweisen kann; eine Möglichkeit, die sich der schweigende oder leugnende Angeklagte nimmt. Dies ist als Folge seiner autonomen Entscheidung hinzunehmen und von ihm selbst zu verantworten.

Sechster Teil: Rechtsvergleich USA

Ein Blick über den Zaun lohnt in der Regel, zeigt er doch, daß man manches auch anders, vielleicht besser machen kann. In der Frage, wie man es mit der Aussagefreiheit halten sollte, drängt sich eine Betrachtung der US-amerikanischen Praxis geradezu auf, ist doch das von dort bekannte plea bargaining berühmt oder auch berüchtigt - je nachdem. In der amerikanischen Rechtstradition, die stets großen Wert auf die Wahrung der Bürgerrechte gelegt hat, ist auch die Aussagefreiheit ein hohes Gut. Es stellt sich daher umso mehr die Frage, wie das plea bargaining damit vereinbart werden kann. Ein Angeklagter - er heißt bezeichnenderweise „defendant“ - dem eine Anklage wegen Mordes und „lebenslänglich“ droht, für ein Geständnis allerdings fahrlässige Tötung und zwei Jahre auf Bewährung angeboten werden⁷⁴⁰, ein solcher Angeklagter steht naturgemäß unter einem enormen Druck. Die Bedenken, die im deutschen Rechtskreis gegen die korrumpierende Wirkweise des Geständnisbonus geäußert werden, müßten eigentlich auch in den USA laut werden. Gleichwohl zeigt sich die Rechtsprechung davon offensichtlich nicht beeindruckt.

Warum das so ist, soll - exemplarisch am Beispiel des Bundesrechts und des californischen Rechts⁷⁴¹ - untersucht werden. Dazu ist es allerdings nötig, zunächst die rechtliche Verankerung der Aussagefreiheit sowie das Phänomen „plea bargaining“ näher auszuleuchten.

Erster Abschnitt: Die Aussagefreiheit

Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika enthielt bereits in der ursprünglichen Fassung aus dem Jahre 1787 die zehn ersten Verfassungszusätze, auch bekannt unter dem Namen „Bill of Rights“. Diese Verfassung wurde am 17. September 1787 durch die Abgesandten der Einzelstaaten beschlossen, jedoch erst am 21. Juni 1788 durch die erforderliche Mehrheit - neun von dreizehn Staaten - ratifiziert. Der fünfte Verfassungszusatz verbrieft die Aussagefreiheit:

„No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of

⁷⁴⁰ redlicherweise muß gesagt werden, daß ein solches Angebot auch in der amerikanischen Rechtspraxis anrühlich wäre, wie mir ein befreundeter californischer Staatsanwalt versicherte

⁷⁴¹ neben New York für die Ostküste stellt Californien die zweite „leading jurisdiction“ dar, an der sich die Rechtsprechung der kleineren Gliedstaaten tendenziell orientiert, vgl Blumenwitz S. 31

war or public danger,; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall be private property be taken for public use, without just compensation".

Dies galt zunächst jedoch nur von den Gerichten des Bundes; bedingt durch die föderale Struktur hatte diese Verfassungsänderung keine Auswirkungen auf die Einzelstaaten. Anders ist dies beim 14th amendment: die darin niedergelegte due process clause, die ein faïres Verfahren garantiert, gilt sowohl vor den Gerichten des Bundes als auch der Einzelstaaten⁷⁴². Der Supreme Court entschied später, daß die Aussagefreiheit wesentlicher Bestandteil eines due process ist; hierdurch wurde auch das 5th amendment für die Rechtsprechung der Einzelstaaten verbindlich⁷⁴³.

Zur Gewährleistung echter Aussagefreiheit gehört, wie der Supreme Court bereits 1897 in der Entscheidung *Bram v. United States*⁷⁴⁴ festhielt, daß die Entscheidung über eine Aussage frei und unbedrängt getroffen werden kann, ohne daß Drohungen und/oder Versprechungen hierauf Einfluß genommen hätten:

„...free and voluntary: that is, must not be extracted by any sort of threats or violence, nor obtained by any direct or implied promises, however slight, nor by the exertion of any improper influence“.

In der ungleich bekannteren Miranda-Entscheidung⁷⁴⁵ hatte der Supreme Court die Rechte des Beschuldigten weiter gestärkt. Eine Aussage dürfe nur dann verwertet werden, wenn der Beschuldigte zuvor auf sein Recht zu schweigen sowie das weitere Recht, die Gegenwart eines selbst gewählten oder bestellten Anwalts zu verlangen, belehrt wurde. Weiterhin sei er zu warnen, daß jede Erklärung als Beweismittel gegen ihn verwendet werden könne. Dies führte in der Folgezeit zu den bekannten Miranda-warnings, die bei jeder Festnahme ausgesprochen werden müssen. Üblich ist es, den Polizeibeamten Plastikkarten im Scheckkartenformat auszuhändigen, die die korrekten Belehrungen enthalten; sei es auf englisch, sei es auf spanisch⁷⁴⁶. Folgendes Beispiel sei genannt:

⁷⁴² ausführlich dazu Paulsen ZStW 77 (1965), 635

⁷⁴³ vgl hierzu Paulsen aaO

⁷⁴⁴ *Bram v. United States*, 168 U.S. 532, 18 S.Ct. 183

⁷⁴⁵ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436; 86 S. Ct. 1602; 16 L. Ed. 2nd 694 (1966)

⁷⁴⁶ so jedenfalls im südkalifornischen Ventura, wo auch eine spanische Version im Gebrauch ist. Diese hat den folgenden Wortlaut:

LA ADVERTENCIA MIRANDA

**VENTURA COUNTY DISTRICT ATTORNEY`S OFFICE
BUREAU OF INVESTIAGATION
MIRANDA WARNING**

1. You are suspected of committing (*specify crime*).
2. You have the right to remain silent.
3. Anything you say can be used against you in a court of law.
4. You have the right to talk to a lawyer and have him present with you before and while being questioned.
5. If you cannot afford to hire a lawyer, one will be appointed to represent you before any questioning, at no cost to you.

OBTAINING WAIVER

1. Do you understand each of these rights I have explained to you?
2. Having these rights in mind do you wish to talk to me (*us*) now?

INVESTIGATOR INSTRUCTION

1. Always read a suspect his/her rights from this card. Do NOT recite them from memory.
2. A juvenile suspect must immediately be advised of his/her rights upon being placed under arrest.

-
1. A usted se la ha arrestado y se le acusa de una violacion de la Seccion (numero y descripcion) delCodigo Penal Entiende usted?
 2. Usted tiene el derecho de permanecer en silencio. Entiende usted?
 3. Si usted renuncia a ese derecho, cualquier cosa que usted diga puede ser usada y se usara contra usted en un tribunal de justicia. Entiende usted?
 4. Usted tiene el derecho de hablar con un abogado y de tenerlo presente con usted antes de que sea interrogado y mientras lo esten interrogando. Entiende usted?
 - 4a. For juveniles add the following: Usted tiene el derecho de hablar con sus padres o tutores (las personas responsables por usted) y de tenerlos presentes con usted antes de que sea interrogado y mientras lo esten interrogando. Entiende usted?
 5. Si usted desea contratar los servicios de un abogado pero no tiene (el dinero) para hacerlo, se le nombrara uno para que lo represente, sin costo al guno para usted, antes de que le hagan cualquier interrogatorio. Entiende usted?

After the warning and in order to secure a waiver, the following questions should be asked and an affirmative reply secured to each question:

1. Entiende usted todos estos derechos que yo le he explicado?
2. Tiene usted alguna pregunta sobre estos derechos?
3. Teniendo en cuenta estos derechos y sabiendo que lo que usted diga se usara contra usted en el tribunal, desea renunciar a esos derechos y hablar conmigo sobre las acusaciones contra usted?

3. Immediately clarify any questions about a right and confirm that the suspect now understands before proceeding.

Der Beschuldigte könne - so der Supreme Court in *Smallwood v. Warden* - auf seine Rechte verzichten; dieser Verzicht sei jedoch nur dann wirksam, wenn er Ergebnis einer im wesentlichen freien und ungezwungenen Entscheidung sei⁷⁴⁷. Hingegen seien Geständnisse, die aufgrund von Versprechungen oder Drohungen zustandekommen, unverwertbar.

Die im Miranda-Verfahren aufgestellten Grundsätze wurden allerdings in der Folgezeit nicht unerheblich aufgeweicht⁷⁴⁸. Zu erwähnen ist vor allem die 1984 ergangene Entscheidung *New York v. Quarles*⁷⁴⁹, in der die bis dahin unbeschränkt geltende Miranda-Regel unter den Vorbehalt der öffentlichen Sicherheit gestellt wurde; in der Sache wurde damit ein Abwägungserfordernis zwischen Beschuldigtenrechten einerseits und staatlichen Interessen an effektiver Strafverfolgung andererseits aufgestellt⁷⁵⁰.

Zweiter Abschnitt: Der Parteienprozeß

Im anglo-amerikanischen Rechtssystem ist das Strafverfahren als echter Parteienprozeß ausgestaltet: vor den Schranken des Gerichts stehen sich Ankläger und Angeklagter als jedenfalls formal gleichwertige Parteien gegenüber, die versuchen, ihren Fall zu „gewinnen“. Dem liegt das adversary principle zugrunde: die Vorstellung, daß im offenen Wettstreit der Meinungen und Behauptungen die Wahrheit und Gerechtigkeit am besten gefunden werden kann⁷⁵¹. In der Struktur sind sich daher Strafprozeß und Zivilprozeß durchaus ähnlich.

Allerdings ist der Staatsanwalt⁷⁵² durchaus verpflichtet, die materielle Wahrheit zu erforschen. Eine Anklage darf er nur dann führen, wenn er vollständig von der Schuld des defendant überzeugt ist; andernfalls macht er sich strafbar. Schon 1935 hat der Supreme Court in der Entscheidung *Berger v. United*

⁷⁴⁷ *Smallwood v. Warden*, 367 F. 2d 945, 949 (1966)

⁷⁴⁸ vgl hierzu im einzelnen Salditt GA 1992, 51

⁷⁴⁹ *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649 (1984)

⁷⁵⁰ so auch Rogall (1995) S. 137

⁷⁵¹ Weigend (1990) S. 56 mwN

⁷⁵² eine Übersetzung ins amerikanische mit „district attorney“ wäre mißverständlich, da als solcher nur der - regelmäßig von der Bevölkerung - gewählte Behördenleiter bezeichnet wird, vergleichbar dem deutschen Generalstaatsanwalt; die nachgeordneten Beamten der Staatsanwalt tragen demzufolge die Dienstbezeichnung „assistant district attorney“ oder „deputy district attorney“. Letzere, vor allem in Californien gebräuchliche Bezeichnung ist aus dem französischen „député“ abgeleitet, bezeichnet mithin den abgeordneten, vom „eigentlichen“ district attorney entsandten Sitzungsvertreter

States⁷⁵³ die Verpflichtung des Staatsanwalts zur Objektivität präzisiert: „The (prosecutor) is the representative not of an ordinary party to a controversy, but of a sovereignty whose obligation to govern impartially is as compelling as its obligation to govern at all; and whose interest, therefore in a criminal prosecution is not that it shall win a case, but that justice shall be done. As such he is in a peculiar and very definite sense the servant of the law, the twofold aim of which is that guilt shall not escape or innocence suffer. He may prosecute with earnestness and vigor - indeed, the prosecutor should do so. But, while the prosecutor may strike hard blows, he is not at liberty to strike foul ones. It is as much the prosecutor's duty to refrain from improper methods calculated to produce a wrongful conviction as it is to use every legitimate means to bring about a just one“.

Entgegen der Auffassung Weigends⁷⁵⁴ existiert auch ein Akteneinsichtsrecht der Verteidigung. Dieser stehen die sogenannten „discovery rights“ zu, die in Californien ausdrücklich im California Penal Code, Chapter 10, Section 1054 geregelt sind. So ordnet etwa Section 1054.1 an:

„The prosecuting attorney shall disclose to the defendant or his or her attorney all of the following materials and information, if it is in the possession of the prosecuting attorney . . . :

- (a) The names and addresses of persons the prosecutor intends to call as witnesses at trial.
- (b) Statements of all defendants.
- (c) All relevant real evidence seized or obtained as a part of the investigation of the offenses charged.
- (d) The existence of a felony conviction of any material witness whose credibility is likely to be critical to the outcome of the trial.
- (e) Any exculpatory evidence.
- (f) Relevant written or recorded statements of witnesses or reports of the statements of witnesses whom the prosecutor intends to call at the trial, including any reports or statements of experts made in conjunction with the case, including the results of physical or mental examinations, scientific tests, experiments, or comparisons which the prosecutor intends to offer in evidence at the trial“.

Lediglich die persönlichen Notizen des district attorneys (oder seines deputies), die sogenannten „work products“, dürfen nicht eingesehen werden, Section 1054.6.

⁷⁵³ Berger v. United States, 295 U.S. 78, 88 (1935)

⁷⁵⁴ vgl Weigend (1990) S. 44

Der Beschuldigte auf der anderen Seite hat nicht nur seine Prozeßchancen, sondern auch die Kostenfolge zu bedenken. Im amerikanischen Strafprozeß ist eine Kostenerstattungspflicht des Staates unbekannt; eine erfolgreiche Verteidigung kann daher zwar eine Bestrafung vermeiden, gleichzeitig aber auch den finanziellen Ruin bedeuten⁷⁵⁵. Hierzu muß erwähnt werden, daß bereits die jury selection, also eines von mehreren Präliminarien vor Beginn der eigentlichen Hauptverhandlung, mehrere Tage in Anspruch nehmen kann, und ein guter Strafverteidiger etwa 150 - 175 US-Dollar je Stunde liquidiert⁷⁵⁶. Allerdings schwankt dieser Stundensatz erheblich; in Flächenstaaten wie Wyoming, Idaho oder Montana berechnen auch gute Strafverteidiger oft nicht mehr als 70 Dollar die Stunde, während in New York etwa ein Strafverteidiger mindestens 250 Dollar liquidieren muß, um seine Kosten zu decken. Überdies ist es vielerorten üblich, nicht mehr als drei bis vier Stunden täglich zu berechnen, auch wenn mehr gearbeitet wird.

Aus dem sechsten Verfassungszusatz ergibt sich ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Beschuldigten auf „assistance of counsel for his defense“. Ähnlich der deutschen Pflichtverteidigung muß das Gericht dem Beschuldigten einen Verteidiger bestellen, wenn dieser nicht in der Lage ist oder sich auch nur weigert, einen Verteidiger seiner Wahl zu beauftragen. Unabhängig vom Ausgang des Strafverfahrens wird im Anschluß durch das Gericht geprüft, welche Kosten der Beschuldigte zu erstatten hat.

Bei vielen Staatsanwaltschaften sind daher sogenannte „public defender offices“ eingerichtet; die dort tätigen Anwälte werden den Beschuldigten als Pflichtverteidiger zugewiesen. Angesichts der Masse der Fälle sind diese „öffentlichen“ Verteidiger allerdings zumeist nicht in der Lage, eine streitige Verteidigung erfolgreich aufzubauen; der Druck, eine einvernehmliche Lösung zu finden, ist daher auch bei diesen professionellen Beteiligten groß. Hierzu bieten sich im Laufe des Verfahrens viele Gelegenheiten.

Innerhalb von 48 Stunden nach der Festnahme ist der Beschuldigte dem Richter vorzuführen; es findet das sogenannte „arraignment“ statt, bei dem er erstmals mit dem Vorwurf der Staatsanwaltschaft konfrontiert wird. In dieser Anhörung wird üblicherweise eine Kautions festgesetzt, gegen die der Beschuldigte aus der Haft entlassen wird. Innerhalb von zehn „judicial days“⁷⁵⁷ hat dann eine „preliminary examination“ stattzufinden. Diese Frist kann auf Antrag der Verteidigung - nicht

⁷⁵⁵ Damaska StV 1988, 398, 400 Fn. 12

⁷⁵⁶ ein solcher Stundensatz war im Jahre 1990 in Ventura County, einem Landkreis nördlich von Los Angeles, üblich

⁷⁵⁷ dies läßt sich in etwa mit „Werktagen“ übersetzen; Samstage und Sonntage sowie Feiertage werden also nicht mitgezählt

aber auf Antrag der Staatsanwaltschaft⁷⁵⁸ - verlängert werden. Falls der Richter im Rahmen dieser Anhörung „probable cause“, also hinreichenden Tatverdacht bejaht, bleibt der Beschuldigte weiter in Haft, wenn ein Haftgrund besteht und auch durch eine Kautions nicht ausgeräumt werden kann. Die Staatsanwaltschaft ist verpflichtet, innerhalb einer Frist von 15 judicial days eine „information“ anzufertigen und beim superior court einzureichen. Dort findet ein erneutes arraignment statt. In diesem Termin wird der eigentliche jury trial terminiert, der innerhalb von 60 Kalendertagen stattzufinden hat. Die jury, auch „petty jury“⁷⁵⁹ genannt, besteht aus zwölf Personen; sie entscheidet über die Schuldfrage. Die Strafzumessung findet allein durch den Richter statt.

Einen Sonderfall stellt der sogenannte „court trial“ dar: Wenn sowohl Staatsanwaltschaft als auch Beschuldigter auf eine jury verzichten, findet der gesamte Prozeß nur vor dem Richter statt, der dann auch die Schuldfrage zu klären hat. Wie in einem „normalen“ Verfahren präsentieren die Parteien ihre Beweismittel im Gerichtssaal; lediglich die jury fehlt. Das Verfahren nähert sich dann dem kontinentaleuropäischen Strafprozeß an, wenngleich es ein Parteienprozeß bleibt, der nach denselben Regeln abläuft wie ein jury trial.

Im „arraignment court“ werden üblicherweise 30 - 40 Fälle an einem Tag verhandelt⁷⁶⁰; die Zahl kann aber auch deutlich höher liegen. Der Angeklagte ist verpflichtet, zum Anklagevorwurf Stellung zu nehmen, eine „plea“ abzugeben⁷⁶¹. Er kann hierbei wählen zwischen einer

- plea of guilty, durch die der staatliche Strafanspruch eingeräumt wird, wenngleich es ihm unbenommen bleibt, gleichzeitig seine Unschuld zu beteuern⁷⁶²,
- plea of nolo contendere, durch die der Anklagevorwurf lediglich nicht bestritten wird; eine Option, die es dem Angeklagten ermöglicht, in einem etwaigen nachfolgenden Zivilverfahren die Tat zu bestreiten⁷⁶³, sowie einer
- plea of not guilty, durch die die Tat abgestritten wird.

⁷⁵⁸ so jedenfalls im Grundsatz, es gibt eng begrenzte Ausnahmen

⁷⁵⁹ abgeleitet aus dem französischen „petit“, im Gegensatz zur „grand jury“, die aus 17 Personen besteht

⁷⁶⁰ diese Beobachtung habe ich 1990 in Ventura/ Californien gemacht; die durchschnittliche Verfahrensdauer belief sich auf fünf Minuten

⁷⁶¹ nach Weigend (1990) S. 35 Fn. 86 geht der Ausdruck auf das lateinische „placitum“ zurück und bezeichnet generell die Einlassung auf die Anklage

⁷⁶² Weigend (1990) S. 70 Fn. 258 unter Hinweis auf North Carolina v. Alford, 400 U.S. 25 (1970)

⁷⁶³ vgl. hierzu Weigend (1990) S. 35 Fn. 87 mwN

Die Parteien disponieren weitgehend über den Gegenstand der Anklage. Bei der *plea of nolo contendere* wird der Sachverhalt unstreitig gestellt, die *plea of guilty* stellt ein förmliches Anerkenntnis des geltend gemachten (Straf-)anspruchs dar. Es liegt in der Konsequenz des Parteienprozesses, daß in diesem Fall eine „streitige“ Hauptverhandlung nicht mehr durchgeführt werden muß. Gleichzeitig entspricht es durchaus zivilistischem Denken, den Rechtsstreit im Wege des Vergleichs, des wechselseitigen Nachgebens zu erledigen.

Einen Unterfall der *plea of not guilty* stellt die sogenannte „*slow plea*“ dar; hier verzichtet der Beschuldigte auf einen *jury trial* und jeden Beweisantritt, bestreitet aber im übrigen nach wie vor die Tat. Der Richter hat dann allein aufgrund der schriftlichen Ermittlungsergebnisse und Vernehmungsprotokolle zu prüfen, ob der Tatvorwurf bewiesen ist. Im Gegensatz zum bereits erwähnten „*court trial*“ wird allerdings keine Beweisaufnahme durchgeführt; die Entscheidung ergeht nach Aktenlage.

Dritter Abschnitt: Der Vergleich

Plastisch beschreibt ein namentlich nicht genannter Richter⁷⁶⁴ die Ausgangsbasis des *plea bargaining*:

„He takes some of my time - I take some of his. That's the way it works“.

Das Wesen des *plea bargaining* besteht mithin darin, daß der Angeklagte einen von der Staatsanwaltschaft formulierten Vorwurf nicht bestreitet und so das Verfahren abkürzt; die Gegenleistung der Behörde ist unterschiedlicher Natur. Je nach Gegenleistung kann von *charge bargaining*, *sentence bargaining* oder gar *judge bargaining* gesprochen werden.

Das *charge bargaining* ist der bekannteste und wohl auch üblichste Fall. Die Staatsanwaltschaft bietet - nach Überprüfung des Falls auch unter dem Gesichtspunkt der Beweisbarkeit - an, eine Tat unter einem anderen, regelmäßig günstigeren rechtlichen Gesichtspunkt anzuklagen, etwa: Totschlag statt Mord.

Hierbei spielen ihr zwei Gesichtspunkte in die Hände. Zum einen ist sie frei in der rechtlichen Beurteilung des Falls; das heißt, anders als im deutschen Recht ist auch der Richter hieran gebunden und kann nicht etwa nach einem rechtlichen Hinweis auch wegen eines anderen Delikts verurteilen. Mit der

⁷⁶⁴ zitiert nach Weigend ZStW 94 (1982), 200, 221 Fn. 76, der wiederum Alschuler zitiert

Formulierung des Vorwurfs legt daher die Staatsanwaltschaft auch die mögliche Höchststrafe verbindlich fest. Wohl kann der Richter den Wechsel des Anklagevorwurfs - nunmehr Totschlag statt Mord - und damit den deal untersagen; es handelt sich allerdings um ein stumpfes Schwert, da die Staatsanwaltschaft nach wie vor frei in ihrer Entscheidung ist, welche Beweismittel sie präsentiert.

Zum anderen sind die Tatbestände in amerikanischen Strafgesetzbüchern üblicherweise sehr fein differenziert; im californischen Strafgesetzbuch etwa werden acht Formen der Tötung unterschieden:

MURDER (killing „with malice aforethought“)

- 1st degree
- 2nd degree

MANSLAUGHTER

- Voluntary
- Involuntary
- Vehicular

EXCUSABLE HOMICIDE

JUSTIFIABLE HOMICIDE

Die beiden letztgenannten Formen sind nicht mit Strafe bedroht; der Täter ist entschuldigt bzw. gerechtfertigt.

Es bietet sich nachgerade an, die rechtliche Einordnung der Tat zum Gegenstand eines rechtlichen Disputs zu machen. Ebenso ist naheliegend, daß die Staatsanwaltschaft - die dies kommen sieht - tendenziell dazu neigt, zur Verbesserung ihrer Verhandlungsposition zunächst die schwereren Deliktsgrade anzuklagen, um „Verhandlungsmasse“ aufzubauen; ein Phänomen, das als „overcharging“⁷⁶⁵ bekannt ist.

Die Strafraumen sind durchaus unterschiedlich. Waren sie traditionell weit gefaßt, so führten rechtspolitische Strömungen zu gesetzlichen Regelungen⁷⁶⁶, die bei den meisten Delikten einen Strafraumen gänzlich ausschließt und den Richter zwingt, die vorgegebene Strafe zu verhängen. Teilweise sind nur drei Möglichkeiten gegeben, vorgesehen für leichte/mittlere/schwere Fälle. Für vorsätzliche und fahrlässige Tötung etwa sieht § 193 des californischen Strafgesetzbuches folgendes vor:

„(a) Voluntary manslaughter is punishable by imprisonment in the state prison for three, six, or eleven years.

⁷⁶⁵ vgl Weigend (1990) S. 66

⁷⁶⁶ so in Californien, zum Teil auch in anderen Bundesstaaten; eine einheitliche Linie existiert nicht

(b) Involuntary manslaughter ist punishable by imprisonment in the state prison for two, three, or four years."

Wo dies nicht exakt vorgegeben ist, hat der Richter die Möglichkeit, nur einen Strafraum zu verhängen, etwa 25 Jahre bis zu Lebenslänglich. Diese Form der Strafzumessung wird auch als „indeterminate sentencing“ bezeichnet. Während die Höchstdauer der Strafe gesetzlich vorgegeben ist (statutory maximum sentence), liegt die Mindestdauer im Ermessen des Richters (judicial discretion)⁷⁶⁷.

Die Unsicherheiten für den Angeklagten sind mithin beträchtlich, so daß es nahe liegt, direkt über die Strafe zu verhandeln: *sentence bargaining*. Um hier eine verbindliche Absprache zu erreichen, bedarf es allerdings der Einbeziehung des Richters, dessen ureigenste Domäne die Strafzumessung ist.

Die Praxis, dreiseitige Verhandlungen zu führen, ist durchaus verbreitet, wenngleich hiergegen eingewandt wird, daß die Beteiligung des Richters nötigenfalls Charakter haben kann: der Beschuldigte müsse den Eindruck haben, daß der Richter voreingenommen sei⁷⁶⁸. Es besteht allerdings dort, wo eine Teilnahme des Richters nicht üblich ist, meisthin die Übung, daß er den gemeinsamen Strafvorschlag der Parteien akzeptiert⁷⁶⁹.

Den Bundesgerichten ist gemäß Rule 11 (e) de Federal Rules of Procedure die Teilnahme an Verhandlungen untersagt; gleiches gilt in Californien. Stattdessen unterbreiten Staatsanwaltschaft und Verteidigung ihren Vorschlag in der öffentlichen Verhandlung. Wenn das Gericht - wozu es befugt ist - die Festsetzung der vorgeschlagenen Strafe verweigert, kann das guilty plea zurückgezogen werden⁷⁷⁰.

Besondere Bedeutung kommt den sogenannten „sentencing guidelines“ zu, die - für die Verfahren vor den Bundesgerichten - im Jahre 1984 durch den „Sentencing Reform Act“⁷⁷¹ eingeführt wurden. In Californien enthalten die California Rules of Court⁷⁷² ausführliche Maßgaben für die Strafzumessung.

Selbst nach dem Aushandeln einer konkreten Strafe kann sich der Angeklagte seiner Sache nicht vollständig sicher sein. Dies liegt in der besonderen Rechenweise der Strafvollstreck-

⁷⁶⁷ vgl hierzu Uphoff (1998) S. 82 mwN

⁷⁶⁸ Massaro StV 1989, 454, 455

⁷⁶⁹ Weigend (1990) S. 39

⁷⁷⁰ vgl auch Weigend (1990) S. 40

⁷⁷¹ vgl hierzu sowie zu der Kritik hieran Uphoff (1998) S. 149

⁷⁷² Title Two, Pretrial and Trial Rules, Division III, Sentencing Rules for the Superior Courts

kung begründet. Eine zeitige Freiheitsstrafe ist tatsächlich nicht so eindeutig, wie es das bezifferte Strafmaß vermuten läßt, wenn nicht von vornherein nur ein Strafraum verhängt wird. So wie ein in Deutschland Verurteilter darauf spekuliert, nach Verbüßung von zwei Dritteln der Strafe – möglicherweise sogar nach Halbstrafe – entlassen zu werden, so kalkuliert auch ein Verurteilter in den USA. Denn das Verhalten des Häftlings in der Haftanstalt spielt eine entscheidende Rolle und kann durch Vergabe – oder Verweigerung – von Reduktionen wesentlichen Einfluß auf die effektive Dauer der verbüßten Strafe haben.

In Californien etwa ist gesetzlich vorgegeben, daß gutes Benehmen die Strafe um ein Drittel verkürzen können⁷⁷³; drei Viertel dieser Reduktion werden bereits dann gewährt, wenn der Gefangene davon Abstand nimmt, während der Haft eine Straftat zu begehen:

„(a) Total possible good behavior and participation credit shall result in a four-month reduction for each eight months served in a prison or in a reduction based on this ratio for any lesser period of time. Three months of this four-month reduction, or a reduction based on this ratio for any lesser period, shall be based upon forbearance from any act for which the prisoner could be prosecuted in a court of law, either as a misdemeanor or a felony, or any act of misconduct described as a serious disciplinary infraction by the Department of Corrections.

(b) One month of this four-month reduction, or a reduction based on this ratio for a lesser period, shall be based solely upon participation in work, educational, vocational, therapeutic or other prison activities. Failure to succeed after demonstrating a reasonable effort in the specified activity shall not result in loss of participation credit. Failure to participate in the specified activities can result in a maximum loss of credit of 30 day for each failure to participate. However, those confined for other than behavior problems shall be given specified activities commensurate with the custodial status.“

Regelmäßig finden Evaluationen durch das parol board statt, die das Verhalten des Häftlings bewerten. Sie sind in ihrem Ermessen frei; der Verurteilte muß daher befürchten, daß sie bei ihrer Entscheidung nicht nur die Tatbestände berücksichtigen, die im Urteil stehen, sondern auch die Tatbestände, die die ursprüngliche Anklage enthielt⁷⁷⁴. Auf diesem kalten Wege würde das Ergebnis des Vergleichs doch noch in Frage gestellt.

⁷⁷³ § 2931 California Penal Code

⁷⁷⁴ vgl hierzu Weigend (1990) S. 63 mwN

Da eine Bindung an den gesetzlichen Richter nicht existiert, hat die Staatsanwaltschaft auch Einfluß darauf, welcher Richter den Fall verhandelt; sei es, daß bei verschiedenen Spruchkörpern, sei es, daß zu unterschiedlichen Zeitpunkten angeklagt wird. Dieses Verfahren ließe sich als *judge bargaining* bezeichnen und ist im amerikanischen Rechtsalltag bekannt⁷⁷⁵. Eng verwandt hiermit ist die Möglichkeit, auf einen *jury trial* zu verzichten und stattdessen die Möglichkeit einer Hauptverhandlung vor dem Einzelrichter zu wählen („*jury waiver bargaining*“)⁷⁷⁶; es findet dann der bereits erwähnte *court trial* statt.

Im übrigen kann - konsequent marktwirtschaftlich - auch anderes Gegenstand der Vereinbarung sein, wie etwa der Verzicht auf den Widerruf einer Bewährungsstrafe, die Verfolgung von Freunden und Bekannten oder die Zusage einer Entlassung aus der Untersuchungshaft⁷⁷⁷.

Vierter Abschnitt: Die Rechtsprechung

Das Aushandeln der Strafsanktion ist auch im amerikanischen Rechtskreis ein recht junges Phänomen. Noch in der Mitte des letzten Jahrhunderts war die streitige Verhandlung der Regelfall⁷⁷⁸; erst in der zweiten Hälfte des 19. und während der Prohibition in den zwanziger Jahren dieses Jahrhunderts kam es zu einer Ausbreitung des *plea bargaining*⁷⁷⁹. Mittlerweile werden etwa 90 Prozent aller Strafsachen auf diesem Wege erledigt⁷⁸⁰.

In Deutschland war es Detlef Deal, in den USA der Supreme Court, der das Thema hoffähig machte. Bis in das Jahr 1970 war auch in den USA das *plea bargaining* zwar praktiziert worden, jedoch nur mit schlechtem Gewissen und ohne daß man laut darüber sprach⁷⁸¹. Noch 1961, in der Entscheidung *Machibroda v. U.S.*⁷⁸² war der Supreme Court der Möglichkeit eines Handels

⁷⁷⁵ vgl die Beschreibung bei Weigend (1990) S. 42

⁷⁷⁶ Weigend (1990) S. 80

⁷⁷⁷ Weigend (1990) S. 40 mwN

⁷⁷⁸ Weigend (1990) S. 35

⁷⁷⁹ Weigend (1990) S. 36; Dielmann GA 1981, 558, 561 sieht den Beginn des *plea bargaining* allerdings schon in der Zeit nach dem amerikanischen Bürgerkrieg

⁷⁸⁰ so Schünemann Gutachten (1990) B 27, ebenso Massaro StV 1989, 454; Uphoff (1998) S. 146 referiert einen Wert von 93 Prozent, Braun (1998) S. 156 wiederum schreibt von 70 - 98 Prozent; vorsichtiger Weigend (1990) S. 36, der auf nicht unerhebliche regionale und sachliche Unterschiede hinweist

⁷⁸¹ Weigend ZStW 94 (1982), 200, 205

⁷⁸² *Machibroda v. U.S.*, 368 U.S. 487, 82 S.Ct. 510 (1961)

strikt entgegengetreten: „*There can be no doubt that, if the allegations contained in the petitioner's motion and affidavit are true, he is entitled to have his sentence vacated. A guilty plea, if induced by promises or threats which deprive it of the character of a voluntary act, is void. A conviction based upon such a plea is open to collateral attack*“. Das Versprechen, welches der Gerichtshof hier als unzulässig ansah, war das Angebot eines Staatsanwalts, daß im Falle des guilty plea eine Haftstrafe⁷⁸³ von zwanzig Jahren nicht überschritten würde. Tatsächlich verurteilte das Gericht den Angeklagten wegen zwei Raubüberfällen zu 25 und 15 Jahren und ordnete an, daß diese Strafen nacheinander zu verbüßen seien.

Die Kehrtwende kam mit der Entscheidung *Brady v. U.S.*⁷⁸⁴; der Supreme Court wollte einen Verstoß gegen das 5th amendment nicht anerkennen: „*We decline to hold, however, that a guilty plea is compelled and invalid under the Fifth Amendment whenever motivated by the defendant's desire to accept the certainty or probability of a lesser penalty rather than face a wider range of possibilities extending to conviction and a higher penalty authorized by law for the crime charged*“. Die Vorteile für beide Seiten lägen auf der Hand. Der Angeklagte, der nur eine geringe Chance auf einen Freispruch sehe, könne sein Risiko reduzieren, unmittelbar resozialisiert werden und sei überdies den Belastungen einer streitigen Verhandlung entzogen. Der Staat, auf der anderen Seite, profitiere ebenfalls von dem bargaining: die prompte Strafe erreiche eher die Ziele des Strafens, überdies würden die justiziellen Ressourcen geschont für die Fälle, in denen Schuld oder Beweisbarkeit wirklich zweifelhaft seien. Sicherlich sei ein Großteil der Angeklagten durch die Aussicht auf eine geringere Strafe motiviert. Es könne aber nicht verfassungswidrig sein, wenn der Staat einen Angeklagten begünstigt, der seinerseits dem Staat einen Vorteil zukommen läßt und durch sein plea demonstriert, daß er bereit ist, seine Tat einzugestehen und sich in einer Geisteshaltung in den korrekionellen Rahmen des Strafvollzugs zu begeben, die Hoffnung auf eine schnellere Rehabilitation zuläßt.

Nur ein Jahr später, in der Entscheidung *Santobello v. New York*⁷⁸⁵, wurde das bargaining system bereits als tragender Bestandteil der amerikanischen Strafjustiz bezeichnet. Der Berichterstatter, Chief Justice Burger, pries die Vorteile des bargaining. Es führe in den meisten Fällen zu einer prompten Erledigung, vermeide die Belastungen langer Untersuchungshaft, schütze die Öffentlichkeit vor rückfallgefährdeten Tätern und

⁷⁸³ im konkreten Fall waren 20 Jahre prison versprochen worden; im amerikanischen Recht wird zwischen state prison und county jail unterschieden. Dies entspricht in etwa der früheren Teilung zwischen Zuchthaus und Gefängnis

⁷⁸⁴ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742, 90 S. Ct. 1463 (1970)

⁷⁸⁵ *Santobello v. New York*, 404 U.S. 257, 92 S.Ct. 495 (1971)

verbessere durch die kurze Zeitspanne zwischen Tat und Urteil die rehabilitative Wirkung der Strafe.

Beinahe lapidar wird in dem Urteil *Bordenkircher v. Hayes*⁷⁸⁶ aus dem Jahre 1978 das Bedenken einer erzwungenen guilty plea zwar gesehen, aber als nicht begründet abgetan. Aus der grundsätzlichen Anerkennung des bargaining müsse zwangsläufig folgen, daß der Einwand der Unfreiwilligkeit zurückgewiesen werden müsse:

„Defendants, advised by competent counsel and protected by other procedural safeguards are presumptively capable of intelligent choice in response to prosecutorial persuasion, and unlikely to be driven to false self-condemnation. ... Indeed, acceptance of the basic legitimacy of plea bargaining necessarily implies rejection of any notion that a guilty plea is involuntary in a constitutional sense simply because it is the end result of the bargaining process. ... It follows that, by tolerating and encouraging the negotiation of pleas, this court has necessarily accepted as constitutionally legitimate the simple reality that the prosecutor's interest at the bargaining table is to persuade the defendant to forgo his right to plead not guilty.“

Die Verfassungsmäßigkeit des plea bargaining ist seitdem in der Rechtsprechung Supreme Court unbestritten. In den Entscheidungen *Corbitt v. New Jersey*⁷⁸⁷, *Mabry v. Johnson*⁷⁸⁸, *U.S. v. Benchimol*⁷⁸⁹, *Ricketts v. Adamson*⁷⁹⁰, *Braxton v. U.S.*⁷⁹¹, *U.S. v. Mezzanatto*⁷⁹², *Libretti v. U.S.*⁷⁹³ oder auch *U.S. v. Hyde*⁷⁹⁴ ist dies nicht mehr in Frage gestellt worden.

Nicht jeder Nachteil, der mit der Ausübung eines verfassungsmäßigen Rechts verbunden sei, nicht jeder Druck auf ein solches Recht zu verzichten, sei unrechtmäßig; insbesondere sei das Fördern von guilty pleas nicht per se rechtswidrig. Eine gewisse Strafmilderung für ein guilty plea sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden; von einer Verletzung seiner Rechte könne keine Rede sein, solange der Angeklagte frei sei, das Angebot des Staates anzunehmen oder abzulehnen⁷⁹⁵.

⁷⁸⁶ *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357, 98 S.Ct. 603 (1978)

⁷⁸⁷ *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212, 99 S.Ct. 492 (1978)

⁷⁸⁸ *Mabry v. Johnson*, 467 U.S. 504, 104 S.Ct. 2543 (1984)

⁷⁸⁹ *U.S. v. Benchimol*, 471 U.S. 453, 105 S.Ct. 2103 (1985)

⁷⁹⁰ *Ricketts v. Adamson*, 483 U.S. 1, 107 S.Ct. 2680 (1987)

⁷⁹¹ *Braxton v. U.S.*, 500 U.S. 344, 111 S.Ct. 1854 (1991)

⁷⁹² *U.S. v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 115 S.Ct. 797 (1995)

⁷⁹³ *Libretti v. U.S.*, 516 U.S. 29, 116 S.Ct. 356 (1995)

⁷⁹⁴ *U.S. v. Hyde*, 520 U.S. 670, 117 S.Ct. 1630 (1997)

⁷⁹⁵ *Corbitt v. New Jersey*, 439 U.S. 212, 99 S.Ct. 492 (1978)

In der Entscheidung *U.S. v. Mezzanatto*⁷⁹⁶ sah sich der Gerichtshof zu der Klarstellung veranlaßt, daß jede Vereinbarung, die einen Rechtsverzicht des Angeklagten beinhaltet, eine reale Basis haben müsse, andernfalls sie nicht akzeptiert würde: „*No doubt there are limits to waiver; if the parties stipulated to trial by 12 orangutans the defendant's conviction would be invalid notwithstanding his consent, because some minimum of civilized procedure is required by community feeling regardless of what the defendant wants or is willing to accept*“. Von derartigen Mindestanforderungen abgesehen, sei jede Form der Vereinbarung zulässig. „*A sounder way to encourage settlement is to permit the interested parties to enter into knowing and voluntary negotiations without any arbitrary limits...*“. Insbesondere sei es den Parteien unbenommen, auf prozessuale Garantien zu verzichten. Die Regelung in den Federal Rules of Evidence, 410, sowie den Federal Rules of Criminal Procedure, 11 (e) (6), wonach Äußerungen des Angeklagten, die im Rahmen von plea-Verhandlungen getätigt werden, unverwertbar seien, sei daher tauglicher Gegenstand einer Absprache⁷⁹⁷.

Ein Recht auf plea bargaining wird allerdings verneint⁷⁹⁸. Ein Verurteilter kann ein Rechtsmittel also nicht darauf stützen, daß ihm die Staatsanwaltschaft kein Angebot unterbreitet hat.

Schließlich könne ein guilty plea auch nicht beliebig zurückgenommen werden⁷⁹⁹; erforderlich sei eine „fair and just reason“. Bestünde die Möglichkeit einer beliebigen Rücknahme, sobald der Angeklagte entscheide, seine Taktik zu ändern, so würde das guilty plea zur bloßen Geste und inhaltslosen Formalität. „*In fact, however, a guilty plea is not such a trifle, but a 'grave and solemn act', which is 'accepted only with care and discernment'*“. Jede andere Sichtweise würde das guilty plea in die Nähe eines bloßen Schachzugs bringen.

Fünfter Abschnitt: Die Freiwilligkeit

In der amerikanischen Literatur wird die Frage der Vereinbarkeit von plea bargaining und 5th amendment durchaus kontrovers diskutiert.

⁷⁹⁶ *U.S. v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 115 S.Ct. 797 (1995)

⁷⁹⁷ Dahlin, *Oregon Law Review* 74 (1995), 1365, kritisiert diese Entscheidung, da er befürchtet, daß die Staatsanwaltschaften künftig geneigt seien, vor Eintritt in plea-Verhandlungen generell einen derartigen waiver zu verlangen, wodurch das plea bargaining erschwert werde

⁷⁹⁸ *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 97 S.Ct. 837 (1977)

⁷⁹⁹ *U.S. v. Hyde*, 520 U.S. 670, 117 S.Ct. 1630 (1997)

Einer der schärfsten Kritiker ist *Schulhofer*⁸⁰⁰, der bereits früh jedes plea bargaining als verfassungswidrig kritisierte. Selbst wenn kein direkter Zwang ausgeübt worden sei, der Beschuldigte auch genau gewußt habe, was er tat, werde doch allein durch die vorgegebenen Strukturen der Wille und die Fähigkeit zur eigenen Verteidigung untergraben. Hinzu komme, daß die schützenden Regeln des Strafprozesses, wie etwa Beweisverwertungsverbote, hierdurch ebenfalls außer Kraft gesetzt würden, einfach deshalb, weil es keinen Prozeß gebe⁸⁰¹. Das verfassungsmäßige Recht, sich „nicht schuldig“ zu bekennen, werde entwertet, wenn der Staat die Ausübung desselben mit Risiken belege. „*The fifth amendment privilege is the keystone of the criminal accusatorial system*“; die gegenwärtige Praxis verletze dieses Recht⁸⁰². Mit dem Hinweis auf knappe staatliche Ressourcen lasse diese sich nicht rechtfertigen; die Verfassung stelle die Bürgerrechte nicht unter einen derartigen Vorbehalt. Notstandsähnliche Zustände seien nicht zu befürchten. Selbst wenn dies aber so wäre, dann sei es Sache des Gemeinwesens und nicht der (unkontrollierten) Justiz, hier für Abhilfe zu sorgen: „*Perhaps elimination of plea bargaining would require so drastic a reallocation of resources that the basic social order would be seriously threatened. But to accept such a justification would be to admit that the fifth and sixth amendment have proved unworkable. Abolition of constitutional protections should come only through full and open public debate, not through the unsupervised practices of prosecutors, defense counsel, and -judges*“⁸⁰³.

Die Kritik *Schulhofers* hat keinen Einfluß auf die Rechtsprechung gehabt; auch die amerikanische rechtswissenschaftliche Literatur nimmt in ihrer weit überwiegenden Mehrheit das plea bargaining als gegeben hin⁸⁰⁴. *Wright*⁸⁰⁵ hält es für einen unverzichtbaren und notwendigen Bestandteil des überlasteten amerikanischen Justizsystems. Der unglückliche Ausdruck „bargain“ sollte durch die Formulierung „plea discussions“ ersetzt werden. Im übrigen sei der Strafnachlaß gerechtfertigt, da das guilty plea einen ersten Schritt zu Umkehr und Rehabilitation darstelle⁸⁰⁶. *Zacharias*⁸⁰⁷ wiederum plädiert für eine Art allgemeiner Geschäftsbedingungen, die jede Staatsanwaltschaft in eigener Verantwortung ausarbeiten und sich hieran gebunden fühlen solle; hierdurch könnte Mißbräuchen entgegengewirkt werden.

⁸⁰⁰ Schulhofer, Harvard Law Review 83 (1969-1970), 1387 sowie Harvard Law Review 97 (1984), 1037

⁸⁰¹ Schulhofer, Harvard Law Review 83 (1969-1970), 1387, 1396

⁸⁰² Schulhofer aaO S. 1401f

⁸⁰³ Schulhofer aaO S. 1411

⁸⁰⁴ vgl nur Zacharias, William and Mary Law Journal 39 (1998), 1121, 1123 mit umfangreichen weiteren Nachweisen

⁸⁰⁵ Wright, Connecticut Law Review 16 (1983-1984), 1015

⁸⁰⁶ Wright aaO S. 1017

⁸⁰⁷ Zacharias, William and Mary Law Journal 39 (1998), 1121, 1188

Eine grundsätzliche Rechtfertigung des plea bargaining hat in jüngster Zeit *Bradley*⁸⁰⁸ versucht. Der Straftäter verhalte sich gegenüber der Gesellschaft unfair, indem er sich ein größeres Stück Freiheit herausnehme als die gesetzestreuen Bürger. Ziel der Bestrafung sei es, Freiheit wieder fair zu verteilen; durch den Freiheitsentzug zahle der Rechtsbrecher seine Schulden gegenüber der Gesellschaft⁸⁰⁹. Der Beschuldigte, der sich zu einem guilty plea entschlief, setze hierdurch den ersten Schritt zu moralischer Umkehr; er verdiene sich hierdurch bereits eine mildere Strafe, weil spezialpräventive Erwägungen in den Hintergrund treten könnten. Überdies sei Justizgewährung eine knappe Ressource; jedermann – also auch der Beschuldigte – habe die moralische Pflicht, hiermit sorgsam umzugehen⁸¹⁰. Der Beschuldigte, der auf einen jury trial verzichte und sich schuldig bekenne, mache sich um die Gesellschaft verdient, gebe ihr dadurch etwas zurück von dem, was er sich unfaire Weise genommen habe. Hierfür verdiene er seine Strafmilderung.

Sechster Abschnitt: Schlußfolgerungen

Der kursorische Rechtsvergleich zeigt, daß auch in der amerikanischen Debatte keine neuen Argumente auftauchen. Es ist der Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie, der die Justiz dazu bringt, dem geständigen Täter – zum Teil massiv – entgegenzukommen. Im Gegensatz zur deutschen Rechtsprechung wird dies allerdings recht deutlich eingeräumt; hier findet sich ein größeres Stück Ehrlichkeit. Für deutsche Ohren vertraut klingende Argumente, wie etwa die Indikation von Schuldeinsicht und Reue, sind vereinzelt geblieben. Tatsächlich wird das Strafverfahren zu einem Ort, an dem Leistungen ausgetauscht werden; die Nähe zum Zivilprozeß ist evident. Nicht von ungefähr spricht der Supreme Court seit 1995 auch von einem „settlement“⁸¹¹, einem Vergleichsschluß.

Eine Beeinträchtigung der Aussagefreiheit wird erwogen, im Ergebnis aber verneint. Dies läßt sich letztlich nur historisch erklären. In der amerikanischen Rechtstradition haben Bürgerrechte noch weit stärker als im deutschen Recht die Funktion, Abwehrrechte gegen den Staat zu sein. Erwartet wird vom Staat nicht effektive Gewährleistung, Teilhabe, sondern Nichteinmischung. Angesichts der herausragenden Stellung der Autonomie des Einzelnen ist auch die Entscheidung über das guilty plea

⁸⁰⁸ Bradley, South Texas Law Review 40 (1999), 65

⁸⁰⁹ Bradley aaO S. 70

⁸¹⁰ Bradley aaO S. 72

⁸¹¹ U.S. v. Mezzanatto, 513 U.S. 196, 115 S.Ct. 797 (1995)

eine autonome, die durch einen zweifelsohne vorhandenen psychischen Druck nicht in Frage gestellt wird. So verstanden, garantiert das 5th amendment - nur - eine formelle Aussagefreiheit⁸¹².

Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, daß der Richter im anglo-amerikanischen Strafverfahren eine andere Rolle innehat. Er ist weit mehr als im deutschen Verfahren unabhängiger Schiedsrichter, der - jedenfalls traditionell - am bargaining nicht teilnimmt; er beschränkt sich darauf, das Ergebnis zur Kenntnis zu nehmen. Hierdurch wird der Anschein der Voreingenommenheit vermieden; ein nicht geringer Vorteil. Mittermaier⁸¹³ geriet darob regelrecht ins Schwärmen:

„Die hohe Achtung, welche der Richterstand in England und Schottland genießt, hat seine Grundlage in der Unabhängigkeit der Richter, die nur ihrer Ueberzeugung folgen dürfen, und durch ihre Kenntnisse, ihren Charakter und ihr Benehmen in den Gerichtsverhandlungen, insbesondere durch ihre Ruhe und Leidenschaftslosigkeit, durch ihre Thätigkeit für umfassende Vertheidigung zu sorgen, Verehrung und Vertrauen einflößen. Es ist dies die Frucht der glücklichen Lage englischer Richter, die, indem sie weder den Angeklagten noch die Zeugen vernehmen, dadurch Unpartheilichkeit sich bewahren und von allen Versuchungen frei sind, in welche leicht unwillkürlich der Assisenpräsident geräth, welcher Angeklagte und Zeugen vernehmen muss, ...“

Es bleibt der Einwand Weigends⁸¹⁴: Dieser wirft der Rechtsprechung vor, mit unterschiedlichen Ellen zu messen. Würde man die strengen Maßstäbe, die seit jeher an die Freiwilligkeit des Geständnisses angelegt werden, auch auf das guilty-plea zu übertragen, müßten - wegen der systemimmanenten Drohungen bzw. Versprechen - jedes ausgehandelte guilty plea als verfassungswidrig angesehen werden. Der Supreme Court lege offensichtlich einen „double standard“ zugrunde.

Die bisherige Untersuchung zeigt, daß diese Bewertung nicht zutreffend ist. Die Rechtsprechung des Supreme Court ist in sich konsistent; es wird nicht mit unterschiedlichem Maß gemessen.

Zwar soll nicht einmal die drohende Todesstrafe⁸¹⁵ oder eine drohende lebenslange Freiheitsstrafe⁸¹⁶ einem guilty plea die

⁸¹² so auch Schönemann Gutachten (1990) B 104 Fn. 287

⁸¹³ Carl Joseph Anton Mittermaier (1851/1997) S. 557

⁸¹⁴ Weigend (1990) S. 65 Fn. 235

⁸¹⁵ Brady v. U.S., 397 U.S. 742 (1970); Parker v. North Carolina, 397 U.S. 790 (1970)

⁸¹⁶ Corbitt v. New Jersey, 439 U.S. 212 (1978)

Freiwilligkeit nehmen, doch gilt ein gleicher Freiwilligkeitsmaßstab auch beim Geständnis. Für den Supreme Court ist der von der Rechtslage ausgehende seelische Zwang ohne Bedeutung. Dieser ist hinnehmbar; ein Geständnis, das nach einem Hinweis der Polizei auf die positiven Folgen eines guilty plea abgelegt wird, würde nicht aus diesem Grunde als unwirksam angesehen werden. Entscheidend ist vielmehr, ob der defendant seine Entscheidung „voluntarily and intelligent“, also unbedrängt und wohlüberlegt treffen konnte. Sichergestellt werden kann dies nur durch die jederzeitige Möglichkeit der Konsultation eines kompetenten Rechtsbeistands. Wenn dies bejaht werden kann, wird das Handeln des defendant als wirksam angesehen - und zwar sowohl in der Frage des Geständnisses als auch des guilty plea.

In der Entscheidung *Brady v. U.S.*⁸¹⁷ hat der Supreme Court diese Gleichsetzung betont und das Rechtsmittel aus diesem Grunde zurückgewiesen. Der Fall sei nicht dem von *Bram* (*Bram v. U.S.*, 168 U.S. 532, 18 S.Ct. <1897>) vergleichbar; letzterer habe sein Geständnis abgelegt, als er sich in Gewahrsam befunden habe, allein und ohne Rechtsbeistand. In dieser Situation sei das Versprechen milder Bestrafung als ausreichend angesehen worden, um das Geständnis unverwertbar zu machen; nicht weil das Versprechen als solches illegal war, sondern weil Angeklagte in solchen Situationen zu empfänglich sind für Verleitungen, der mögliche Druck zu groß ist, um ihn zu ignorieren. Aus dem *Bram*-Fall und den nachfolgenden Entscheidungen könne jedoch nicht geschlossen werden, daß der mögliche, von einem Versprechen milder Bestrafung ausgehende Zwang nicht zerstreut werden könnte durch die Anwesenheit und den Rat eines Rechtsbeistands; ebensowenig ergebe sich aus *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966), daß die möglicherweise bedrängende Atmosphäre einer Polizeistation nicht aufgehoben werden könne durch die Anwesenheit eines Rechtsbeistands oder anderer Sicherheiten.

⁸¹⁷ *Brady v. U.S.*, 397 U.S. 742 (1970)

Siebenter Teil: Schlußbetrachtung

Die Belohnung des geständigen Täters ist, wie Weigend⁸¹⁸ schreibt, ein universales Phänomen. Es kommt dabei durchaus nicht darauf an, ob der Strafnachlaß ausdrücklich oder konklu-
dent durch gerichtliche Übung angeboten wird; in letzterem
Falle läßt sich von „implicit bargaining“⁸¹⁹ sprechen. Bereits
hieraus wird deutlich, daß ein Bemühen, ausdrückliche Abspra-
chen zu untersagen, notwendig zum Scheitern verurteilt sein
muß, wenn die impliziten Angebote gleichzeitig toleriert wer-
den.

Man kann das hinnehmen; immerhin gibt es viele gute Gründe,
einen Geständnisbonus beizubehalten. Der Blick auf das Rechts-
system in den USA - ein Gemeinwesen, das wahrlich nicht in dem
Ruf steht, freiheitsfeindlich eingestellt zu sein - zeigt, daß
Aussagefreiheit auch rein formell verstanden werden kann. Es
kommt, diese Erkenntnis ist banal, letztlich darauf an, wel-
ches Freiheitsverständnis man zugrundelegt. Dieses Verständnis
kann wechseln; im Text wird - auf Seite 27 - Tom Wolfe zi-
tiert, der einen Liberalen definiert als einen Konservativen,
der einmal verhaftet wurde. Die Redlichkeit gebietet es, nun
auch die Definition eines Konservativen nachzutragen, wie sie
von amerikanischen Staatsanwälten vorgetragen wird: a conser-
vative is a liberal who got beaten up in the street by a
crook.

Man muß sich allerdings darüber im klaren sein, daß dann von
einer ursprünglich materiell verstandenen Aussagefreiheit nur
noch die formelle Befugnis übrigbleibt, sich zwischen Skylla
und Charybdis⁸²⁰ zu entscheiden. Das ist nicht viel.

Es kann daher nur eine konsequente Lösung geben. Jedwede
Strafmilderung, die den geständigen Angeklagten bevorteilt,
verletzt denknötwendig die Aussagefreiheit. Will man Aussage-
freiheit inhaltlich gewährleisten, so bleibt nur der Weg, dem
Aussageverhalten jede Relevanz für die Strafzumessung zu neh-
men. Eingedenk der Zweifelsregelung bedeutet dies, die für ein
Geständnis gewährten Strafmilderungen auch dem leugnenden oder
schweigenden Angeklagten gutzuschreiben.

⁸¹⁸ Weigend (1990) S. 104

⁸¹⁹ so Weigend (1990) S. 104

⁸²⁰ so Dencker/ Hamm (1988) S. 85